

HyperCours

Cours  
& Travaux dirigés

Marie-Laure Coquelet

# Entreprises en difficulté

*Bibliothèque en pdf*

facebook 

# Instrument de paiement et de crédit



DAJLOZ

6<sup>e</sup> édition



# Entreprises en difficulté

## Instruments de paiement et de crédit



# HyperCours Dalloz

sous la direction de

■ **Dominique Chagnollaude Sabouret**

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris-II)*

■ **Serge Guinchard**

*Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris-II)*

Entreprises  
en difficulté

Instruments  
de paiement  
et de crédit

■ 6<sup>e</sup> édition 2017

■ Marie-Laure Coquelet

*Professeure à l'Université de Paris Nanterre*

DA|LOZ





Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

**Éditions DALLOZ**  
**31-35 rue Froidevaux,**  
**75685 Paris Cedex 14**

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

**© ÉDITIONS DALLOZ - 2017**  
ISBN 978-2-247-16938-2



En un seul ouvrage, *l'Hypercours Entreprises en difficulté* met à la portée des étudiants des moyens d'acquisition, de révision et d'entraînement performants. Il fournit les connaissances théoriques indispensables et propose les références, exemples, exercices et thèmes de réflexion qui permettent d'appréhender correctement la mise en application de ces connaissances.

- Le *cours*, complet, est décomposé en titre mais surtout en chapitres thématiques correspondant aux séances de travaux dirigés. La structure de chacun d'eux est annoncée en début de chapitre par un plan analytique.

- Parallèlement au cours, sur la même page, l'ensemble du texte est découpé en blocs d'idées homogènes, selon une numérotation située dans la marge. Cette numérotation permet d'accéder à des définitions (voir ci-dessous la rubrique « Quid »).

- Des mots ou expressions clés sont signalés par la lettre « Q » en exposant. S'ils ne sont pas définis dans le cours même, il faut là encore se reporter à la rubrique « Quid » pour en connaître la signification précise.

- Des *rubriques pédagogiques* (pages signalées par un bandeau de couleur), complètent le cours de chaque chapitre. Elles ont une double fonction : mieux faire comprendre et assimiler le cours, mais aussi préparer efficacement les étudiants aux épreuves des travaux dirigés et des examens.

- La rubrique « *Mémo* » permet de synthétiser rapidement l'ensemble d'un cours.

- La rubrique « *Quid* » permet de disposer immédiatement de définitions extensives des mots clés du cours (signalés dans le cours par la lettre « Q » – pour « Quid » – en exposant). À chaque mot clé est accolé un ou des numéro(s) correspondant au découpage signalé en marge dans le cours afin de les repérer plus rapidement, le tout à la façon des liens hypertexte.

- La rubrique « *Document* » présente les textes de référence.

- La rubrique « *Biblio* » donne accès à une bibliographie sélective.

- La rubrique « *Quiz* » délivre des épreuves corrigées de commentaires d'arrêt, d'articles, de dissertations, de consultations juridiques, de cas pratiques et des questions, des tests...

- Présentant une *synthèse de la matière*, des éléments de pratique et de documentation viennent à la suite du cours et des compléments pédagogiques.

- Le *sujet terminal* propose un sujet d'examen corrigé correspondant à une épreuve type donnée en fin de semestre ou d'année et faisant appel à l'ensemble des connaissances acquises.

- La *bibliographie générale* présente les ouvrages essentiels de la matière.

- Pour *s'orienter* à l'intérieur de l'ouvrage, situés à la fin du manuel :

- L'*index alphabétique* des termes utilisés prend pour repères les blocs d'idées homogènes numérotés en marge du cours et permet de trouver une notion rapidement.

- La *table des matières* permet d'accéder facilement au cours et à sa structure.

- La *table des Quiz* répertorie les sujets corrigés par genre (tests de connaissances ou de compréhension, dissertations, commentaires d'arrêts, cas pratiques).

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:714558545:88866152:196.200.176.177:1581012247



# Principales abréviations

<b>Act. proc. coll.</b>	<i>Actualité des procédures collectives</i>
<b>Ass. plén.</b>	Assemblée plénière
<b>Banque</b>	Revue <i>Banque</i>
<b>Banque et Droit</b>	Revue <i>Banque et Droit</i>
<b>BODACC</b>	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
<b>BRDA</b>	Bulletin rapide de droit des affaires
<b>Bull. civ.</b>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)</i>
<b>Bull. Joly (BJS)</b>	<i>Bull. Joly Sociétés</i>
<b>BJE</b>	<i>Bulletin Joly Entreprises en difficulté</i>
<b>C. assur.</b>	Code des assurances
<b>C. civ.</b>	Code civil
<b>C. com.</b>	Code de commerce
<b>C. mon. fin.</b>	Code monétaire et financier
<b>C. pén.</b>	Code pénal
<b>CPI</b>	Code de la propriété intellectuelle
<b>C. rur.</b>	Code rural
<b>C. trav.</b>	Code du travail
<b>Civ.</b>	Cour de cassation – chambre civile
<b>Com.</b>	Cour de cassation – chambre commerciale
<b>Crim.</b>	Cour de cassation – chambre criminelle
<b>Soc.</b>	Cour de cassation – chambre sociale
<b>D. Affaires</b>	<i>Dalloz Affaires</i>
<b>D.</b>	<i>Dalloz-Sirey (Recueil - À partir de 1945)</i>
<b>DC</b>	<i>Dalloz critique (Recueil - 1941-1944)</i>
<b>DH</b>	<i>Dalloz hebdomadaire (Recueil - 1924-1940)</i>
<b>DP</b>	<i>Dalloz périodique (Recueil - jusqu'en 1924)</i>
<b>Dr. et patr.</b>	<i>Droit et patrimoine</i>
<b>Dr. et proc.</b>	<i>Droit et procédures (ancienne Revue des huissiers)</i>
<b>Dr. sociétés</b>	<i>Droit des sociétés</i>
<b>Gaz. Pal.</b>	<i>Gazette du Palais</i>
<b>IR</b>	Informations rapides
<b>LJ</b>	Liquidation judiciaire
<b>JCP</b>	<i>J.-Cl. périodique, édition Générale</i>
<b>JDI</b>	<i>Journal de droit international</i>
<b>LPA</b>	<i>LPA</i>
<b>Pan.</b>	Panorama
<b>Procédures</b>	Revue <i>Procédures</i>
<b>Rapp. C. cass.</b>	Rapport de la Cour de cassation



<i>RD bancaire et bourse</i>	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RD banc. fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RG proc.</i>	<i>Revue générale des procédures</i>
<i>RJ</i>	<i>Redressement judiciaire</i>
<i>RJ. com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>S</i>	<i>Sauvegarde</i>
<i>Somm.</i>	<i>Sommaire</i>



# Plan général de l'ouvrage

partie	<b>1</b>	
Droit des entreprises en difficulté		1
chapitre	<b>1</b>	
L'évolution du droit des entreprises en difficulté		3
Compléments pédagogiques		16
chapitre	<b>2</b>	
La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises		21
Compléments pédagogiques		48
chapitre	<b>3</b>	
Les entreprises soumises au droit des entreprises en difficulté		59
Compléments pédagogiques		68
chapitre	<b>4</b>	
Les causes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires		79
Compléments pédagogiques		95
chapitre	<b>5</b>	
La procédure d'ouverture		105
Compléments pédagogiques		122
chapitre	<b>6</b>	
La poursuite de l'activité de l'entreprise en période d'observation		131
Compléments pédagogiques		148

chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 7	
La continuation des contrats en cours pendant la période d'observation		159
Compléments pédagogiques		174
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 8	
La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés		181
Compléments pédagogiques		205
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 9	
Le droit de priorité au paiement des créanciers postérieurs		219
Compléments pédagogiques		231
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 10	
Les actions en revendication		237
Compléments pédagogiques		248
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 11	
Les nullités de la période suspecte		257
Compléments pédagogiques		270
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 12	
Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise		279
Compléments pédagogiques		308
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 13	
La liquidation du patrimoine du débiteur		321
Compléments pédagogiques		361
chapitre	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 14	
Responsabilités et sanctions		373
Compléments pédagogiques		392
sujet terminal	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	403

partie	<b>2</b>	
Droit des instruments de paiement et de crédit		409
chapitre	<b>15</b>	
Introduction		411
Compléments pédagogiques		416
chapitre	<b>16</b>	
Le formalisme cambiaire		419
Compléments pédagogiques		429
chapitre	<b>17</b>	
L'endossement et la circulation de la lettre de change		437
Compléments pédagogiques		448
chapitre	<b>18</b>	
Le paiement de la lettre de change		457
Compléments pédagogiques		471
chapitre	<b>19</b>	
La cession de créances professionnelles par bordereau « Dailly »		481
Compléments pédagogiques		495
chapitre	<b>20</b>	
Les droits du cessionnaire de créances professionnelles à l'égard des tiers		505
Compléments pédagogiques		513
chapitre	<b>21</b>	
Le chèque émis sans provision et les incidents de paiement		521
Compléments pédagogiques		531

chapitre

**22**

Les autres instruments de paiement : le virement et la carte de paiement 537

Compléments pédagogiques 551

sujet terminal

561

partie

# Droit des entreprises en difficulté

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442878605:88866152:196.200.176.177:1500232076



International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442878605:88866152:196.200.176.177:1580232076

ch a p i t r e



# L'évolution du droit des entreprises en difficulté

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442878605:88866152:196.200.176.177:580232076



## Plan analytique

### section 1

#### Les finalités d'origine du droit des procédures collectives

- § 1 Le caractère répressif du droit des faillites
- § 2 Le règlement collectif des créanciers

### section 2

#### Les finalités modernes du droit des procédures collectives

- § 1 Les apports de la loi du 13 juillet 1967
- § 2 Les finalités issues des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985
  - A. La prévention des difficultés de l'entreprise
  - B. Le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements
  - C. Les modifications apportées par la loi du 10 juin 1994

### section 3

#### Le nouveau visage du droit des entreprises en difficulté depuis la réforme du 26 juillet 2005

- § 1 Le renforcement de la prévention
- § 2 La redéfinition des procédures de redressement et de liquidation judiciaires
- § 3 L'élargissement du domaine d'application du droit des entreprises en difficulté

#### Compléments pédagogiques

## L'évolution du droit des entreprises en difficulté

Le « droit des entreprises en difficulté » est une notion récente qui s'est substituée, depuis les lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985, à celle de « droit des faillites ». Ce changement terminologique n'est pas de pure forme. À la différence de la notion de *faillite*<sup>o</sup>, la notion d'entreprise en difficulté intègre une idée essentielle : celle de prévention. Il s'ensuit que le droit des entreprises en difficulté a un domaine d'application plus large que celui du droit des faillites. *Il s'agit en effet d'un droit des entreprises défaillantes indépendant de la nature de leur activité et du degré de leurs difficultés.*

Le droit des entreprises en difficulté a ainsi vocation à s'appliquer non seulement à toute entreprise commerciale ou civile (ex. : agricole ou artisanale) en *cessation des paiements*<sup>o</sup> (c'est-à-dire dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible), mais aussi à celle qui éprouve des difficultés juridiques, économiques ou sociales de nature à compromettre à terme la continuité de son activité.

Ces nouvelles préoccupations consacrent la rupture avec les finalités d'origine du droit des faillites. L'adoption des lois de 1984 et 1985 marque en effet le passage d'un droit répressif et exclusivement tourné vers le désintéressement des créanciers (section 1) à un droit essentiellement préoccupé par le sauvetage de l'entreprise et le maintien de l'emploi (section 2).

Cette finalité nouvelle n'a pas été remise en cause par la loi de « sauvegarde des entreprises » du 26 juillet 2005, ni par les réformes des ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014. La continuation de l'exploitation de l'entreprise et le maintien de l'emploi demeurent les maîtres mots du droit contemporain des entreprises en difficulté. Cependant, si les finalités sont inchangées, le législateur s'est attaché à renforcer la prévention des difficultés d'exploitation susceptibles d'être rencontrées par les entreprises en introduisant de nouvelles procédures telles que notamment la procédure de sauvegarde. Ce choix se manifeste par un recul significatif du rôle de la cessation des paiements, comme critère traditionnel d'ouverture des procédures collectives (section 3).

### section 1

## Les finalités d'origine du droit des procédures collectives

Jusqu'aux réformes réalisées par les lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985, la faillite poursuivait une double fonction : assainir, d'une part, le commerce par l'élimination du commerçant ayant failli à ses engagements (§ 1) ; organiser, d'autre

part, le règlement collectif et égalitaire des créanciers du commerçant failli, d'où le nom de « procédures collectives » (§ 2).

## § 1 Le caractère répressif du droit des faillites

■ 3 Dès le Moyen Âge, l'insolvabilité est perçue comme une fraude. Et, tout failli est traité en criminel. Lors des travaux du Code de commerce de 1807, Napoléon déclara que « Dans toute faillite, il y a un corps de délit puisque le failli fait tort à ses créanciers ». Cette conception délictuelle de la faillite explique la sévérité et le caractère infamant des peines applicables au débiteur insolvable : port du bonnet vert au Moyen Âge ; mise au pilori, condamnation aux galères ou à la peine capitale sous l'Ancien Régime ; condamnation aux travaux forcés ou prononcé de la mort civile sous l'empire du Code de commerce de 1807. Mais, l'élimination du monde des affaires du commerçant qui a *failli* à ses engagements et trahi la confiance de ses créanciers (du latin *fallere*, tromper) n'est pas, à cette époque, une finalité exclusive.

Le droit des faillites a également pour objet d'organiser le règlement collectif et égalitaire des créanciers du débiteur failli.

## § 2 Le règlement collectif des créanciers

■ 4 Le droit commercial a toujours cherché à mettre en place une procédure spécifique d'exécution permettant, dans la mesure du possible, *le désintéressement collectif et égalitaire des créanciers*, et, dérogeant en conséquence au principe civiliste selon lequel le paiement des créanciers est normalement celui du prix de la course.

Au Moyen Âge, cette procédure d'exécution s'inspirait de la « *venditio bonorum* » du droit romain qui permettait la vente des biens du débiteur à l'initiative et au profit de ses créanciers, sous le contrôle de l'autorité publique.

En 1807, le Code de commerce pose pour la première fois la règle du *dessaisissement* immédiat et total du débiteur. Cette mesure destinée à préserver le gage de ses créanciers privait le débiteur de l'administration de ses biens jusqu'à l'issue de la procédure. La loi du 4 mars 1889 institua, pour sa part, une seconde procédure, appelée *liquidation judiciaire*. Elle était réservée au traitement des difficultés des commerçants malheureux en affaires mais de bonne foi. Avec la loi de 1889, le droit français s'engage « dans une démarche dualiste ». Dorénavant, deux procédures coexistent : *la faillite stricto sensu* qui frappe le débiteur malhonnête ou fautif par la vente de ses biens afin de désintéresser les créanciers ; *la liquidation judiciaire* où le débiteur honnête est simplement assisté par le syndic et peut obtenir, soit un concordat lui permettant de sauver son affaire, soit de bénéficier d'une remise de dettes en abandonnant ses biens. Une distinction identique sera reprise par le décret du 20 mai 1955. *Le critère de choix entre les deux procédures se révéla cependant antiéconomique. L'avenir de l'entreprise demeure dépendant d'un jugement porté sur la moralité commerciale du débiteur et non sur la viabilité économique de son exploitation.*

section **2**

## Les finalités modernes du droit des procédures collectives

Au fil des réformes, la logique d'élimination du débiteur failli et de règlement collectif des créanciers, dont le droit des faillites était initialement empreint, est progressivement concurrencée par une préoccupation nouvelle : la sauvegarde de l'entreprise en difficulté. La loi du 13 juillet 1967 s'efforce pour la première fois de dissocier le sort du débiteur de celui de l'entreprise (§ 1). Cette idée sera pleinement consacrée par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 et la loi du 25 janvier 1985. La première en s'attachant à la prévention des difficultés ; la seconde en organisant le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements (§ 2).

5 ■

### § 1 Les apports de la loi du 13 juillet 1967

La loi du 13 juillet 1967 instituait deux procédures distinctes en cas de cessation des paiements. L'entreprise pouvait être l'objet soit d'un *règlement judiciaire*<sup>o</sup> destiné à apurer le passif des entreprises en cessation des paiements mais qui, économiquement saines, pouvaient retrouver un fonctionnement normal après le vote d'un *concordat amiable*<sup>o</sup> homologué par le juge ; soit d'une *liquidation des biens*<sup>o</sup> ayant pour but d'éliminer du circuit économique les entreprises dont la situation était irrémédiablement compromise et de désintéresser les créanciers par la vente des biens du débiteur.

6 ■

Bien que poursuivant des finalités différentes, le règlement judiciaire et la liquidation des biens présentaient de nombreux traits communs qui peuvent se résumer de la manière suivante :

- elles n'étaient pas limitées aux seuls commerçants mais pouvaient être ouvertes contre toutes les personnes morales de droit privé même non commerçantes (ex. : associations, syndicats, sociétés civiles) ;

- les créanciers du débiteur étaient de plein droit réunis en une *masse de créanciers*<sup>o</sup> soumise au principe d'égalité et représentée par un syndic. Ils perdaient ainsi le droit d'agir individuellement contre le débiteur et étaient obligés de produire leurs créances pour pouvoir être payés ;

- la loi du 13 juillet 1967 marquait un renforcement sensible du rôle du juge qui avait pour mission de désigner les organes de la procédure (syndic et juge-commissaire), contrôler le déroulement de la procédure, homologuer le concordat conclu par le débiteur avec ses créanciers, déclarer la liquidation des biens du débiteur lorsque le règlement judiciaire était impossible, prononcer les sanctions contre les dirigeants dont la gestion avait conduit à la faillite de l'entreprise ;

- en outre, quelle que soit la nature de la procédure ouverte (règlement ou liquidation), le débiteur était de plein droit dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens dans un but de protection des créanciers.

■ 7

En dépit de ses solutions novatrices, la loi de 1967 a fait l'objet de nombreuses critiques. Les procédures de règlement judiciaire se sont avérées, dans les faits, incapables de réaliser les objectifs légaux de sauvetage de l'entreprise et de paiement des créanciers. Elles étaient le plus souvent ouvertes à une date où l'entreprise se trouvait déjà dans une situation irrémédiablement compromise. Dès lors, l'éventualité d'un redressement de l'activité était illusoire. Par ailleurs, le règlement judiciaire et la liquidation des biens ne permettaient pas un désintéressement suffisant des créanciers. Une étude publiée par le Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) en 1982 a ainsi démontré que 85 % des procédures de règlement judiciaire ouvertes s'achevaient par une liquidation des biens, et, que dans 95 % des procédures de liquidation, les créanciers chirographaires ne percevaient aucun remboursement. Il a été également reproché à la loi de 1967 de ne pas suffisamment associer les salariés au déroulement de la procédure. Assimilés à de simples créanciers, ces derniers ne disposaient d'aucun droit à information et consultation sur l'avenir de l'entreprise.

Les lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985 ont cherché dans une large mesure à répondre à ces critiques en procédant à une refonte totale des procédures existantes et en proposant une conception renouvelée de la notion d'« entreprise en difficulté ».

## § 2 Les finalités issues des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985

■ 8

La promulgation des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985 parachève l'avènement d'un véritable droit de « l'entreprise en difficulté » qui, à la différence du droit des faillites, repose sur une approche différente des incidents de fonctionnement des entreprises et de leur traitement juridique. La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 met ainsi l'accent sur la nécessité d'un traitement prophylactique, c'est-à-dire préventif, et amiable des difficultés nées avant toute cessation des paiements (A). Pour sa part, la loi du 25 janvier 1985 s'assigne un but thérapeutique : organiser le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements (B).

### A. La prévention des difficultés de l'entreprise

■ 9

Avec la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, la notion d'« entreprise en difficulté » est désormais entendue de manière plus large que par le passé. Elle cesse d'être synonyme d'« entreprise en cessation des paiements ». Sur ce point, le législateur a fait sienne l'idée qu'un droit des entreprises en difficulté doit, pour être efficace, prendre en considération toutes les difficultés rencontrées par une entreprise, notamment celles de nature à compromettre, à plus ou moins court terme, la continuité de son exploitation.

L'idée de prévenir les difficultés des entreprises n'est pas née en 1984. Depuis de nombreuses années, la question était débattue d'instituer une procédure de règlement des difficultés avant même que l'entreprise ne se trouve en cessation des paiements. L'ordonnance du 23 septembre 1967 avait partiellement répondu à cette attente en créant une procédure nouvelle : *la suspension provisoire des poursuites*. Mais, celle-ci avait un caractère exceptionnel. Elle était réservée aux seules « entreprises en

situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et qui pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers ».

La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 poursuit, en la prolongeant, l'œuvre entreprise par l'ordonnance de 1967. Elle constitue le premier texte à être officiellement consacré à la prévention et au traitement amiable des difficultés des entreprises.

Une double procédure est instituée : la *procédure d'alerte*<sup>o</sup> et la procédure de règlement amiable. Ce dispositif de prévention est complété d'un ensemble de mesures destiné à doter l'entreprise de moyens de prévisions internes (ex. : obligation d'établir des comptes prévisionnels pour les entreprises les plus importantes) ou externes (ex. : adhésion facultative pour les PME à des centres de gestions agréés ayant notamment pour mission de les aider à détecter et éventuellement résoudre leurs difficultés).

## B. Le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements

À la différence de la loi de 1984, la loi du 25 janvier 1985 poursuit un but thérapeutique. Elle ne concerne que les entreprises en *cessation des paiements*<sup>o</sup> et s'assigne une finalité désormais plus économique que juridique. L'ouverture d'une procédure judiciaire n'a plus pour objectif principal de permettre le désintéressement des créanciers du débiteur en cessation des paiements mais d'assurer le sauvetage de l'entreprise afin de garantir la continuation de son exploitation et le maintien de l'emploi.

Contrairement à la loi de 1967, la loi du 25 janvier 1985 institue une procédure unique qui se divise en deux phases successives.

La première correspond à la *période d'observation*<sup>o</sup> au cours de laquelle un bilan de la situation de l'entreprise est établi en même temps qu'est préparé un projet de plan de résolution des difficultés. La période d'observation a ainsi pour objet de permettre au juge d'apprécier les possibilités de redressement de l'entreprise et de décider de l'adoption *soit* d'un *plan de redressement*<sup>o</sup> visant à la continuation de l'entreprise par le débiteur ou à sa cession à un tiers repreneur, *soit de sa liquidation judiciaire*<sup>o</sup> lorsqu'il apparaît que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise.

À cette première phase, succède une phase d'exécution du plan arrêté par le tribunal.

La loi du 25 janvier 1985 consacre également un *nouvel élargissement du domaine des procédures collectives*. Réservées naguère aux seuls commerçants et sociétés commerciales, la loi du 13 juillet 1967 en avait déjà étendu le bénéfice aux personnes morales de droit privé non commerçantes (v. ss chapitre 3). La loi du 25 janvier 1985 poursuit cet élargissement en y soumettant les artisans. Quelques années plus tard, la loi du 30 décembre 1988 rend les procédures collectives applicables aux agriculteurs personnes physiques. Au final, seule l'activité libérale exercée à titre individuel ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions du Code de commerce. La loi du 26 juillet 2005 a mis aujourd'hui un terme à cette distorsion de solution fondée exclusivement sur le mode d'exploitation de l'activité libérale ou indépendante (v. ss 21).

10 ■

11 ■

12 ■

■ 13

Pour la première fois, la loi du 25 janvier 1985 énumère et hiérarchise les finalités de la procédure de redressement et de liquidation judiciaires. Celle-ci est organisée dans un triple but : le sauvetage de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et en dernier lieu l'apurement du passif.

En faisant du sauvetage de l'entreprise la finalité première de la procédure de redressement et de liquidation judiciaires, la loi de 1985 marque l'aboutissement du principe esquissé par la loi de 1967 de la séparation de l'homme et de l'entreprise. Ceci explique également que désormais la procédure n'est plus organisée autour des créanciers mais autour de l'avenir de l'entreprise. Le tribunal doit s'attacher avant tout à son redressement, en garantir la continuité même s'il faut pour cela passer par une restructuration profonde.

Ce changement de philosophie se traduit par le déclin du rôle des créanciers dans la procédure. Avec la loi de 1985, les créanciers perdent tout pouvoir de décision quant au sort de leur débiteur. La loi nouvelle scelle la mort du concordat voté hier par les créanciers. La procédure est désormais tout entière placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La masse des créanciers disparaît. Et, les créanciers munis de sûretés subissent, à l'instar des créanciers chirographaires, les délais du plan adopté par le tribunal et perdent leur droit de poursuite (v. chapitre 12). Enfin, en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur (v. chapitre 13). Ainsi mis à l'abri, le débiteur dispose d'une seconde chance pour réaliser dans l'avenir de nouveaux projets économiques.

■ 14

Par ailleurs, alors que la loi de 1967 avait ignoré le sort des salariés, la loi nouvelle cherche au contraire à les associer plus étroitement à l'avenir de l'entreprise. Un système de consultation et d'information des représentants du personnel (comité d'entreprise ou délégués du personnel) est désormais institué. Un nouvel organe de la procédure apparaît : le *représentant des salariés*<sup>9</sup>. Choisi par les salariés, son rôle est de contrôler le *représentant des créanciers*<sup>9</sup> dans les opérations de vérification des créances.

La loi de 1985 se caractérise également par l'amélioration du sort réservé au débiteur. D'une part, les sanctions pénales et civiles sont adoucies. D'autre part, le dessaisissement de plein droit cesse d'être automatique. Un « dessaisissement à la carte » lui est préféré. Désormais, la défaillance n'est plus uniquement conçue comme une faute imputable à l'incurie ou à la fraude de ceux qui la gèrent mais peut trouver sa source dans des causes exogènes.

Enfin, le rôle du juge est accru : il ouvre la procédure, nomme, remplace et définit les pouvoirs des organes de la procédure, autorise les actes graves comme il décide de l'avenir de l'entreprise en arrêtant un plan de redressement ou en optant pour sa liquidation. Le ministère public se voit également reconnaître d'importantes prérogatives au motif que le sort de l'entreprise intéresse directement l'intérêt général. Le ministère public peut notamment solliciter l'ouverture judiciaire de la procédure, la révocation des auxiliaires de justice et l'autorisation de certains actes graves. Il peut également interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession alors que cette voie de recours est interdite au débiteur lui-même.

## C. Les modifications apportées par la loi du 10 juin 1994

Dès sa promulgation, la loi de 1985 a suscité d'importantes critiques. Il lui a été notamment reproché de ruiner l'efficacité des sûretés et de dissuader en conséquence les banques de soutenir les entreprises en difficulté ; de générer des abus par l'organisation d'un dépeçage d'entreprises saines en faveur de repreneurs peu scrupuleux ; d'être impuissante à réaliser le sauvetage des entreprises en raison de périodes d'observation trop longues. Une réforme était donc nécessaire. Elle fut réalisée, dans un premier temps, par la loi du 10 juin 1994 avant que la loi du 26 juillet 2005 ne procède à l'abrogation des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985 et à une refonte du droit des procédures collectives.

Les objectifs poursuivis par la loi du 10 juin 1994 furent triples :

- *simplifier et accélérer* la procédure. Désormais le tribunal peut prononcer immédiatement la liquidation judiciaire de l'entreprise, sans avoir à la placer au préalable en période d'observation, dès lors que le redressement judiciaire est impossible (v. ss chapitre 13) ;

- *améliorer le sort des créanciers*. Sur ce point, la loi de 1994 renforce la garantie procurée par la clause de réserve de propriété (v. ss chapitre 10), affirme le principe du paiement au comptant des sommes dues en raison de la continuation d'un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture (v. ss chapitre 7) et permet aux créanciers antérieurs munis de sûretés d'être payés avant les créanciers postérieurs, c'est-à-dire ceux dont la créance est née à l'occasion de la période d'observation ;

- *moraliser les plans de cession*. À cette fin, la loi du 10 juin 1994 impose désormais la résolution du plan de cession en cas de violation par le repreneur de ses engagements. Le tribunal se voit également reconnaître le pouvoir d'insérer des clauses d'inaliénabilité dans les plans de cession dont la violation est sanctionnée par la résolution (v. ss chapitre 13).

### section 3

## Le nouveau visage du droit des entreprises en difficulté depuis la réforme du 26 juillet 2005

La loi du 26 juillet 2005 a modifié en profondeur le dispositif mis en place par les lois de 1984 et 1985 même si les finalités du droit des entreprises demeurent inchangées. *Comme hier, le sauvetage de l'entreprise et donc la continuation de son exploitation constituent le mot d'ordre du nouveau droit des entreprises en difficulté*. Pour atteindre cet objectif, la loi nouvelle renforce les techniques de prévention, en introduisant notamment une nouvelle procédure collective : la procédure de sauvegarde (§ 1). Elle redéfinit les procédures de redressement et de liquidation judiciaires (§ 2) et prolonge l'élargissement du domaine du droit des entreprises en difficulté (§ 3).

Ces solutions nouvelles, applicables aux procédures ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, ont été amendées et complétées par l'ordonnance du 18 décembre



2008 et l'ordonnance du 12 mars 2014. Ces réformes successives, qui ne touchent pas la philosophie générale du droit contemporain des entreprises en difficulté, poursuivent plusieurs objets. Il s'agit en effet de :

- renforcer la prévention des difficultés des entreprises par une attractivité plus forte de la procédure de sauvegarde mais aussi de la procédure de conciliation (v. ss 18). À titre d'exemple, l'ordonnance du 12 mars 2014 introduit, à côté de la procédure de sauvegarde de droit commun, une procédure de sauvegarde accélérée. Cette nouvelle procédure de sauvegarde s'ajoute à la procédure de sauvegarde financière accélérée (dénommée le plus souvent procédure SFA) (v. ss 19) ;
- améliorer le fonctionnement de la liquidation judiciaire en élargissant notamment le domaine de la liquidation simplifiée (v. ss 462) ;
- mais aussi organiser les effets en procédure collective de la fiducie et du gage sans dépossession.

## § 1 Le renforcement de la prévention

■ 18

La prévention des difficultés est au cœur de la loi du 26 juillet 2005. À cette fin, deux nouvelles procédures ont été instituées : la *procédure de conciliation*<sup>o</sup> et la *procédure de sauvegarde*<sup>o</sup>.

La *procédure de conciliation* se substitue à l'ancienne procédure de règlement amiable. À l'image de cette dernière, elle a pour objet essentiel de permettre la conclusion d'un accord négocié avec les principaux créanciers de l'entreprise avec l'aide d'un *conciliateur*<sup>o</sup> (v. ss chapitre 2). Toute entreprise (à l'exception des agriculteurs) peut en solliciter le bénéfice dès lors qu'elle éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours (C. com., art. L. 611-4, L. 611-5). *L'innovation est ici importante car, à la différence des solutions posées par la loi de 1984, l'état de cessation des paiements d'une entreprise ne fait plus en soi obstacle à l'ouverture d'un règlement amiable de ses difficultés.*

Afin d'assurer le succès de cette nouvelle procédure, la loi de 2005 a créé un nouveau privilège, dit *privilège de « new money »* ou *d'argent frais*, qui bénéficie aux créanciers, parties à l'accord amiable, dans l'hypothèse où l'entreprise serait ultérieurement l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (v. ss chapitre 2).

L'innovation majeure de la loi du 26 juillet 2005 consiste cependant dans l'institution d'une nouvelle procédure collective : la procédure de sauvegarde. Inspirée de la procédure du *Chapter eleven* du droit fédéral américain, cette nouvelle procédure permet à toute entreprise, *qui n'est pas encore en cessation des paiements*, de se placer sous la protection de la justice en vue d'obtenir une solution judiciaire par la voie de l'adoption d'un plan, dénommé *plan de sauvegarde*<sup>o</sup>. Ce plan est destiné à permettre un redressement anticipé de l'entreprise par sa réorganisation (v. ss chapitre 12).

Cette nouvelle procédure emprunte de nombreux traits de son régime juridique à l'ancienne procédure de redressement judiciaire. Comme elle, l'adoption du plan de sauvegarde est précédée d'une période d'observation dans le but d'établir un bilan de la situation économique de l'entreprise. De même, l'ouverture d'une sauvegarde emportera l'interdiction du paiement des créances antérieures, l'interruption des poursuites mais aussi la continuation des contrats en cours (v. ss chapitre 7 et 8).

Dans le souci de renforcer et stimuler la prévention des difficultés des entreprises, la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, puis l'ordonnance du 12 mars 2014, sont venues enrichir la procédure de sauvegarde de procédures spécifiques : la *procédure de sauvegarde financière accélérée*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 628-8 s.) et la *procédure de sauvegarde accélérée*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 621-1).

Comme la procédure de sauvegarde de droit commun, la procédure de sauvegarde financière accélérée et la procédure de sauvegarde accélérée s'inspirent des solutions du droit fédéral américain. Elles transposent en effet, à leur manière, en droit français la technique dite du « *prepackaged plan* », consistant pour le débiteur à négocier dans le cadre d'une procédure de conciliation un projet de plan de sauvegarde, dont l'adoption définitive interviendra lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dont la durée ne pourra en principe excéder, selon la procédure concernée, soit un mois, soit trois mois (v. ss 420 s.). D'où le nom de procédure de sauvegarde « accélérée ».

À la différence de la procédure de sauvegarde de droit commun, qui est ouverte sans discrimination à toute entreprise, la procédure de sauvegarde financière accélérée et la procédure de sauvegarde accélérée sont réservées aux seules entreprises qui, en raison de leur taille, sont soumises à l'obligation de certification de leurs comptes. La constitution de comités de créanciers est par ailleurs une obligation (v. ss 95).

En outre, la *procédure de sauvegarde financière accélérée* poursuit une finalité particulière. Son objet est beaucoup plus limité que celui de la procédure de sauvegarde de droit commun et de la procédure de sauvegarde accélérée. Le projet de plan négocié lors de la procédure de conciliation ne vise pas à réorganiser l'activité opérationnelle de l'entreprise mais à restructurer ses dettes financières, et notamment bancaires. D'où son nom de procédure de sauvegarde « financière ».

## § 2 La redéfinition des procédures de redressement et de liquidation judiciaires

La loi du 26 juillet 2005 n'a pas formellement supprimé les procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Celles-ci demeurent et ne peuvent être ouvertes qu'à l'encontre d'une entreprise en état de cessation des paiements (C. com., art. L. 631-1, L. 640-1 ; v. ss chapitre 4).

Cependant, la loi nouvelle donne dorénavant à ces deux procédures une physiologie et une logique différentes de celles qui étaient les leurs sous l'empire de la législation précédente. La loi de 2005 réalise ainsi une redistribution des fonctions d'origine des procédures de redressement et de liquidation judiciaires. L'exemple le plus frappant de cette transformation tient à l'intégration du *plan de cession*<sup>o</sup> au sein de la procédure de liquidation judiciaire et à la disparition corrélative de la *cession d'unités de production*<sup>o</sup>.

La *procédure de redressement judiciaire*<sup>o</sup> ne peut en effet aujourd'hui aboutir qu'à l'adoption d'un plan de redressement destiné à assurer la continuation de l'activité de l'entreprise sous la direction du débiteur. Ce plan s'apparente à l'ancien *plan de continuation*<sup>o</sup>, même s'il n'en a pas conservé le nom. En revanche, le principe d'un redressement judiciaire de l'activité par la seule adoption d'un plan de cession n'est désormais plus possible. Dans le cadre de la nouvelle procédure de redressement judiciaire, l'adoption d'un plan de cession ne se conçoit que de manière ancillaire,

19 ■

20 ■

c'est-à-dire en complément d'un plan de redressement. Il s'ensuit que lorsque le débiteur ne peut manifestement pas procéder lui-même au redressement de l'activité de l'entreprise, une procédure de liquidation judiciaire doit alors être ouverte (C. com., art. L. 631-22, al. 3).

La loi du 26 juillet 2005 procède ainsi à un changement radical de philosophie puisque selon l'exposé des motifs du projet de loi, « la sauvegarde, de même que le redressement, sont les seules procédures utiles lorsque le débiteur peut poursuivre lui-même son activité. En revanche la liquidation est destinée à réaliser l'actif de la personne concernée, si possible au moyen de la reprise de l'entreprise par un tiers capable d'assurer la poursuite de l'exploitation ».

Avec la loi du 26 juillet 2005, la *procédure de liquidation judiciaire*<sup>o</sup> n'est plus exclusivement conçue comme une procédure liquidative destinée au seul désintéressement des créanciers de l'entreprise. Elle constitue désormais une procédure autonome et concurrente de la procédure de redressement judiciaire. L'article L. 640-1 du Code de commerce dispose en effet que « La procédure de liquidation est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise *ou* à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ». En vertu de ce texte, la procédure de liquidation judiciaire a désormais une double finalité :

- soit apurer le passif lorsqu'aucune poursuite de l'activité n'est envisageable,
- soit céder l'entreprise à un tiers par la voie d'un plan de cession totale ou partielle lorsque la poursuite de l'activité est possible mais ne peut manifestement pas être assurée par le débiteur lui-même (v. ss chapitre 13).

Le législateur a souhaité également accélérer le déroulement de la procédure de liquidation judiciaire. À cette fin, une *procédure de liquidation judiciaire simplifiée*<sup>o</sup> est organisée en faveur des petites et très petites entreprises (v. ss chapitre 13).

En outre, dans le souci de limiter l'ouverture d'une liquidation judiciaire aux seuls cas dans lesquels il y a vraiment matière à liquider, l'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit une nouvelle procédure, dite *procédure de rétablissement professionnel*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 641-5 s.) Cette procédure, qui n'est pas une procédure collective, s'inspire de la procédure de rétablissement personnel, organisée en faveur des ménages surendettés par le Code de la consommation. Ouverte aux seuls débiteurs, personnes physiques, à l'exception cependant des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (EIRL), cette procédure constitue un mode simplifié d'apurement du passif par le jeu d'un effacement automatique des dettes nées de l'exploitation de l'entreprise dès lors que le débiteur ne dispose d'aucun actif (v. ss chapitre 13).

### § 3 L'élargissement du domaine d'application du droit des entreprises en difficulté

■ 21

Avec la loi du 26 juillet 2005, l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-5), d'une procédure collective de sauvegarde (C. com., art. L. 620-2), de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-2) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640-2) peut être sollicitée par tout professionnel indépendant exerçant son activité à titre individuel (v. ss chapitre 3). *Sur ce point, la loi de 2005 achève l'extension initiée par la loi du 25 janvier 1985 en intégrant l'ensemble des professionnels libéraux dans le giron du droit des procédures collectives, et cela, quel que soit le mode d'exploitation de leur activité* (v. ss 12).

Cet élargissement a nécessité d'adapter certaines règles du droit des entreprises en difficulté afin qu'il soit tenu compte de la spécificité de l'organisation de certaines professions libérales (médecin, avocats, notaires, architectes, etc.). À titre d'exemple, lorsqu'une procédure est ouverte à l'encontre d'une personne physique exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementé, ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente doit être informé et consulté sur les décisions importantes (ex. : homologation d'un accord amiable, présence d'un représentant de l'ordre ou de l'autorité compétente lors de l'inventaire).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

À la différence de l'ancien droit des faillites, le droit des entreprises en difficulté n'a plus pour finalité essentielle d'organiser le désintéressement collectif et égalitaire des créanciers. Depuis la loi du 25 janvier 1985, le *maintien de l'activité et de l'emploi* constitue l'objectif principal du droit moderne des procédures collectives. Parallèlement, le législateur s'est attaché à offrir aux entreprises des instruments permettant un traitement amiable, et donc négocié, de leurs difficultés afin d'éviter la survenance d'un état de cessation des paiements. Dans ce but, la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 a créé deux procédures : la procédure d'alerte et la procédure de règlement amiable.

Ces objectifs de prévention des difficultés et de sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements n'ont pas été remis en cause par la loi du 26 juillet 2005, dite « loi de sauvegarde des entreprises », qui abroge les lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985. Les modifications apportées portent essentiellement sur :

- l'introduction de nouvelles procédures de prévention, appelées *procédure de conciliation et procédure de sauvegarde*

- et la réorganisation des procédures traditionnelles de redressement et de liquidation judiciaires qui demeurent réservées aux seules entreprises en cessation des paiements.

Depuis la loi du 26 juillet 2005, deux procédures spécifiques de sauvegarde ont été ajoutées à la procédure de sauvegarde de droit commun : la *procédure de sauvegarde financière accélérée* (ou procédure SFA), introduite par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, et, la *procédure de sauvegarde accélérée*, créée par l'ordonnance du 12 mars 2014.

Dans un souci de simplification, et afin de limiter le nombre des procédures de liquidation judiciaire, l'ordonnance du 12 mars 2014 a institué une *procédure de rétablissement professionnel* ouverte, en l'absence de tout actif, au débiteur, personne physique, autre qu'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

Au fil des réformes, le champ d'application du droit des entreprises en difficulté n'a cessé de s'élargir. La loi du 26 juillet 2005 achève cet élargissement. Désormais, le droit des entreprises en difficulté s'applique à la *défaillance économique de toutes les entreprises* :

- *quelle que soit la nature de son activité (commerciale, artisanale, civile, indépendante ou libérale),*

- *et quel que soit son mode d'exploitation (exercice à titre individuel, société ou toute personne morale de droit privé).*

## Quid

### ■ Cessation des paiements n<sup>os</sup> 1, 10

Impossibilité pour une entreprise de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible.

### ■ Cession d'unité de production (loi du 25 janvier 1985) n<sup>o</sup> 20

Mesure de liquidation judiciaire destinée à transmettre à un tiers tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur dans le but de permettre le maintien d'activités susceptibles d'une exploitation autonome.

### ■ Conciliateur n<sup>o</sup> 18

Personne désignée, lors d'une procédure de conciliation, par le président du tribunal de commerce ou de grande instance et ayant pour mission d'aider à la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

### ■ Concordat amiable (loi du 13 juill. 1967) n<sup>o</sup> 6

Terme utilisé, avant la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, pour désigner l'accord amiable conclu entre un débiteur et ses créanciers.

### ■ Dessaisissement du débiteur n<sup>o</sup> 4

Mesure privant de plein droit le débiteur en liquidation judiciaire de tout pouvoir de gestion et de disposition sur ses biens.

### ■ Faillite n<sup>o</sup> 1

Terme désignant, avant 1967, la procédure ouverte contre un commerçant dont la cessation des paiements était constatée par un jugement du tribunal de commerce.

### ■ Liquidation des biens n<sup>o</sup> 6

Procédure, instituée par la loi du 13 juillet 1967, ouverte contre le débiteur en situation irrémédiablement compromise et conduisant au désintéressement de ses créanciers par la vente de ses biens.

### ■ Liquidation judiciaire n<sup>o</sup> 11

Procédure, instituée par la loi du 25 janvier 1985, ayant pour objet d'apurer le passif d'une entreprise dont la situation était irrémédiablement compromise et qui ne pouvait, en conséquence, être redressée par l'adoption d'un plan de continuation ou de cession.

### ■ Masse des créanciers n<sup>o</sup> 6

Regroupement obligatoire des créanciers d'un débiteur en liquidation des biens ou en règlement judiciaire, avant la loi du 25 janvier 1985.

### ■ Plan de cession n<sup>o</sup> 20

Plan arrêté par le tribunal et ayant pour objet de transférer à un tiers soit la totalité de l'entreprise du débiteur (redressement judiciaire) soit une ou plusieurs branches d'activités susceptibles d'une exploitation autonome (sauvegarde et redressement judiciaire).

■ **Plan de continuation n° 20**

Institué par la loi du 25 janvier 1985, c'est un plan de redressement, arrêté par le tribunal à l'issue de la période d'observation organisant la continuation de l'activité de l'entreprise et l'apurement du passif par le débiteur.

■ **Plan de redressement n° 11**

Plan arrêté par le tribunal lorsque le débiteur en redressement judiciaire peut assurer lui-même la poursuite de l'activité de l'entreprise.

■ **Plan de sauvegarde n° 18**

Plan arrêté par le tribunal, lors d'une procédure de sauvegarde, en vue de réorganiser l'activité de l'entreprise alors que celle-ci n'est pas encore en cessation des paiements.

■ **Procédure d'alerte n° 9**

Procédure destinée à attirer l'attention du chef d'entreprise sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise.

■ **Procédure de conciliation n° 18**

Procédure ouverte aux entreprises (à l'exception des entreprises agricoles exploitées à titre individuel ou sous la forme d'un groupement de droit civil) qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et qui ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

■ **Procédure de liquidation judiciaire n° 20**

Instituée par la loi du 26 juillet 2005, c'est une procédure collective destinée, depuis la loi du 26 juillet 2005, soit à mettre fin à l'activité de l'entreprise en cessation des paiements, soit à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits ou de ses biens.

■ **Procédure de liquidation judiciaire simplifiée n° 20**

Instituée par la loi du 26 juillet 2005, c'est une procédure de liquidation judiciaire accélérée créée par la loi du 26 juillet 2005 et réservée aux petites et très petites entreprises.

■ **Procédure de redressement judiciaire n° 20**

Instituée par la loi du 26 juillet 2005, c'est une procédure collective destinée en vertu de la loi du 26 juillet 2005 à assurer la continuation de l'activité de l'entreprise en cessation des paiements par le débiteur lui-même au moyen de l'adoption d'un plan de redressement.

■ **Procédure de rétablissement professionnel n° 20**

Instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014, c'est une procédure simplifiée et non collective d'apurement du passif d'un débiteur, personne physique, autre qu'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

■ **Procédure de sauvegarde n° 18**

Instituée par la loi du 26 juillet 2005, c'est une procédure collective destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise qui n'est pas en cessation des paiements mais qui éprouve des difficultés qu'elle ne peut surmonter sans l'aide du juge.

### ■ Procédure de sauvegarde accélérée n° 19

Procédure spécifique de sauvegarde ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de ses créanciers pour en rendre vraisemblable son adoption une fois la procédure de sauvegarde accélérée ouverte.

### ■ Procédure de sauvegarde financière accélérée n° 19

Procédure spécifique de sauvegarde accélérée, appelée le plus souvent SFA, destinée à permettre l'adoption d'un plan de sauvegarde visant à restructurer l'endettement bancaire et financier du débiteur à partir d'un projet négocié dans le cadre d'une procédure de conciliation.

### ■ Période d'observation n° 11

Période suivant immédiatement le prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire lorsque l'exploitation de l'activité de l'entreprise est maintenue. Elle permet au tribunal d'apprécier les chances de redressement de l'activité par l'établissement d'un bilan économique et social.

### ■ Règlement judiciaire n° 6

Procédure, instituée par la loi du 13 juillet 1967, destinée à résoudre les difficultés d'un débiteur en cessation des paiements par la conclusion d'un concordat avec ses créanciers.

### ■ Représentant des créanciers n° 14

Institué par la loi du 25 janvier 1985, c'est un mandataire judiciaire chargé de participer à la vérification des créances, de consulter les créanciers sur les propositions de règlement du passif et ayant qualité pour agir en justice dans l'intérêt collectif de ces derniers.

### ■ Représentant des salariés n° 14

Organe de la procédure élu par les salariés d'une entreprise mise en redressement ou liquidation judiciaire qui participe à la vérification des créances salariales.

## Biblio

### 1) Ouvrages généraux

- J. Bonnard, *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Hachette supérieur, coll. « Les Fondamentaux », 2016.
- A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., Litec, 2015.
- M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2010.
- F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, 1<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2016.
- F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2014.
- Ph. Pétel, *Procédures collectives*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Cours », 2014.
- C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2016.



- J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. « Litec Professionnels », 2012.
- D. Voinot, *Procédures collectives*, Montchrestien, coll. « Cours », 2011.

## 2) Articles et monographies

- F. Aubert, « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 367 s.
- H. Bourbouloux et G. Couturier, « La consécration de la sauvegarde financière accélérée de l'entreprise », *BJE* 2011.48.
- B. Grelon, « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de "régulation bancaire et financière" en date du 22 octobre 2010 », *Rev. sociétés* 2011. 7.
- R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, E. Story-Scientia, 1965, p. 609 s.
- L. Idot, « À propos des entreprises en difficulté et du droit communautaire », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 403 s.
- P.-M. Le Corre et alii, « Réforme du droit des entreprises en difficulté (Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 et Décr. n° 2009-160 du 12 févr. 2009) », *D.* 2009. 638 s.
- P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 733 s.
- F. Pérochon, « Le bénéfice sélectif de la procédure collective », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, t. 2, 1998, p. 401 s.
- F. Macorig-Venier, « La procédure de conciliation, antichambre de la sauvegarde financière accélérée », *RTD com.* 2010. 781.
- Ph. Pétel, « Entreprise en difficulté : encore une réforme », *JCP E* 2014. 314.
- P. Rossi, « Sauvegarde des entreprises : une discipline en mouvement perpétuel », *D.* 2014. 220.
- C. Saint-Alary-Houin, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Dr. et patr.* janv. 2005. 24 s.

ch a p i t r e



## La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442878605:88866152:196.200.176.777:1580232076

## Plan analytique

### section 1

#### La prévention des difficultés par l'alerte

- § 1 Les procédures d'alerte interne à l'entreprise
  - A. Le pouvoir d'alerte du commissaire aux comptes
  - B. Le droit d'alerte des associés
  - C. Le droit d'alerte du comité d'entreprise
- § 2 Les procédures d'alerte externe à l'entreprise
  - A. Le droit d'alerte du président du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance
  - B. Le droit d'alerte des groupements de prévention agréés

### section 2

#### Le recours à un mandataire *ad hoc*

- § 1 Les conditions de nomination d'un mandataire *ad hoc*
- § 2 Le choix du mandataire *ad hoc*
- § 3 La mission du mandataire *ad hoc*

### section 3

#### La procédure de conciliation

- § 1 Les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation
  - A. Les conditions relatives à la forme de l'entreprise
  - B. Les conditions relatives à la situation financière de l'entreprise
  - C. Les conditions relatives à la demande d'ouverture
- § 2 La conclusion de l'accord amiable
  - A. Le rôle du conciliateur
  - B. Les remises de dettes des créanciers publics
  - C. Délais de paiement judiciaires et conditions d'exécution des contrats en cours
- § 3 Les effets de la conclusion de l'accord amiable
  - A. L'accord amiable constaté et l'accord amiable homologué
  - B. Les effets de l'accord constaté et de l'accord homologué

§ 4 Les sanctions de l'inexécution de l'accord amiable

Compléments pédagogiques

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442878605:88866152:196.200.176.177:1580232076

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442878605:88866152:196.200.176.177:1580232076

## La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises

Une entreprise peut être en difficulté sans être pour autant en *cessation des paiements*<sup>o</sup>. Lorsque ces difficultés sont prises à temps, elles sont d'autant plus curables et la cessation des paiements cesse d'être perçue comme une fatalité. La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, avait créé dans ce but une *procédure d'alerte*<sup>o</sup> ainsi qu'une *procédure de règlement amiable*<sup>o</sup>, destinées à permettre au chef d'entreprise de déceler à temps les difficultés de son exploitation et de prévenir leur aggravation selon un mode non juridictionnel, et donc non contentieux.

22 ■

La loi du 26 juillet 2005 ne rompt pas avec cette logique et renforce les instruments de prévention. La procédure d'alerte est reconduite sans modification majeure (section 1). En revanche, la procédure de règlement amiable est supprimée et remplacée par une nouvelle procédure : la *procédure de conciliation*<sup>o</sup> dont l'ouverture peut être demandée par une entreprise qui est déjà en cessation des paiements mais depuis moins de quarante-cinq jours (section 3). En outre, la loi nouvelle consacre le recours à un *mandataire ad hoc*<sup>o</sup> (section 2).

### section 1

## La prévention des difficultés par l'alerte

La procédure d'alerte a pour objet d'attirer l'attention des dirigeants sur la situation préoccupante de leur entreprise et permettre ainsi d'y remédier rapidement et discrètement. Toutefois, l'emploi du singulier est ici trompeur. Le Code de commerce institue en réalité *quatre procédures distinctes d'alerte*. Certaines sont des procédures d'*alerte interne*<sup>o</sup> à l'entreprise (§ 1). Les autres sont des procédures d'*alerte externe*<sup>o</sup>, qui ne peuvent être exercées que par des observateurs impartiaux et extérieurs à l'entreprise (§ 2).

23 ■

Quel qu'en soit le caractère, l'alerte poursuit deux objectifs distincts mais complémentaires : d'une part, permettre un dépistage précoce des difficultés de l'entreprise ; d'autre part, inciter le chef d'entreprise à prendre les mesures nécessaires au redressement des difficultés constatées et ainsi éviter une éventuelle cessation des paiements.

La loi du 26 juillet 2005 ne modifie pas en profondeur les solutions posées par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984. Elle se limite à améliorer la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes et à renforcer les pouvoirs du président du tribunal.

## § 1 Les procédures d'alerte interne à l'entreprise

L'alerte a un caractère interne lorsqu'elle est mise en œuvre par les commissaires aux comptes (A), les associés (B) ou le comité d'entreprise (C).

### A. Le pouvoir d'alerte du commissaire aux comptes

- 24 Que l'entreprise soit une société commerciale ou une personne morale de droit privé commerçante (GIE) ou non commerçante (ex. : société civile, association, syndicat), le déclenchement d'une procédure d'alerte constitue une obligation générale pour les commissaires aux comptes.

Si, dans tous les cas, le fait générateur de l'alerte est identique (1), le déroulement de la procédure est en revanche soumis à certaines particularités selon la forme du groupement. Des distinctions sont ainsi introduites selon que l'entreprise est une société anonyme (2), une société commerciale autre qu'une société anonyme (3) ou au contraire un groupement de droit privé non sociétaire (4).

#### 1. Le fait générateur de l'alerte

- 25 Les commissaires aux comptes doivent déclencher la procédure d'alerte lorsqu'ils relèvent, à l'occasion de l'exercice de leur mission, « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » (C. com., art. L. 234-1, L. 612-3). La loi ne précise pas ce que recouvre cette expression. De fait, les commissaires aux comptes disposent d'un large pouvoir d'appréciation et peuvent par conséquent s'attacher à toute sorte d'éléments ou de signes qui leur laissent craindre une rupture prochaine dans la poursuite de l'exploitation de l'activité de l'entreprise.

L'obligation pesant sur le commissaire aux comptes de déclencher l'alerte est en revanche exclue lorsqu'« une procédure de conciliation ou de sauvegarde est engagée par le débiteur » (C. com., art. L. 234-4, L. 612-3, al. 6). L'exclusion est ici une exclusion de bon sens car l'alerte ne présente, en pareil cas, plus aucun intérêt.

En pratique, trois séries de faits peuvent être à l'origine de l'alerte. Il peut s'agir de faits fondés sur la situation financière de l'entreprise (ex. : une situation nette négative ou une augmentation importante du besoin de fonds de roulement), de faits relatifs à l'exploitation sociale elle-même (telle qu'une sous-activité notable et continue) ou bien encore de faits résultant de l'environnement économique de l'entreprise (ex. : perte de brevet, diminution du carnet de commandes). Mais quelle qu'en soit l'origine ou la nature, ces faits doivent être suffisamment graves pour affecter la continuité de l'exploitation dans un proche avenir.

#### 2. Le déroulement de la procédure d'alerte dans les sociétés anonymes

- 26 Dans les sociétés anonymes (SA), la procédure d'alerte se déroule obligatoirement en quatre étapes (C. com., art. L. 234-1) :

– 1<sup>re</sup> étape : lorsque le commissaire aux comptes a connaissance de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation sociale, il doit en informer, selon les cas, le président du conseil d'administration ou du directoire. Cette information a pour objet principal d'obtenir des dirigeants une explication sur les faits relevés et éventuellement l'adoption de mesures destinées à y remédier rapidement ;

– 2<sup>e</sup> étape : si, à l'expiration d'un délai de quinze jours, aucune réponse n'a été donnée ou si celle-ci est insuffisante, l'alerte est alors obligatoirement élargie. Tout d'abord, le commissaire aux comptes doit inviter, par écrit, le président du conseil d'administration ou du directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou de surveillance sur les faits relevés. En outre, depuis la loi du 26 juillet 2005, le commissaire aux comptes a l'obligation d'adresser une copie de cette invitation écrite au président du tribunal du siège social de la SA (C. com., art. L. 234-1, al. 2). Cette exigence nouvelle a pour but d'informer le plus tôt possible le président des difficultés de l'entreprise et d'accélérer ainsi le processus de leur prévention.

Par ailleurs, la loi du 26 juillet 2005 a élargi le cercle des personnes auxquelles les résultats de la délibération doivent être communiqués. Cette communication n'est plus, comme hier, réservée au seul comité d'entreprise mais concerne désormais le président du tribunal ainsi que les délégués du personnel, si la société n'est pas dotée d'un comité d'entreprise (C. com., art. L. 234-1, al. 2 *in fine*) ;

– 3<sup>e</sup> étape : dans l'hypothèse où aucun conseil d'administration ou de surveillance n'a été réuni ou lorsqu'il apparaît qu'en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation de la société demeure compromise, une assemblée générale doit être convoquée dans les huit jours suivant la demande faite par le commissaire aux comptes (C. com., art. L. 234-1, al. 3, R. 234-2). En cas de carence des dirigeants, le commissaire aux comptes peut convoquer lui-même l'assemblée générale (C. com., art. R. 234-3, al. 3). Ces solutions, introduites par la loi du 26 juillet 2005, accélèrent de manière significative le déroulement de la procédure d'alerte ainsi que l'information des actionnaires sur les difficultés de la société. En outre, si comme auparavant, il est prévu que le rapport spécial du commissaire aux comptes doit être communiqué au comité d'entreprise, la loi du 26 juillet 2005 étend cette obligation de communication aux délégués du personnel, lorsque la société n'a pas de comité d'entreprise (C. com., art. L. 234-1, al. 3 *in fine*) ;

– 4<sup>e</sup> étape : enfin, si les décisions prises en assemblée générale demeurent elles-mêmes insuffisantes pour résoudre les difficultés de l'entreprise, le commissaire aux comptes doit informer le président du tribunal de commerce de ses démarches et lui en communiquer les résultats (C. com., art. L. 234-1, al. 4).

### 3. Le déroulement de la procédure d'alerte dans les autres sociétés commerciales

Lorsque la société est une société commerciale autre qu'une société anonyme (SA), le déroulement de la procédure d'alerte est simplifié, et se décompose en trois étapes (C. com., art. L. 234-2) :

– 1<sup>re</sup> étape : si le commissaire aux comptes constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'activité sociale, il doit en demander des explications au dirigeant qui dispose alors d'un délai de quinze jours pour lui faire part de son analyse de la situation, et, des mesures qu'il envisage d'adopter. Cette réponse est communiquée au comité d'entreprise, ou à défaut, aux délégués du personnel ainsi qu'au conseil de surveillance, s'il en existe un (C. com., art. L. 234-2, al. 1<sup>er</sup>). Pour sa part, le président du tribunal est informé de la procédure d'alerte dès son déclenchement. Cette information incombe au commissaire aux comptes ;

– 2<sup>e</sup> étape : en l'absence de réponse, ou si les mesures proposées sont insuffisantes, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial et invite par écrit le dirigeant à convoquer dans les huit jours l'assemblée générale aux fins de la faire délibérer sur



les faits relevés (C. com., art. R. 234-6, al. 2). En cas de carence de ces derniers, il lui appartient de procéder à cette convocation (C. com., art. R. 234-6, al. 3). Enfin, comme pour les SA, une copie de la demande de convocation doit être envoyée au président du tribunal de commerce compétent (C. com., art. L. 234-2, al. 2 ; v. ss 26) ;

– 3<sup>e</sup> étape : si à l'issue de l'assemblée générale, aucune solution appropriée n'a été adoptée, le commissaire aux comptes informe le président du tribunal de commerce de ses démarches et lui en communique les résultats.

#### **4. Le déroulement de la procédure d'alerte dans les autres groupements de droit privé**

Une distinction doit ici être faite selon que le groupement de droit privé est un groupement d'intérêt économique (GIE) (a) ou une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique (b).

##### **a. Procédure d'alerte et GIE**

La loi du 26 juillet 2005 n'a pas modifié les conditions de la procédure d'alerte au sein des GIE. Comme par le passé, l'article L. 251-20 du Code de commerce prévoit que lorsque le commissaire aux comptes relève des faits de nature à compromettre l'exploitation du groupement, il doit en informer les administrateurs. Ceux-ci sont alors tenus de lui répondre dans un délai de quinze jours. Cette réponse doit être communiquée au comité d'entreprise. En revanche, l'article L. 251-20 du Code de commerce n'institue aucune obligation de communication aux délégués du personnel, en cas d'absence de comité d'entreprise.

À défaut de réponse, ou si les décisions adoptées par les administrateurs sont insuffisantes, le commissaire aux comptes doit, d'une part, établir un rapport spécial qui est communiqué au comité d'entreprise, et, d'autre part, inviter par écrit les administrateurs à faire délibérer la prochaine assemblée générale sur les faits relevés. La procédure d'alerte est ainsi plus longue que celle instituée pour les sociétés commerciales puisque les dirigeants n'ont pas l'obligation de convoquer dans les huit jours une assemblée.

Enfin, si à l'issue de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité d'exploitation du groupement, il doit en informer le président du tribunal.

##### **b. Procédure d'alerte et personne morale de droit privé non commerçante**

Lorsque le groupement est une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique (association, société civile...), la procédure d'alerte est organisée par l'article L. 612-3 du Code de commerce. Selon l'article R. 612-4 du Code de commerce, la procédure applicable est différente selon que la personne morale est ou non dotée d'un organe collégial d'administration distinct de l'organe chargé de la direction. Dans le premier cas, la procédure est calquée, sur celle organisée pour les sociétés anonymes (v. ss 26) ; dans le second cas, elle doit respecter les étapes prévues pour les autres sociétés commerciales (v. ss 27).

De manière générale, si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit de ses démarches, les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il doit alors en informer le président du tribunal de grande instance (C. com., art. L. 612-3, al. 4, R. 612-4, al. 2).

## B. Le droit d'alerte des associés

Les associés ont également un droit d'alerte mais l'exercice de ce droit (1) comme ses effets (2) sont strictement entendus. Cette faculté complète la possibilité qui leur est offerte par le droit des sociétés de demander la désignation d'un administrateur provisoire en cas de paralysie des organes sociaux ou la nomination d'un expert de gestion.

30 ■

### 1. Les titulaires du droit d'alerte

Le droit d'alerte des associés présente une physionomie singulière. Son domaine est en effet strictement limité. Il n'est, tout d'abord, réservé qu'à certains associés : les associés non gérants de SARL (C. com., art. L. 223-36) et les actionnaires des sociétés par actions (SA, SAS, société en commandite par actions) détenant ensemble ou séparément au moins 5 % du capital social (C. com., art. L. 225-232).

31 ■

Le droit d'alerte se limite, ensuite, à poser des questions écrites aux dirigeants « sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Il ne peut enfin être exercé que deux fois par exercice. Cette limitation dans le temps doit toutefois se calculer par associé ou groupe d'associés et non globalement.

### 2. Le déroulement de la procédure d'alerte

Le fait générateur de l'alerte des associés est identique à celui du commissaire aux comptes. L'alerte ne peut être exercée qu'en présence de « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » (C. com., art. L. 223-36, L. 225-232).

32 ■

La procédure d'alerte déclenchée à l'initiative des associés a un caractère confidentiel. En effet, si les réponses données aux questions posées sont obligatoirement portées à la connaissance des commissaires aux comptes, elles ne le sont pas en revanche au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel.

La réponse des dirigeants doit être faite par écrit dans un délai d'un mois, et, une copie doit être adressée aux commissaires aux comptes. *Cette réponse met un terme à la procédure d'alerte.* Mais, le commissaire aux comptes peut alors décider d'exercer son propre droit d'alerte, s'il estime que la réponse donnée est insuffisante (v. ss 24 s.).

## C. Le droit d'alerte du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise dispose également d'un droit d'alerte économique (C. trav., art. L. 2323-78). Le législateur a en effet voulu associer plus étroitement les institutions représentatives du personnel à la surveillance du fonctionnement des entreprises. Il s'agit cependant d'une prérogative propre au comité d'entreprise (1) dont le fait générateur (2) et le déroulement (3) sont soumis à des conditions spécifiques.

33 ■

### 1. Une prérogative propre au comité d'entreprise

Le droit d'alerte est une prérogative propre au comité d'entreprise. En conséquence, lorsque l'entreprise emploie moins de cinquante salariés, l'alerte ne peut alors être déclenchée par les délégués du personnel. Cependant, le Code du travail apporte un tempérament à ce principe lorsqu'un comité d'entreprise aurait dû être créé mais ne l'a pas été (C. trav., art. L. 2313-14). Les délégués du personnel sont alors autorisés à exercer les prérogatives reconnues au comité d'entreprise, et ce dans les mêmes conditions.

34 ■

## 2. Le fait générateur de l'alerte

■ 35

Le comité d'entreprise peut déclencher l'alerte lorsqu'il a « connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise » (C. trav., art. L. 2323-78). Le critère de la mise en œuvre de l'alerte est ainsi plus large et plus imprécis que celui qui est retenu pour les commissaires aux comptes et les associés (v. ss 25, v. ss 31). La mise en œuvre de l'alerte par le comité d'entreprise ne suppose pas des faits de nature à rompre la continuité de l'exploitation mais à susciter une « inquiétude » sur l'évolution de l'entreprise et ses conséquences sur l'emploi ou le niveau des salaires (ex. : perte de marchés ou un endettement excessif de l'entreprise). Mais, il faut que les faits relevés par le comité d'entreprise présentent une certaine gravité. Ils doivent, selon les termes mêmes de la loi, être de nature à affecter *de manière préoccupante* la situation économique de l'entreprise. L'alerte ne doit donc pas être une arme de chantage ou de pression entre les mains du comité d'entreprise. Un usage abusif, et donc nuisible aux intérêts de l'entreprise, peut en conséquence engager la responsabilité civile du comité d'entreprise dans les conditions du droit commun (Paris, 9 mai 1989, *Rev. proc. coll.* 1989. 485, note Y. Chaput).

## 3. Déroulement de la procédure d'alerte

■ 36

Le droit d'alerte du comité d'entreprise est destiné à susciter une discussion avec la direction de l'entreprise. Il comporte trois étapes :

– 1<sup>re</sup> étape : le comité d'entreprise adresse à la direction une demande d'explication ;

– 2<sup>e</sup> étape : en l'absence d'explication ou d'explication insuffisante, le comité d'entreprise établit un rapport d'alerte pour la rédaction duquel il peut se faire assister, une fois par exercice, d'un expert-comptable rémunéré par l'entreprise ;

– 3<sup>e</sup> étape : le rapport d'alerte est communiqué, selon la forme de l'entreprise, à l'organe collégial d'administration ou de surveillance qui doit y répondre dans un délai d'un mois ou aux associés. Le comité d'entreprise ne peut en revanche aller au-delà en convoquant, par exemple, une assemblée générale.

## § 2 Les procédures d'alerte externe à l'entreprise

■ 37

Il n'est pas dans la tradition française de permettre un contrôle externe de la gestion des entreprises, et notamment des sociétés. Ce principe explique les raisons pour lesquelles l'exercice d'un droit d'alerte a été, pendant longtemps, une prérogative réservée au seul président du tribunal de commerce (A). La loi du 10 juin 1994 a cependant pris le parti d'élargir le domaine de l'alerte dans le but de renforcer la prévention des difficultés. Cette extension explique qu'aujourd'hui l'alerte peut être déclenchée à l'initiative de groupements de prévention agréés (B).

### A. Le droit d'alerte du président du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance

■ 38

En vertu de l'article L. 611-2, I du Code de commerce, le président du tribunal de commerce dispose d'un droit d'alerte l'autorisant à convoquer les dirigeants d'une société commerciale, d'un GIE ou d'une entreprise commerciale ou artisanale lorsque

l'entreprise connaît « des difficultés de nature à compromettre la continuité de (son) exploitation » afin d'envisager des mesures propres à redresser la situation.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le président du tribunal de grande instance dispose d'une prérogative identique s'agissant des personnes morales de droit privé exerçant une activité non commerciale (ex : société civile, association) et des personnes physiques exerçant une activité agricole ou indépendante. L'ordonnance du 12 mars 2014 rompt sur ce point avec le silence qui avait été observé par la loi du 26 juillet 2005 alors que sous l'empire de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, le président du tribunal de grande instance disposait de prérogatives identiques à celles du président du tribunal de commerce.

Cependant, si le pouvoir d'alerte du président du tribunal de grande instance est rétabli, un tempérament est immédiatement apporté s'agissant des auxiliaires de justice (avocat, administrateur judiciaire, mandataire judiciaire, officier public ou ministériel). Vis-à-vis de ces derniers, qu'ils soient personnes morales ou personnes physiques, le président du tribunal de grande instance ne peut diligenter aucun entretien mais doit seulement procéder « à l'information de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente » quant à l'existence « des difficultés portées à sa connaissance relativement à la situation économique, sociale, financière et patrimoniale du professionnel » (C. com., art. L. 611-2-1, al. 2).

Le pouvoir d'alerte, reconnu au président du tribunal de commerce et au président du tribunal de grande instance, a pour but de parvenir, grâce au dialogue et la concertation, à un sauvetage de l'entreprise. *En revanche, ce pouvoir d'alerte n'autorise pas à s'immiscer dans la vie de l'entreprise. Le président du tribunal de commerce et le président du tribunal de grande instance ne disposent donc d'aucun moyen de contrainte pour imposer les mesures qui leur paraîtraient les plus appropriées au redressement de l'activité.*

Néanmoins, ils ne sont pas dépourvus de tout pouvoir. Ils peuvent en effet obtenir, *soit* à l'issue de l'entretien avec le dirigeant, *soit* au cas où ce dernier n'aurait pas répondu à la convocation, la communication de tout renseignement « de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière » de l'entreprise (C. com., nouv. art. L. 611-2, I, al. 2, L. 611-2-1, al. 1<sup>er</sup>).

Ce droit à communication est en outre élargi en faveur du président du tribunal de commerce lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels après que le président du tribunal de commerce leur ait adressé une injonction de faire à bref délai (C. com., art. L. 611-2, II).

## B. Le droit d'alerte des groupements de prévention agréés

Aux termes de l'article L. 611-1, I du Code de commerce, « toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé ». *Cette énumération revêt un caractère limitatif et exclut par conséquent les professions indépendantes exercées à titre individuel.*

La mission des groupements de prévention consiste à analyser les documents comptables et financiers des entreprises adhérentes. Ils peuvent également jouer le rôle d'assistance juridique, notamment lorsque le dirigeant est convoqué par le président du tribunal de commerce en raison de l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'entreprise (v. ss 39).

39 ■

40 ■

- 41 Le rôle des groupements de prévention agréés se limite à informer le chef d'entreprise des difficultés qu'ils ont pu relever lors de l'analyse des documents comptables et financiers qui leur ont été communiqués par ce dernier. Ils peuvent également proposer l'intervention d'un expert (C. com., art. L. 611-1, al. 3). Mais, leur rôle s'arrête là. *Ils ne disposent d'aucun moyen de coercition pour obliger les dirigeants à traiter les difficultés relevées à l'occasion de l'exercice de leur mission.*

## section 2

# Le recours à un mandataire *ad hoc*

- 42 Toute entreprise, quelle qu'en soit la forme ou l'activité, peut solliciter du président du tribunal de commerce ou du président du tribunal de grande instance, selon le cas, la nomination d'un *mandataire ad hoc*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 611-3).

Historiquement, la possibilité de recourir à un mandataire *ad hoc* puise son origine dans la pratique consulaire. Elle a été légalisée par la loi du 10 juin 1994 mais il faudra attendre la loi du 26 juillet 2005 pour que soient précisées les conditions de la demande de nomination du mandataire *ad hoc* (§ 1), les règles relatives au choix de la personne du mandataire *ad hoc* (§ 2) ainsi que l'étendue de sa mission (§ 3).

L'ordonnance du 12 mars 2014 a souhaité renforcer l'attractivité du mandat *ad hoc* en introduisant une interdiction nouvelle, empruntée au régime de la période d'observation des procédures collectives. Désormais, il est en effet expressément prévu qu'« est réputée non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur *du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc* » (C. com., art. L. 611-16, al. 1<sup>er</sup>). Est ainsi prohibée la pratique contractuelle destinée à dissuader le débiteur à recourir aux procédures de prévention pour porter remède à ses difficultés.

## § 1 Les conditions de nomination d'un mandataire *ad hoc*

- 43 La nomination d'un mandataire *ad hoc* ne peut jamais être imposée à une entreprise. Selon l'article L. 611-3 du Code de commerce, seul « le débiteur » – c'est-à-dire le chef d'entreprise en cas d'exercice individuel ou le représentant légal d'une société ou d'un groupement de droit privé – est habilité à solliciter cette nomination. L'exclusivité de ce droit contraste avec les solutions antérieures qui permettaient au président du tribunal de commerce ou de grande instance de procéder à cette nomination à la suite de l'exercice de son droit d'alerte ou à la demande du comité d'entreprise. La loi du 26 juillet 2005 consacre ici pleinement le principe de non-immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise.

- 44 L'article L. 611-3 du Code de commerce est en revanche silencieux sur la nature des difficultés susceptibles de conduire à la nomination d'un mandataire *ad hoc*. Dans le silence de la loi, il convient de conclure que toute difficulté, quelle qu'en soit la nature (juridique, économique, financière) ou la gravité, permet d'en justifier la demande. *En revanche, l'existence d'un état de cessation des paiements est incompatible*

avec la nomination d'un mandataire *ad hoc*. Le recours au mandataire *ad hoc* a en effet été conçu par le législateur comme une technique de prévention, et non comme un instrument curatif des difficultés de l'entreprise.

## § 2 Le choix du mandataire *ad hoc*

Jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008, le mandataire *ad hoc* était choisi par le président du tribunal de commerce ou de grande instance. Il était néanmoins admis que rien n'interdisait au débiteur de proposer le nom d'un professionnel de son choix (le plus souvent un administrateur judiciaire). Cette pratique est aujourd'hui expressément consacrée par l'article L. 611-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce qui dispose que « Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* ».

La liberté de choix offerte au président du tribunal ou au débiteur n'est cependant pas totale. L'article L. 611-13 du Code de commerce énumère un certain nombre d'incompatibilités dans le but d'assurer l'impartialité et la moralité du mandataire *ad hoc* désigné. À titre d'exemples, la mission de mandataire *ad hoc* ne peut être exercée ni « par une personne ayant, au cours des vingt-quatre précédents mois, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé [...] ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce », ni par un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans (C. com., art. L. 611-13, al. 2).

En revanche, rien n'interdit de désigner en qualité de mandataire *ad hoc* des administrateurs et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises en fonction ou ayant cessé leur activité depuis moins de cinq ans.

La décision de nomination du mandataire *ad hoc* doit être communiquée pour information aux commissaires aux comptes, lorsqu'il en a été désigné, c'est-à-dire lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes (C. com., art. L. 611-3, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Cette communication a pour but d'améliorer l'information et faciliter, le cas échéant, le devoir d'alerte qui s'impose aux commissaires aux comptes (v. ss 24 s.). Toutefois, cette communication automatique à l'adresse du commissaire aux comptes soulève un certain nombre de questions, encore pour l'heure sans réponse : le commissaire aux comptes peut-il (ou doit-il), à rebours du principe de confidentialité du mandat *ad hoc*, mentionner dans son rapport annuel la désignation du mandataire *ad hoc*, dont il a eu connaissance ? (*En ce sens* : F-X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et de procédures collectives », *BJE* 2014. Doctr. 111 s.).

## § 3 La mission du mandataire *ad hoc*

La mission du mandataire *ad hoc* et sa durée sont déterminées par le président du tribunal saisi. Le plus souvent, cette mission consistera à aider le débiteur à surmonter les difficultés de son entreprise, notamment, en l'aidant soit dans la négociation de délais ou de remises de dettes avec ses créanciers, soit dans la recherche de partenaires pour investir dans l'entreprise. *Le recours au mandataire ad hoc permet donc une solution discrète et négociée des difficultés de l'entreprise*. Ce caractère négocié des solutions proposées par le mandataire *ad hoc* explique que les créanciers ne sont

45 ■

46 ■

nullement tenus d'accepter ses propositions. Le principe est celui de la liberté du créancier (Com. 22 sept. 2015 : *Rev. sociétés* 2015. 761, obs. Ph. Roussel-Galle ; *BJE* 2015. 345, note M.-H. Monsérié-Bon ; *RTD com.* 2016. 189, F. Macorig-Venier).

Quelle que soit l'étendue de la mission confiée au mandataire *ad hoc*, sa nomination n'emporte aucun dessaisissement du chef d'entreprise, et n'autorise pas le mandataire *ad hoc* à s'immiscer dans la gestion sociale.

Le succès des négociations est largement dépendant de la discrétion qui les entoure. Ceci explique pourquoi, le mandataire *ad hoc* est tenu d'une obligation de confidentialité, même à l'égard des institutions représentatives du personnel, dont la violation est sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts (C. com., art. L. 611-15). Le principe de confidentialité qui caractérise le mandat *ad hoc* est très largement entendu par la Cour de cassation qui estime que l'obligation de confidentialité s'impose à tous, et notamment à la presse, sauf si la diffusion des informations relatives à l'existence du mandat *ad hoc* contribue « à informer le public sur une question d'intérêt général ». (Com. 15 déc. 2015 : *D.* 2016. 5, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2016. 191, obs. F. Macorig-Venier).

■ 47

La fixation de la rémunération du mandataire *ad hoc* est également de la compétence du président du tribunal, une fois recueilli l'accord du débiteur (C. com., art. L. 611-14, al. 1<sup>er</sup>). Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la rémunération du mandataire *ad hoc* doit en outre être portée à la connaissance du ministère public (C. com., art. L. 611-14, al. 1<sup>er</sup>).

Les conditions de rémunération doivent être fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de la mission qui est confiée au mandataire *ad hoc*. Toutefois, son montant ne sera définitivement arrêté par ordonnance du président du tribunal qu'une fois celle-ci accomplie (C. com., art. L. 611-14, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Le mandataire *ad hoc* a donc la possibilité d'obtenir en cours de mission de nouvelles conditions de rémunération, s'il estime que le montant maximal initialement fixé est insuffisant (C. com., art. R. 611-49). Néanmoins, il est désormais prévu depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 :

– d'une part, que la rémunération du mandataire *ad hoc* ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus, ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture de dossier (C. com., nouv. art. L. 611-14, al. 1<sup>er</sup>) ;

– d'autre part, qu'est réputée non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire *ad hoc*, les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel « pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice » (C. com., nouv. art. L. 611-16, al. 2).

En cas de contestation, les recours doivent être portés devant le premier président de la cour d'appel. Ces recours peuvent être formés par le débiteur ou le mandataire *ad hoc*, et ce dans les délais et conditions prévus par les articles 714 à 718 du Code de procédure civile (C. com., art. R. 611-50).

section **3**

## La procédure de conciliation

Une fois les difficultés dépistées, l'entreprise n'est pas toujours capable d'y remédier seule. Elle doit être aidée sans pour autant que le juge soit d'ores et déjà associé au traitement des difficultés. La désignation d'un mandataire *ad hoc* est une première solution (v. ss 42 s.) mais celle-ci peut s'avérer insuffisante pour garantir le succès d'un véritable traitement négocié des difficultés de l'entreprise avec ses principaux créanciers.

L'idée de résoudre les difficultés des entreprises par une négociation privée (et donc amiable) avec les créanciers a longtemps été entourée, en France, d'un voile de suspicion. Cette hostilité s'explique pour l'essentiel par les atteintes que ce mode de négociation porte au principe d'égalité des créanciers ainsi que le risque de fraude ou d'un engagement pris à la légère par le débiteur prêt à tout pour obtenir un réaménagement de ses dettes. Par ailleurs, l'exécution d'un *concordat amiable*<sup>o</sup> est toujours précaire : il ne lie que les seuls créanciers signataires et n'interdit pas aux autres créanciers du débiteur de réclamer leur dû et d'entraîner ainsi la cessation des paiements que le concordat cherchait précisément à juguler.

Consciente de ces critiques et des risques de dérive traditionnellement attachés à la pratique concordataire, la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 avait institué une *procédure de règlement amiable*<sup>o</sup>, dont la nature et le régime juridiques empruntaient à la fois aux anciens concordats préventifs et à la suspension provisoire des poursuites qui avait été organisée par l'ordonnance de 1967 (v. ss 9). À l'image des concordats préventifs, le règlement amiable reposait sur une base contractuelle mais la loi prévoyait l'intervention du juge en vue d'en faciliter la conclusion ou d'en garantir la bonne exécution.

Depuis la loi du 26 juillet 2005, la procédure de règlement amiable a été remplacée par une nouvelle procédure : la *procédure de conciliation*<sup>o</sup>, dont le régime juridique a été amendé par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et l'ordonnance du 12 mars 2014 afin de rendre cette procédure de prévention encore plus attractive.

La procédure de conciliation présente de nombreux traits communs avec l'ancienne procédure de règlement amiable mais s'en distingue sur un point important : elle est ouverte aux entreprises déjà en cessation des paiements mais à la condition que cette cessation des paiements ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours (v. ss 52). *Le traitement amiable des difficultés n'est donc plus aujourd'hui exclusif d'un état de cessation des paiements.*

### § 1 Les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation

La finalité de la procédure de conciliation est de permettre un sauvetage rapide et confidentiel de l'entreprise en dehors de toute solution imposée par le juge. C'est ainsi au chef d'entreprise de saisir le président du tribunal de commerce (ou de

48 ■

49 ■

50 ■



grande instance) afin d'obtenir la désignation d'un conciliateur (C. com., art. L. 611-6, al. 1er). Celui-ci a pour mission, de rapprocher le débiteur de ses principaux créanciers et de parvenir à un accord dont l'objet est de mettre fin aux difficultés de l'entreprise (C. com., art. L. 611-7).

## **A. Les conditions relatives à la forme de l'entreprise**

■ 51

La procédure de conciliation est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale ainsi qu'à toute personne morale de droit privé mais aussi à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (C. com., art. L. 611-4, L. 611-5). En revanche, les exploitations agricoles autres que celles organisées sous la forme de société commerciale ne peuvent bénéficier d'une procédure de conciliation mais sont soumises à une procédure spécifique de règlement amiable (C. com., art. L. 611-5, al. 2). Ni l'ordonnance du 18 décembre 2008, ni celle du 12 mars 2014 n'ont cru bon remettre en cause cette exclusion. Néanmoins, l'ordonnance du 12 mars 2014 s'est attachée à renforcer l'attractivité du règlement amiable agricole en y introduisant des solutions inspirées de la procédure de conciliation : telles, notamment, la possibilité d'un constat ou d'une homologation de l'accord amiable, la suspension des actions en justice et poursuites individuelles pour les créances incluses dans l'accord constaté ou homologué, et l'extension aux créanciers, parties à un règlement amiable homologué, du bénéfice du privilège de conciliation prévu par l'article L. 611-11 du Code de commerce (v. ss la rubrique « Documents »).

## **B. Les conditions relatives à la situation financière de l'entreprise**

■ 52

À la différence de l'ancienne procédure de règlement amiable, l'ouverture d'une procédure de conciliation peut être demandée :

- soit par une entreprise éprouvant « une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » (C. com., art. L. 611-4, L. 611-5) ;
- soit par une entreprise se trouvant d'ores et déjà en cessation de paiement *mais depuis moins de quarante-cinq jours* (C. com., art. L. 611-4, L. 611-5).

La possibilité pour une entreprise en cessation des paiements de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation constitue l'une des innovations majeures de la loi du 26 juillet 2006. Cette solution atteste du déclin du rôle, hier central, de la cessation des paiements en droit des entreprises en difficultés. Elle illustre également l'idée que les difficultés d'une entreprise en cessation des paiements peuvent être résolues de manière toute aussi efficace par une solution amiable et négociée avec les créanciers que par l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire. *D'autant plus que ce traitement amiable et conventionnel s'opérera en toute discrétion et donc sans risque d'une perte de confiance des partenaires commerciaux et plus largement du marché.*

Au final, l'entreprise en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours dispose aujourd'hui d'un éventail élargi de solutions pour traiter de ses difficultés. Elle peut en effet choisir entre une procédure souple et conventionnelle (la procédure de conciliation) et une procédure collective et nécessairement judiciaire (la procédure de redressement judiciaire).

Aux termes des articles L. 611-4 et L. 611-5 du Code de commerce, *des difficultés simplement « prévisibles » suffisent pour justifier l'ouverture d'une procédure de conciliation*. Les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation sont donc relativement souples. À cet égard, le législateur a manifestement souhaité permettre un traitement le plus anticipé possible des difficultés, c'est-à-dire avant qu'elles ne se manifestent de manière concrète dans les faits.

53 ■

### C. Les conditions relatives à la demande d'ouverture

Comme pour la nomination d'un mandataire *ad hoc* (v. ss 43), l'ouverture d'une procédure de conciliation ne peut être sollicitée que par le « représentant » de l'entreprise, et lui seul. *Il s'agit en effet d'un acte de gestion qui ne peut être imposé ni par les créanciers, ni même par le juge*.

54 ■

L'ordonnance du 18 décembre 2008 est cependant venue poser une limite à cette liberté en imposant au débiteur le respect d'un délai de carence entre l'ouverture de deux procédures de conciliation. *L'article L. 611-6, alinéa 2, du Code de commerce dispose en effet qu'une nouvelle procédure de conciliation ne peut être ouverte avant un délai de trois mois suivant l'expiration de la mission du conciliateur*.

Cette limite temporelle interdit les conciliations en chaîne, notamment lorsque, faute de temps, un accord avec les créanciers de l'entreprise n'a pu être conclu au jour où la mission du conciliateur a pris légalement fin (v. ss 56). En d'autres termes, *l'ouverture d'une nouvelle procédure de conciliation ne peut constituer une solution de rattrapage en l'absence d'accord dans les délais impartis par le président du tribunal*.

La demande d'ouverture doit être adressée, par requête écrite, au président du tribunal de commerce (pour les entreprises commerciales et artisanales) ou au président du tribunal de grande instance (pour les personnes morales de droit privé non commerçantes et les personnes physiques exerçant une activité indépendante).

Cette requête doit exposer :

- la situation économique, financière, sociale et patrimoniale de l'entreprise (C. com., art. L. 611-6, al. 1er) ;
- ses besoins de financement ;
- ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face (C. com., art. L. 611-6, al. 1<sup>er</sup>).

Elle doit en outre comporter une attestation sur l'honneur du débiteur certifiant l'absence de toute procédure de conciliation dans les trois mois précédant la demande (C. com., art. R. 611-22, al. 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>).

La décision d'ouvrir une procédure de conciliation est prise par le président du tribunal de commerce (ou de grande instance, selon le cas) au vu des renseignements et des documents fournis par le débiteur. En cas de refus, le débiteur dispose du droit de former appel (C. com., art. R. 611-26, al. 1<sup>er</sup>).

55 ■

Pour sa part, l'ordonnance d'ouverture est communiquée :

- au ministère public qui peut en interjeter appel (C. com., art. L. 611-6, al. 3 *in fine*, R. 611-26-1) ;
- à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont relève le débiteur lorsqu'il exerce une activité libérale ;
- mais aussi aux commissaires aux comptes, lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes (C. com., art. L. 611-6, al. 3).

À l'image des solutions posées pour le mandat *ad hoc* (v. ss 45), le nom d'un conciliateur peut être proposé par le débiteur, sans que le président du tribunal soit

pour autant lié par cette proposition (C. com., art. L. 611-6, al. 1<sup>er</sup>). *Le tribunal conserve donc toute liberté pour procéder à la nomination du conciliateur de son choix.*

Le droit pour le débiteur de proposer au tribunal le nom d'un conciliateur s'accompagne d'un droit de récusation dont les causes sont limitativement énumérées par l'article R. 611-27 du Code de commerce. Toute demande de récusation doit être motivée et intervenir dans les quinze jours suivant la notification de l'ordonnance de nomination (C. com., art. R. 611-28).

## § 2 La conclusion de l'accord amiable

■ 56

L'accord amiable relatif aux difficultés de l'entreprise est élaboré et conclu sous l'égide du *conciliateur*<sup>o</sup> nommé par le président du tribunal.

La durée de sa mission est strictement encadrée par la loi. *Elle ne peut normalement excéder quatre mois.* À l'expiration de ce délai, la mission du conciliateur prend fin de plein droit, sans possibilité pour le débiteur de solliciter une nouvelle procédure de conciliation avant trois mois (C. com., art. L. 611-6; v. ss 54). Deux tempéraments sont cependant apportés à la rigueur de ce délai.

*D'une part*, la mission du conciliateur peut être prolongée d'un mois supplémentaire si ce dernier en fait la demande (C. com., art. L. 611-6, al. 2). Tel sera le cas, si à l'expiration du délai de quatre mois, la conclusion d'un accord de conciliation est imminente.

*D'autre part*, dans l'hypothèse où une demande d'homologation de l'accord de conciliation a été déposée, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées de plein droit jusqu'à la décision du tribunal (C. com., art. L. 611-6, al. 2). Il en est de même, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, en cas de demande de constat de l'accord. Dans un cas comme dans l'autre, la prolongation ne peut toutefois jouer qu'à la condition que la demande d'homologation ou de constat a été faite dans le délai légal de quatre mois, voire cinq mois si une demande de prolongation d'un mois supplémentaire a été sollicitée par le conciliateur.

### A. Le rôle du conciliateur

■ 57

La mission du conciliateur est double (C. com., art. L. 611-7, al. 1<sup>er</sup>). À *titre principal*, il s'agit d'initier la conclusion d'un *accord amiable*<sup>o</sup> destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Cet accord peut être négocié non seulement avec les principaux créanciers du débiteur, mais aussi avec ses co-contractants habituels ;

Mais le conciliateur peut aussi, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, être chargé, *à la demande du débiteur et de lui seul*, d'une mission ayant pour l'objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise, susceptible d'être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires (C. com., art. L. 611-7, al. 1<sup>er</sup>).

*Cette nouvelle mission de « conciliation-cession » est strictement entendue.* En premier lieu, elle ne peut être envisagée – comme déjà dit – qu'à la seule demande du débiteur. En deuxième lieu, elle suppose l'avis préalable des créanciers. En troisième lieu, elle consiste seulement à trouver un repreneur et à préparer un plan de cession dont la mise en œuvre n'est envisageable qu'à la suite de l'ouverture – après clôture de la procédure de conciliation – d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. L'objectif du législateur est ainsi

d'accélérer le processus de plan de cession en organisant la négociation de ce plan avant toute ouverture d'une procédure collective (v. ss chapitre 13, v. ss 468 s.). La conciliation est ainsi mise au service de la procédure collective qui lui succédera (v., B. Thullier, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE* 2014. 174 s.).

*Le conciliateur ne dispose d'aucun pouvoir propre d'investigation pour la réalisation de sa mission.* Néanmoins, il peut obtenir toute information utile, pour l'exercice de sa mission, auprès du débiteur. Il est également prévu que le président du tribunal ayant ouvert la procédure de conciliation lui communique tous les renseignements dont il dispose (C. com., art. L. 611-17). Tel sera le cas, lorsque le président a obtenu, après l'ouverture de la conciliation, des renseignements sur la situation économique et financière de l'entreprise par voie d'expertise ou auprès des commissaires aux comptes, des administrations publiques, voire des établissements bancaires ou financiers (C. com., art. L. 611-6, al. 5 sur renvoi au L. 611-7).

En pratique, il reste que la conclusion de l'accord amiable dépendra dans une large mesure de sa force de persuasion et de son sens de la diplomatie pour convaincre les créanciers de l'entreprise à participer à son redressement.

En cas d'échec des négociations, le conciliateur devra présenter sans délai un rapport au président du tribunal qui pourra alors décider de mettre fin à sa mission et à la procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-7, al. 6).

58 ■

## B. Les remises de dettes des créanciers publics

Dans le but de faciliter le redressement de l'entreprise, la loi du 26 juillet 2005 a prévu plusieurs mesures. Elle reconnaît, tout d'abord, à certains créanciers le bénéfice d'un nouveau privilège, appelé « *privilège de conciliation*<sup>Q</sup> ». Ce privilège a pour but de les inciter à participer à la conclusion d'un accord amiable (v. ss 68). Mais il est aussi prévu que les créanciers publics (Trésor public, organismes de sécurité sociale, etc.) peuvent consentir des remises de dettes à l'entreprise ainsi que des cessions de rang de privilèges ou d'hypothèques ou bien encore l'abandon de sûretés (C. com., art. L. 611-7, al. 3). Cette possibilité n'est nouvelle mais n'était auparavant prévue que dans le seul cas où l'entreprise était l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Son extension à la procédure de conciliation s'explique par le souci d'accroître les chances d'un redressement négocié de l'entreprise, compte tenu de l'importance en pratique du poids des dettes sociales et fiscales.

La loi encadre strictement les conditions dans lesquelles ces remises de dettes peuvent être accordées. Elles doivent en effet être faites « dans des conditions similaires à celles qu'octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation » (C. com., art. L. 626-6, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Cependant, depuis une loi du 17 février 2009, il n'est désormais plus nécessaire que les remises de dettes consenties par les créanciers publics soient « concomitantes à l'effort consenti par d'autres créanciers ». Autrement dit, *des remises de dettes publiques sont possibles alors qu'aucune remise de dettes ne serait parallèlement consentie par les créanciers privés de l'entreprise*.

Les remises accordées peuvent porter sur l'ensemble des impôts directs dus à l'État ou aux collectivités territoriales. En revanche, s'agissant des impôts indirects, les remises sont limitées aux seuls intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes dus par le débiteur (C. com., art. D. 626-10).

59 ■

## C. Délais de paiement judiciaires et conditions d'exécution des contrats en cours

■ 60

L'ouverture d'une procédure de conciliation n'interdit en rien aux créanciers du débiteur d'intenter ou de poursuivre une action en paiement contre ce dernier alors que l'élaboration d'un accord amiable par le conciliateur est en cours de négociation (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 déc. 2008 : *D.* 2009. AJ. 16, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2009. 448, F. Macorig-Venier). Il s'agit là d'une différence importante avec les solutions antérieures. Sous l'empire de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, l'ancien article L. 611-4-III du Code de commerce permettait en effet au conciliateur de demander au président du tribunal de commerce ou de grande instance de prononcer la *suspension provisoire des poursuites* (L. 1<sup>er</sup> mars 1984)<sup>o</sup> lorsqu'elle lui paraissait de nature à faciliter la conclusion d'un règlement amiable.

Bien que l'ouverture d'une procédure de conciliation n'emporte pas suspension des poursuites, le débiteur (et non pas le conciliateur) a la possibilité de saisir le juge ayant ouvert la procédure pour obtenir que des délais de grâce lui soient accordés en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil (C. com., art. L. 611-7, al. 5). Cette demande peut intervenir *dès l'instant où le débiteur est mis en demeure de payer par l'un de ses créanciers* (C. com., art. L. 611-7, al. 1<sup>er</sup> *in limine*). Nul n'est donc besoin d'attendre que des poursuites judiciaires soient diligentées.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a procédé à certaines modifications du régime d'origine des délais de grâce accordés en procédure de conciliation.

Tout d'abord, le nouvel article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce prévoit que :

- le juge ne peut statuer sur la demande du débiteur qu'après avoir recueilli les observations du conciliateur. Cette consultation a pour objet d'éclairer le juge sur l'opportunité, et donc la nécessité, des délais sollicités pour favoriser la conclusion d'un accord de conciliation ;

- la durée des délais de paiement peut être subordonnée par le juge « à la conclusion de l'accord de conciliation ». En d'autres termes, le créancier pourra être affranchi des délais accordés si aucun accord de conciliation n'est au final conclu.

Par ailleurs, au terme de l'article L. 611-10-2 nouveau du Code de commerce, il est prévu que les délais accordés par le juge au débiteur profitent désormais aux garants et coobligés. Cette solution – qui emprunte aux principes gouvernant la période d'observation des procédures collectives (v. ss chapitre 6) – permet aux garants et coobligés de s'opposer à l'action en paiement dirigée contre eux par les créanciers du débiteur en leur opposant les délais judiciaires accordés à ce dernier. Cette suspension des poursuites renforce l'attractivité de la procédure de conciliation, et, est de nature à inciter les créanciers de participer à la négociation et la conclusion d'un accord de conciliation.

■ 61

Dans le but d'attirer en conciliation le plus grand nombre de débiteurs en difficulté, l'ordonnance du 12 mars 2014 répute désormais non écrites deux catégories de clause :

- *1<sup>re</sup> catégorie* : les clauses dont l'objet serait de modifier les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur en raison de l'ouverture d'une procédure de conciliation ou, plus simplement, d'une demande d'ouverture formée par le débiteur à cette fin (C. com., art. L. 611-16, al. 1<sup>er</sup>).

– 2<sup>de</sup> catégorie: les clauses mettant à la charge du débiteur, du seul fait de l'ouverture d'une procédure de conciliation, les honoraires du conseil auxquels ses créanciers ont fait appel dans le cadre de la procédure de conciliation « pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice (C. com., art. L. 611-16, al. 2).

Cette double interdiction ne profite pas seulement à la conciliation, elle joue également en cas de mandat *ad hoc* (v. ss 42 et v. ss 47).

### § 3 Les effets de la conclusion de l'accord amiable

Une fois l'accord amiable conclu, une alternative est alors ouverte: sa conclusion peut simplement être constatée par le juge ou au contraire être soumise à son *homologation*<sup>o</sup> (A). Le choix entre l'une ou l'autre de ces solutions n'est pas neutre en raison des effets attachés par la loi au jugement d'homologation (B).

62 ■

## A. L'accord amiable constaté et l'accord amiable homologué

### 1. Les conditions de la constatation de l'accord

Une fois l'accord amiable conclu, le *président du tribunal* peut être appelé à en constater l'existence sans pouvoir cependant en vérifier et apprécier le contenu. La demande de constatation doit être faite sur la requête conjointe des parties à l'accord et au vu d'une déclaration certifiée du débiteur qui doit attester:

– soit qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord;

– soit que l'accord qui a été conclu met fin à cet état.

La constatation de l'accord amiable par le juge a pour objet de lui donner force exécutoire, ce qui permet d'en obtenir l'exécution forcée en cas de besoin (C. com., art. L. 611-8, I).

La décision de constatation met un terme définitif à la procédure de conciliation et n'est susceptible d'aucun recours, ni d'aucune publicité (C. com., art. L. 611-8, I *in fine*). La confidentialité quant aux difficultés rencontrées par l'entreprise est ainsi préservée (C. com., art. L. 611-15). Mais elle a un prix: la décision rendue par le président du tribunal n'a aucune autorité de chose jugée à l'égard des tiers.

63 ■

### 2. Les conditions de l'homologation de l'accord amiable

Le débiteur est seul autorisé à solliciter l'homologation de l'accord (C. com., art. L. 611-8, II). Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la décision du débiteur de solliciter l'homologation de l'accord conclu fait immédiatement perdre à celui-ci sa confidentialité. L'article L. 611-8-1 nouveau du Code de commerce impose en effet au débiteur d'informer le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel du contenu de l'accord.

La demande d'homologation par le débiteur est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives:

– 1<sup>re</sup> condition: le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements, à défaut l'accord conclu doit y mettre fin;

64 ■

– 2<sup>e</sup> condition : les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;

– 3<sup>e</sup> condition : l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

*Si ces trois conditions sont réunies, l'homologation est accordée par le tribunal de commerce ou de grande instance, et non par son président (C. com., art. L. 611-8, II). L'homologation est ainsi le fruit d'un jugement rendu contradictoirement (C. com., art. L. 610-10, al. 1<sup>er</sup>). Il est en effet prévu que le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, le conciliateur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et le ministère public (C. com., art. L. 611-9, al. 1<sup>er</sup>). Le tribunal peut en outre entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile (C. com., art. L. 611-9, al. 2). À la différence de la procédure de constat, le tribunal dispose en cas de demande d'homologation d'un véritable pouvoir souverain d'appréciation et peut en conséquence refuser l'homologation sollicitée.*

■ 65 Le jugement d'*homologation*<sup>o</sup> est soumis à une large publicité (C. com., art. L. 610-10). Il est :

– transmis aux commissaires aux comptes lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes ;

– déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance ;

– publié par la voie de l'insertion d'un avis dans un journal d'annonce légale et au BODACC (C. com., art. R. 611-43). Cette mesure de publicité est en revanche exclue lorsque le jugement rendu rejette la demande d'homologation. La conciliation conserve dès lors un caractère confidentiel (C. com., art. L. 610-10, al. 2 *in fine*).

Le jugement accordant ou refusant l'homologation est susceptible de voies de recours.

Si l'homologation est accordée, le jugement peut faire l'objet d'une tierce opposition mais aussi d'un appel de la part du ministère public ou des *parties à l'accord*. Cependant, dans ce dernier cas, l'appel n'est recevable que s'il a pour objet de contester l'attribution du bénéfice du privilège de conciliation à un ou plusieurs d'entre eux (C. com., art. L. 611-10, al. 2 ; v. ss 70).

À l'inverse, en cas de refus d'homologation, le jugement est susceptible d'un appel sans restriction.

## B. Les effets de l'accord constaté et de l'accord homologué

■ 66 En raison de sa nature conventionnelle, l'accord amiable simplement constaté par le juge devrait être soumis, s'agissant de ses effets, au droit commun des obligations. Cependant, dans le but de renforcer « l'attractivité » de la procédure de conciliation, l'ordonnance du 18 décembre 2008, puis celle du 12 mars 2014, ont fait le choix d'aligner les effets sur ceux de l'accord homologué (1). Cet alignement n'est cependant pas total. L'homologation conserve des effets qui lui sont propres (2)

### 1. Les effets communs à l'accord constaté et l'accord homologué

#### a. Interdiction et suspension des poursuites des créanciers parties à l'accord

■ 67 L'homologation et le constat ont pour premier effet commun d'emporter l'interruption et l'interdiction de toute action en justice et toute poursuite individuelle sur les

meubles et immeubles du débiteur pendant toute la durée de l'exécution de l'accord amiable (C. com., art. L. 611-10-1).

Cette suspension provisoire des poursuites (L. 26 juill. 2005)<sup>68</sup> a cependant un domaine limité.

*1<sup>re</sup> limite* : elle ne vise que les actions en justice et les poursuites individuelles ayant pour objet d'obtenir le paiement des créances incluses dans l'accord amiable (C. com., art. L. 611-10-1). Cette limite explique qu'un créancier, bien que partie à l'accord amiable constaté ou homologué, peut agir en exécution d'une créance qui a été expressément exclue du domaine de l'accord. Une distinction est ainsi faite entre les créances « dans l'accord » et les créances placées « hors de l'accord » (v. ss 68).

*2<sup>e</sup> limite* : la suspension des poursuites ne concerne que les seules actions en paiement de sommes d'argent. Rien n'interdit en conséquence à un créancier, partie à l'accord, d'agir en nullité ou en résolution de la créance qui le lie au débiteur. En outre, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 611-10-1 exclut expressément que les intérêts échus des créances, objets de l'interdiction et suspension de paiement, puissent produire des intérêts. Il est donc ainsi porté exception à l'article 1154 du Code civil, siège de la règle de l'anatocisme.

*3<sup>e</sup> limite* : dans le but de permettre le redressement de l'activité, le Code de commerce prévoit que l'accord interrompt les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées dans l'accord (C. com., art. L. 611-10-1).

#### b. Délais de paiement judiciaires et créanciers non parties à l'accord

L'ordonnance du 12 mars 2014 a souhaité garantir le succès de l'exécution de l'accord amiable, que celui-ci ait été homologué, ou simplement constaté. À cette fin, l'article L. 611-10-1 du Code de commerce dispose, dans son alinéa 2 nouveau, que si, pendant la durée d'exécution de l'accord amiable, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier en vue d'obtenir le paiement d'une créance placée « hors de l'accord », le juge peut, à la demande du débiteur, prononcer des délais de paiement, en faisant application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

Cette solution nouvelle fait écho à celle posée par l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce pour faciliter, en cours de procédure, la conclusion d'un accord de conciliation (v. ss 60). Toutefois, tous les créanciers ne sont pas placés sur un même pied d'égalité : les créanciers publics (ex : administrations financières, organismes de sécurité sociale) conservent, par exception, le droit d'obtenir paiement de leurs créances, même si cet exercice est de nature à compromettre le succès de l'exécution de l'accord de conciliation (C. com., nouv. art. L. 611-10-1, al. 2 *in fine*).

#### c. Protection des garants et co-obligés du débiteur

À l'image de la solution posée par la loi du 26 juillet 2005 à propos de l'accord amiable homologué, l'ordonnance du 18 décembre 2008, a expressément reconnu que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté » (C. com., art. L. 611-10-2). Cet alignement du régime juridique de l'accord constaté sur celui de l'accord homologué a eu pour but de renforcer l'attrait de cette technique de prévention.

La liste des garants autorisés à se prévaloir des remises de dette et délais de paiement stipulés dans l'accord amiable est entendue très largement. D'une part, la loi ne fait aucune distinction selon que le garant est une personne physique ou une

68 ■

69 ■



personne morale. *D'autre part*, la notion de « sûreté personnelle » doit être comprise à la lumière de l'article 2287-1 du Code civil. Ce qui englobe par conséquent les cautions (en ce sens déjà à propos de l'ancien règlement amiable : Com. 5 mai 2004, *D.* 2004. AJ 1594, obs. A. Lienhard), les garants autonomes mais aussi les auteurs d'une lettre d'intention. *Enfin*, en visant « les personnes [...] ayant affecté ou cédé un bien en garantie », l'article L. 611-10-2 autorise les cautions réelles mais également le constituant d'une fiducie-sûreté à se prévaloir des délais et remises de dette prévus par l'accord amiable en faveur du débiteur garanti.

#### **d. Surveillance de l'exécution de l'accord amiable constaté ou homologué**

■ 70

L'exécution de l'accord homologué, ou simplement constaté, peut être placée sous surveillance (C. com., art. L. 611-8, III). Il s'agit là d'une nouveauté de l'ordonnance du 12 mars 2014, qui institutionnalise la pratique des clauses de rendez-vous et de suivi de l'accord introduites dans de nombreux accords de conciliation. Pour l'exercice de cette mission nouvelle de surveillance, un organe est créé : le mandataire à l'exécution de l'accord, dont la mission n'est pas sans rappeler celle confiée, en cas de procédures collectives, au commissaire à l'exécution du plan (v. ss 391).

La désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord relève, selon le cas, soit de la compétence du tribunal (homologation), soit de celle du président du tribunal (constat). Mais, dans tous les cas, cette désignation ne peut être imposée au débiteur. C'est au contraire à lui, et lui seul, d'en faire la demande. Cette solution se justifie par le caractère amiable et volontaire de la procédure de conciliation.

Le mandataire à l'exécution de l'accord est en principe le conciliateur mais rien n'interdit au tribunal, ou au président du tribunal, de désigner un tiers (C. com., art. L. 611-8, III). Quoi qu'il en soit, « le mandataire ne peut être désigné qu'après avoir exprimé son accord » (C. com., art. R. 611-40-1).

La désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord n'est qu'une simple faculté pour le tribunal (homologation) et le président du tribunal (constat). Ils doivent en effet inviter le conciliateur à présenter ses observations *sur l'intérêt* de la demande de désignation du débiteur (C. com., art. R. 611-40-1). C'est donc au regard de ces observations que le tribunal, ou le président du tribunal, appréciera si la nomination d'un mandataire à l'exécution de l'accord s'impose.

L'ordonnance du 12 mars 2014 n'a pas pris un soin particulier pour définir l'étendue exacte de la mission confiée au mandataire à l'exécution de l'accord. À l'image du rôle confié au commissaire à l'exécution du plan dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, on peut penser que cette mission consiste essentiellement à surveiller que les engagements souscrits dans l'accord, notamment par le débiteur, sont respectés. Mais à la différence du commissaire à l'exécution du plan, il ne dispose d'aucun pouvoir propre. L'article L. 611-8, III du Code de commerce se limite en effet à préciser qu'« en cas de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission », le mandataire à l'exécution de l'accord doit alors présenter « sans délai un rapport, selon le cas au président du tribunal ou au tribunal, qui peut alors mettre fin à sa mission par décision notifiée au débiteur ». En outre, il est prévu que le débiteur peut, « à tout moment », solliciter la fin de sa mission. On peut penser que tel sera le cas, en cas de mésentente avec le mandataire, ou si la mission de surveillance ne revêt plus d'utilité ou intérêt.

## 2. Les effets de l'accord amiable homologué

### a. Le privilège de conciliation en faveur de certains créanciers

Il ne pèse sur les créanciers aucune obligation légale de participer à la conclusion d'un accord amiable. Aussi afin d'inciter les créanciers du débiteur à une collaboration plus active et spontanée à la prévention des difficultés des entreprises par la conclusion d'un accord amiable, la loi du 26 juillet 2005 a créé en leur faveur un nouveau privilège dit « de conciliation », appelé encore *privilège de « new money »* ou « *d'argent frais* ». Ce privilège n'a vocation à s'appliquer, d'une part, que lorsque l'accord amiable a été homologué par le tribunal (v. ss 64) et, d'autre part, qu'en cas d'ouverture subséquente d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 611-11, al. 1<sup>er</sup>).

Les contours et régime de ce privilège spécifique de conciliation ont été redessinés par l'ordonnance du 12 mars 2014, dans le but de renforcer l'attractivité de la procédure de conciliation, et ainsi l'impératif de prévention comme remède aux difficultés des entreprises. Cet apport est double.

*En premier lieu*, l'ordonnance du 12 mars 2014 en a élargi le domaine. Initialement, le privilège de conciliation n'était réservé qu'aux seuls créanciers qui, *dans le cadre de l'accord amiable homologué*, avaient consenti un nouvel apport de trésorerie au débiteur, ou lui avaient fourni un nouveau bien ou service *en vue d'assurer*, dans les deux cas, *la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité*. En d'autres termes, le privilège de conciliation était réservé aux seuls créanciers ayant consenti de nouveaux crédits ou avances « *dans l'accord amiable* », et non à ceux qui avaient accepté de financer le débiteur « *dans le cadre de la procédure de conciliation* », notamment avant la conclusion de l'accord ou après celui-ci.

Pour remédier à cette situation, l'article L. 611-11 du Code de commerce énonce désormais que le privilège de conciliation bénéficie à toute personne ayant consenti un nouvel apport de trésorerie au débiteur, ou lui ayant fourni un nouveau bien ou service « *dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué* ».

En revanche, certains créanciers continuent d'être de plein droit exclus du bénéfice de ce privilège. Tel est le cas des associés du débiteur qui auraient accepté d'accorder de nouveaux apports à l'occasion d'une augmentation de capital social lors de la conciliation (C. com., art. L. 611-11, al. 2). De même, les créanciers signataires de l'accord amiable ne peuvent bénéficier, directement ou indirectement, du privilège de conciliation pour des concours consentis *antérieurement* à l'ouverture de la procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-11, al. 3). *En second lieu*, l'ordonnance du 12 mars 2014 renforce le régime du privilège de conciliation en cas d'ouverture subséquente d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Elle améliore en effet la condition de « créanciers antérieurs » des créanciers titulaires du privilège de conciliation en les exemptant, selon l'expression d'un auteur, « de la plus douloureuse des règles attachées à la qualification de créancier antérieur » (Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, 1223). Dorénavant, le tribunal ne peut plus en effet leur imposer, dans le plan de sauvegarde ou de redressement, des délais de paiement *auxquels ils n'auraient pas consenti* (C. com., art. L. 626-20, I, 3<sup>o</sup>).

En revanche, l'ordonnance de 2014 ne touche pas à la règle selon laquelle en cas de répartition, les personnes ayant consenti un nouvel apport de trésorerie ou fourni un nouveau bien ou service seront payées avant toutes les *autres* créances, que ces

créances soient nées avant ou même après l'ouverture de la procédure collective. Toutefois, elle en élargit le champ d'application : la règle profite désormais à toutes les personnes ayant consenti un nouvel apport de trésorerie ou fourni un nouveau bien ou service « dans le cadre de la procédure d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué ».

Ainsi, selon la nature de la procédure collective ouverte, – et à la condition que leur créance ait été déclarée (v. ss chapitre 8) –, le rang de paiement de ces créances est fixé soit par l'article L. 622-17, II du Code de commerce (procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire), soit par l'article L. 641-13, II (procédure de liquidation judiciaire) (C. com., art. L. 611-11, al. 1<sup>er</sup>). Or, il ressort de ces deux textes que la force de ce privilège est particulièrement redoutable. Car, quelle que soit la nature de la procédure, les créanciers, titulaires du privilège de conciliation, seront payés avant les créanciers postérieurs privilégiés (v. ss chapitres 9 et 13). Cette priorité de paiement succombe toutefois devant le superprivilège des salaires et le privilège des frais de justice.

### **b. Les autres effets de l'accord amiable homologué**

■ 72

Parmi les autres effets propres attachés à l'homologation de l'accord, on peut citer pêle-mêle les effets suivants : l'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation ainsi qu'à la mission du conciliateur (C. com., art. L. 611-10, al. 1<sup>er</sup>), *sauf si ce dernier est désigné en qualité de mandataire à l'exécution de l'accord* (v. ss 70) ;

– l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques prononcée contre le débiteur avant l'ouverture de la procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-10-2, al. 2) ;

– en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, *la date de cessation des paiements ne pourra jamais remonter à une période antérieure à la date du jugement d'homologation* (C. com., art. L. 631-8). Les engagements pris dans le cadre d'un accord amiable homologué échappent par conséquent au jeu des nullités de la période suspecte (v. ss chapitre 11) ;

– toute action en responsabilité civile pour soutien abusif est en principe exclue contre les créanciers ayant consenti un concours financier à une entreprise en difficulté, notamment dans le cadre d'un accord amiable homologué, sauf en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion de l'entreprise ou si les garanties prises en contrepartie des concours accordés sont disproportionnées à ceux-ci (sur cette action : v. ss chapitre 14).

Ce principe d'« irresponsabilité » civile a été l'objet de vives critiques. Aussi, l'ordonnance du 18 décembre 2008 en a limité la généralité. Désormais, l'irresponsabilité prévue par l'article L. 650-1 du Code de commerce n'a vocation à jouer que dans le seul cas où est ouverte une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 650-1, al. 1<sup>er</sup> *in limine*).

La nouvelle rédaction de l'article L. 650-1 conduit donc à opérer une distinction entre deux hypothèses selon que l'action pour soutien abusif est engagée lors ou en dehors de l'ouverture d'une procédure collective.

– *1<sup>re</sup> hypothèse* : si l'action en soutien abusif est exercée alors qu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire a été ouverte contre le débiteur, la responsabilité du créancier ne pourra être engagée que dans les conditions de l'article L. 650-1 du Code de commerce. C'est-à-dire si la preuve d'une fraude, d'une immixtion dans la gestion du débiteur ou d'une disproportion des garanties obtenues par rapport aux concours accordés est rapportée ;

– 2<sup>de</sup> hypothèse : en revanche, si l'action pour soutien abusif est exercée alors que le débiteur n'est l'objet d'aucune procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, son régime demeure régi par le droit commun de la responsabilité civile. Toute faute, quelle qu'en soit la nature, est donc susceptible d'être retenue contre lui en vertu de l'article 1382 du Code civil.

## § 4 Les sanctions de l'inexécution de l'accord amiable

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a unifié les conséquences liées à l'inexécution de l'accord amiable constaté ou homologué (C. com., art. L. 611-10-3). Le régime du premier est ainsi aligné sur celui du second.

Dans les deux cas, l'inexécution de l'accord par le débiteur ou l'un des créanciers emporte sa résolution judiciaire et, par voie de conséquence, l'effacement rétroactif des délais et des remises de dettes qui avaient été consentis par l'ensemble des créanciers, parties à l'accord. En dépit de cette identité de solution, il subsiste néanmoins une différence. *Celle-ci tient au juge compétent pour constater l'inexécution de l'accord et en prononcer la résolution.* En cas d'accord constaté, cette compétence appartient au président du tribunal de commerce ou au président du tribunal de grande instance (C. com., art. L. 611-10-3, al. 1<sup>er</sup>). En revanche, lorsque l'accord est homologué, cette compétence est réservée au tribunal de commerce ou de grande instance (C. com., art. L. 611-10-3, al. 2).

Outre la résolution de l'accord amiable, le juge (président ou tribunal, selon le cas) peut également décider de prononcer la déchéance des délais de paiement imposés aux créanciers non signataires en application de l'article L. 611-7 du Code de commerce (C. com., art. L. 611-10-3, al. 3 ; v. ss 60). Toutefois, il ne s'agit là que d'une simple faculté dont l'exercice et les modalités sont laissés à l'appréciation souveraine du juge.

En revanche, depuis la loi du 26 juillet 2005, lorsque la résolution de l'accord amiable est imputable au débiteur, celle-ci n'emporte plus à titre de sanction l'ouverture de plein droit à son encontre d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. L'ouverture de l'une ou de l'autre de ces procédures ne peut être ouverte d'office par le juge que dans le cas où l'inexécution de l'accord ferait en elle-même la preuve d'un état de cessation des paiements du débiteur (v. ss chapitre 4).

Il reste à préciser qu'à côté de la résolution judiciaire pour inexécution, l'article L. 611-12 du Code de commerce prévoit que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire *met fin de plein droit* à l'accord constaté ou homologué. Cette résolution – qui revêt un caractère automatique – emporte l'effacement rétroactif de l'accord *mais n'oblige pas les créanciers à restituer au débiteur les sommes qu'ils ont pu percevoir à l'occasion de son exécution.* Par ailleurs, *lorsque l'accord est un accord homologué, la résolution n'a pas pour effet de remettre en cause le privilège de conciliation accordé en vertu de l'article L. 611-11* (C. com., art. L. 611-12 *in fine* ; v. ss 71).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

Une entreprise peut être en difficulté sans être nécessairement en cessation des paiements. La loi du 26 juillet 2005 institue trois techniques concurrentes de prévention des difficultés : *la procédure d'alerte, la nomination d'un mandataire ad hoc, la procédure de conciliation*.

Le régime juridique applicable à la *procédure d'alerte* (fait générateur, déroulement) est différent selon que l'alerte est déclenchée à l'initiative du commissaire aux comptes, des associés, du comité d'entreprise ou bien encore du président du tribunal de commerce. En dépit de ces différences, la procédure d'alerte poursuit un même objectif : *inciter le chef d'entreprise ou les dirigeants à adopter les mesures nécessaires au redressement de l'activité de l'entreprise afin d'éviter la cessation des paiements*.

Pour remédier aux difficultés d'exploitation de son entreprise, toute personne physique (*commerçant, artisan, agriculteur, professionnel indépendant*) ou toute personne morale de droit privé exerçant une activité économique peut demander la *nomination d'un mandataire ad hoc* au président du tribunal de commerce ou de grande instance. La mission du mandataire *ad hoc* est de *trouver une solution négociée et confidentielle aux difficultés rencontrées par l'entreprise*.

Depuis la loi du 26 juillet 2005, *une procédure de conciliation* peut être ouverte à la demande de toute entreprise (*à l'exception des entreprises agricoles*) qui :

- éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible
- et qui n'est pas en cessation des paiements *depuis moins de 45 jours*.

Le *conciliateur*, dont le nom peut être proposé par le débiteur, a pour mission de négocier un *accord amiable* avec les *principaux créanciers du débiteur* mais également, le cas échéant, avec *ses cocontractants habituels*. Cet accord doit être conclu dans *un délai de quatre mois*, prolongé éventuellement d'un mois supplémentaire si le conciliateur en fait la demande.

L'accord amiable peut être *constaté ou homologué*. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 et l'ordonnance du 12 mars 2014, les effets de l'accord amiable constaté ont été alignés sur ceux de l'accord homologué dans le but d'en renforcer l'efficacité. Mais, l'homologation confère seule *le privilège « de conciliation »* en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'encontre du débiteur.

## Quid

### ■ Accord amiable n° 57

Accord conclu lors d'une procédure de conciliation entre le débiteur, d'une part, et ses principaux créanciers et/ou cocontractants habituels, d'autre part, afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

### ■ Cessation des paiements n° 22

Impossibilité pour une entreprise de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible.

### ■ Conciliateur n° 56

Personne désignée, lors d'une procédure de conciliation, par le président du tribunal de commerce ou de grande instance et ayant pour mission d'aider à la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

### ■ Concordat amiable n° 48

Terme utilisé, avant la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, pour désigner l'accord amiable conclu entre un débiteur et ses créanciers.

### ■ Homologation n°s 62 s., 65

Jugement du tribunal de commerce ou de grande instance approuvant l'accord amiable conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers et/ou cocontractants habituels lors d'une procédure de conciliation.

### ■ Mandataire *ad hoc* n°s 22, 42

Personne désignée par le président du tribunal de commerce ou de grande instance à la demande du représentant d'une entreprise qui n'est pas en cessation des paiements mais qui éprouve des difficultés.

### ■ Privilège de conciliation n° 59

Privilège accordé, lors d'une procédure de conciliation, aux créanciers parties à un accord amiable homologué et ayant consenti un nouvel apport de trésorerie ou fourni un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.

### ■ Procédure d'alerte n° 22

Procédure destinée à attirer l'attention du chef d'entreprise sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise.

### ■ Procédure d'alerte externe n° 23

Alerte exercée par le président du tribunal de commerce ou par un groupe de prévention agréé.

### ■ Procédure d'alerte interne n° 23

Alerte exercée par le commissaire aux comptes, les associés ou le comité d'entreprise.

■ **Procédure de conciliation n<sup>os</sup> 22, 49**

Procédure ouverte aux entreprises (à l'exception des entreprises agricoles exploitées à titre individuel ou sous la forme d'un groupement de droit civil) qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et qui ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

■ **Procédure de règlement amiable n<sup>os</sup> 22, 49**

Procédure créée par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 et ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale, qui sans être en cessation des paiements, éprouve des difficultés financières, économiques ou juridiques ou des besoins qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

■ **Suspension provisoire des poursuites (loi du 1<sup>er</sup> mars 1984) n<sup>o</sup> 60**

Mesure prononcée, dans le cadre de l'ancienne procédure de règlement amiable, par le président du tribunal à la demande du conciliateur pour faciliter la conclusion d'un accord amiable entre l'entreprise et ses créanciers.

■ **Suspension provisoire des poursuites (loi du 26 juillet 2005) n<sup>o</sup> 67**

Interdiction faite aux créanciers signataires d'un accord amiable constaté ou homologué de poursuivre le paiement des créances incluses dans l'accord.

## Documents

**La procédure de règlement amiable des entreprises agricoles**  
**Art. L. 351-1 C. rur.**

« Il est institué une procédure de règlement amiable destinée à prévenir et à régler les difficultés financières des exploitations agricoles dès qu'elles sont prévisibles ou dès leur apparition, notamment par la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers. Cette procédure, exclusive de celle prévue par la loi n<sup>o</sup> 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, est applicable à toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1.

Toutefois, les sociétés commerciales exerçant une activité agricole demeurent soumises à la loi n<sup>o</sup> 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 précitée. ».

**Art. L. 351-2 C. rur.**

« Les dirigeants des exploitations agricoles en difficulté ou leurs créanciers peuvent saisir le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve le siège de l'exploitation d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur ».

**Art. L. 351-3 C. rur.**

« Le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique et financière de l'exploitation agricole et ses perspectives de règlement. À cette fin, il peut également ordonner une expertise ».

**Art. L. 351-4 C. rur.**

« Le président du tribunal nomme un conciliateur en lui fixant un délai pour l'accomplissement de sa mission ou rend une ordonnance de rejet.

Le conciliateur auquel sont communiquées les informations obtenues en application de l'article L. 351-3 a pour mission de favoriser le règlement de la situation financière de l'exploitation agricole par la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers sur des délais de paiement ou des remises de dettes.

Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu au chapitre II du titre II du livre IV de la cinquième partie du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du code de commerce. Des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés peuvent être consenties dans les mêmes conditions. »

**Art. L. 351-5 C. rur.**

« Le président du tribunal, qui nomme un conciliateur en application de l'article L. 351-4, peut également prononcer la suspension provisoire des poursuites pour un délai n'excédant pas deux mois. Ce délai peut être prorogé pour la même durée.

Cette décision suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision et tendant :

1° À la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° À la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

Elle arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles.

Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont, en conséquence, suspendus.

Sauf autorisation du président du tribunal, la décision qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur, à peine de nullité, de payer, en tout ou partie, une créance quelconque née antérieurement à cette décision, ou de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement, ainsi que de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale de l'exploitation ou de consentir une hypothèque ou un nantissement.

Les dispositions de l'article L. 622-28 du code de commerce sont applicables »

**Art. L. 351-6 C. rur.**

« Le président du tribunal, si le débiteur ne se trouve pas en cessation des paiements ou si l'accord y met fin, constate l'accord conclu en présence du conciliateur ou, sur son rapport, met fin à sa mission. À la demande du débiteur, le président du tribunal peut homologuer l'accord. L'accord constaté ou homologué entraîne la suspension, pendant la durée de son exécution, de toute action en justice et de toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, formée dans le but d'obtenir le paiement de créances qui font l'objet de l'accord.

L'ordonnance homologuant l'accord fait l'objet des mêmes publicités que celles prévues pour la décision prévue par l'article L. 351-5. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué ou dans le cadre des négociations pour parvenir à cet accord, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'exploitation et sa pérennité bénéficient du privilège prévu par l'article L. 611-11 du code de commerce.



L'accord fait également obstacle, pendant la durée de son exécution, à ce que des sûretés soient prises pour garantir le paiement de ces créances.

Les délais qui, à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées à l'alinéa précédent, étaient impartis aux créanciers sont suspendus pendant la durée de l'accord.

Le conciliateur transmet au président du tribunal le compte rendu de sa mission »

**Art. L. 351-6-1 C. rur.**

« L'accord homologué conformément à l'article L. 351-6 entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de règlement amiable. Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, cette interdiction est levée sur les comptes afférents au patrimoine sur lequel porte la procédure. »

**Art. L. 351-7 C. rur.**

« Toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité »

**Art. L. 351-7-1 C. rur.**

« Les articles L. 680-1 à L. 680-5 du code de commerce sont applicables à la présente section. »

## Biblio

### 1) Procédure d'alerte

- Th. Favario, « L'extension du domaine de l'alerte », *BJE* 2014. 172 s.
- A. Lienhard, « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev. proc. coll.* 1996. 1 s.
- N. Pierre, « Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte », *RTD com.* 2006. 733 s.
- I. Rohard-Messenger, « La prévention-détection par les présidents de tribunaux de commerce », *Gaz. Pal.* 8-9 juin 2010, p. 5 s.

### 2) Mandat *ad hoc*

- H. Croze, « Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation », *Procédures* 2005. Étude 12. n° 9.
- B. Jadaud, « Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad hoc* », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 419 s.

### 3) Procédure de conciliation

- C. Delattre et E. Etienne-Martin, « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », *Rev. proc. coll.* 2014. 35.
- F. Derrida, « Concordats préventifs et droit français », in *Études J. Hamel*, Sirey, 1961, p. 489 s.
- P.-M. Le Corre, « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2005, p. 50 s.
- F. Macorig-Venier, « La réforme de la prévention par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *RTD com.* 2014. 395.
- C. Saint-Alary-Houin, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006. 169 s.

- J.- P. Sortais, Entreprises en difficulté : les mécanismes d’alerte et de conciliation, LGDJ, 2010.
- B. Thullier, « La conciliation après l’ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE* 2014. 174 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. L’alerte peut être déclenchée, lorsqu’une entreprise :
  - a. connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de son exploitation ;
  - b. n’a pas payé ses créanciers depuis trente jours ouvrables ;
  - c. est en cessation des paiements.
2. Le président du tribunal de grande instance est compétent pour ouvrir une procédure de conciliation :
  - a. à la demande d’un commerçant ;
  - b. à la demande d’un professionnel indépendant ;
  - c. à la demande d’un artisan.
3. L’ouverture d’une procédure de conciliation peut être demandée par :
  - a. tout créancier ;
  - b. les principaux créanciers du débiteur après avis conforme du débiteur ;
  - c. le débiteur seul.
4. Un agriculteur peut demander l’ouverture d’une procédure de conciliation :
  - a. lorsqu’il exploite son activité à titre individuel ;
  - b. lorsqu’il exploite son activité sous la forme d’une société commerciale ;
  - c. dans tous les cas.
5. Un professionnel indépendant en cessation des paiements peut demander :
  - a. la nomination d’un mandataire *ad hoc* ;
  - b. l’ouverture d’une procédure de conciliation ;
  - c. le bénéfice d’une procédure d’alerte.
6. Un accord amiable conclu en faveur d’un artisan peut être constaté par :
  - a. le président du tribunal de grande instance ;
  - b. le tribunal de grande instance ;
  - c. le président du tribunal de commerce.

7. La résolution d'un accord amiable homologué est de la compétence :

- a. du président du tribunal ayant ouvert la procédure de conciliation ;
- b. du tribunal ayant ouvert la procédure de conciliation ;
- c. du tribunal du lieu du domicile du défendeur.

8. La durée maximale de la mission d'un conciliateur est de :

- a. quatre mois ;
- b. cinq mois ;
- c. six mois.

9. Le privilège de conciliation s'applique :

- a. à tout accord de conciliation ;
- b. à l'accord de conciliation constaté ;
- c. à l'accord de conciliation homologué.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Tests de compréhension

### Énoncé

1. Un associé d'une SNC peut-il exercer le droit d'alerte ?
2. L'homologation de l'accord amiable peut-elle être demandée par le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel ?
3. L'ouverture d'une procédure de conciliation emporte-t-elle de plein droit la suspension des poursuites des créanciers du débiteur ?
4. Le Trésor public peut-il consentir des remises de dettes à une entreprise bénéficiant d'une procédure de conciliation ?

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## C) Cas pratiques

### Énoncé n° 1

La SARL « Soleil Levant » vient de perdre un marché au Japon d'un montant de 500 000 euros. Inquiet pour l'avenir de la société dans laquelle il a investi l'ensemble de ses économies, M. Dupont, associé non gérant, souhaite exercer son droit d'alerte. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

### Énoncé n° 2

Monsieur Lever dirige une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL) qui connaît actuellement de nombreuses difficultés. *Peut-il demander l'ouverture d'une procédure de conciliation ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

### Énoncé n° 3

M<sup>me</sup> Violette, pharmacienne de son état, éprouve depuis plusieurs années des difficultés de trésorerie mais qui se sont aggravées depuis peu. Elle peine à payer à échéance ses fournisseurs et craint de ne pouvoir faire face, à la fin du mois, au paiement de son loyer, d'autant qu'elle doit à l'URSSAF un arriéré de cotisations d'un montant de plus 2 000 €, pour le règlement duquel elle a obtenu un délai de paiement expirant dans dix jours. Compte tenu de l'aggravation de ses difficultés, son expert-comptable lui a conseillé de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation afin d'obtenir un réaménagement de son passif.

M<sup>me</sup> Violette hésite cependant, craignant une publicité « tapageuse » autour de ses difficultés, et un refus catégorique de l'Urssaf. Elle s'interroge en outre sur la procédure à suivre.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **a.**; 2. **b.** S'agissant des personnes physiques ou morales exerçant une activité commerciale ou artisanale, le tribunal de commerce est seul compétent pour décider de l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 611-4). Le tribunal de grande instance est en revanche compétent dans tous les autres cas (C. com., art. L. 611-5); 3. **c.** Il s'agit d'une différence avec la procédure spéciale de règlement amiable des entreprises agricoles qui peut être ouverte à la demande des dirigeants de l'exploitation agricole en difficulté ou de leurs créanciers (C. rur., art. L. 351-2); 4. **b.** La nature de la procédure applicable (procédure de conciliation ou procédure spéciale de règlement amiable) dépend de la forme juridique de l'exploitation agricole. La procédure de conciliation prévue par le Code de commerce s'applique aux seules sociétés commerciales par la forme exerçant une activité agricole (C. rur., art. L. 351-1, al. 3). Dans les autres cas, seule la procédure de règlement amiable organisée par le Code rural peut s'appliquer (C. rur., art. L. 351-1, al. 2); 5. **b.** L'ouverture d'une procédure de conciliation peut être demandée par toute entreprise même par un professionnel indépendant; l'existence d'un état de cessation des paiements ne fait pas obstacle à cette demande dès lors qu'elle ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours (C. com., art. L. 611-4, L. 611-5); 6. **c.** La solution résulte de deux articles. D'une part, l'article L. 611-8, I du Code de commerce qui attribue expressément compétence exclusive au président du tribunal pour constater l'accord amiable conclu par le débiteur et ses créanciers, et, d'autre part, l'article L. 611-4 qui réserve compétence au tribunal de commerce pour ouvrir une procédure de conciliation à la demande des personnes exerçant une activité artisanale. Il s'ensuit donc que le président du tribunal de commerce est seul compétent pour constater un accord amiable conclu par un artisan et ses créanciers; 7. **b.** La solution résulte de l'article L. 611-8, II du Code de commerce; 8. **b.** En vertu de l'article L. 611-6, al. 2 du Code de commerce, le conciliateur est nommé pour une durée qui ne peut excéder quatre mois mais qui peut être prorogée d'un mois supplémentaire à la demande du conciliateur; 9. **c.**

## Tests de compréhension

1. Non, car seuls les associés non gérants d'une SARL et les actionnaires ou groupe d'actionnaires représentant au moins 5 % du capital social d'une société par actions (SA, SAS, Société en commandite par actions) peuvent poser, deux fois par an, des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société.
2. Non. Seul le débiteur peut solliciter l'homologation de l'accord amiable (C. com., art. L. 611-8, II).
3. Non. Durant la procédure de conciliation, le débiteur peut seulement demander au président du tribunal des délais de paiement lorsqu'il est mis en demeure ou poursuivi par l'un de ses créanciers. Ces délais de paiements sont alors régis par les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil (C. com., art. L. 611-7, al. 5). La suspension des poursuites des créanciers n'est prévue et ne joue de plein droit qu'une fois l'accord amiable conclu et seulement pour les créances incluses dans l'accord. Peu importe, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, que l'accord amiable ait été simplement constaté ou homologué (C. com., art. L. 611-10-1).
4. Oui. Il s'agit là d'une possibilité introduite par la loi du 26 juillet 2005 et encadrée par l'article L. 611-7, alinéa 3 du Code de commerce.

## Cas pratique n° 1

L'article L. 223-36 du Code de commerce reconnaît aux associés d'une SARL un droit d'alerte. Mais l'exercice de ce droit est subordonné à deux conditions qui sont cumulatives. Tout d'abord, l'associé doit être un associé non gérant. Cette première condition est en l'espèce remplie.

L'exercice du droit d'alerte suppose ensuite l'existence de « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » de la société. Cette seconde condition n'est pas définie par la loi et doit donc être appréciée au cas par cas. On peut légitimement penser que la perte d'un marché d'un montant de 500 000 euros est de nature à mettre en cause la continuité de l'exploitation de l'entreprise et peut conduire à la cessation des paiements de la société.

Compte tenu de ces éléments, l'exercice de son droit d'alerte par M. Dupont est légitime. Le gérant doit répondre à la question qui lui est soumise par M. Dupont. Cette réponse sera communiquée au commissaire aux comptes qui peut, lui-même, décider d'exercer son propre droit d'alerte s'il estime que la réponse donnée et les mesures proposées par le gérant pour remédier aux difficultés de la société sont insuffisantes.

## Cas pratique n° 2

En vertu de la combinaison des articles L. 611-5, alinéa 2 du Code de commerce et L. 351-1 du Code rural, la procédure de conciliation n'est pas applicable aux personnes physiques ou morales de droit privé exerçant une activité agricole (v. ss 51). Le Code rural organise en effet une procédure de règlement amiable propre aux entreprises agricoles (v. ss Documents). Toutefois, ce principe est assorti d'une exception lorsque l'activité agricole est exercée sous la forme d'une société commerciale (C. rur., art. L. 351-1, al. 3). Quelle que soit en effet la nature de leur activité (et donc leur objet social), les sociétés commerciales sont en raison de leur forme

soumises de plein droit à la procédure de conciliation prévue par le Code de commerce.

En l'espèce, il faut donc s'interroger sur la nature juridique de l'EARL. Aux termes de l'article L. 324-1 du Code rural, l'EARL est une société civile au sein de laquelle la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports. La procédure propre aux entreprises agricoles doit en conséquence être appliquée.

### Cas pratique n° 3

1. La première question, qu'il convient au cas d'espèce de se poser, est de savoir si M<sup>me</sup> Violette est éligible à la procédure de conciliation organisée par les articles L. 611-4 et suivants du Code de commerce.

Les conditions d'ouverture de cette procédure de prévention des difficultés sont au nombre de trois. La première est relative à la personne du débiteur. En l'occurrence, cette première condition ne semble pas poser de difficulté. Les pharmaciens ont en effet la qualité de commerçant. Par conséquent, en vertu de l'article L. 611-4 du Code de commerce, M<sup>me</sup> Violette peut saisir le tribunal de commerce (et non de grande instance) aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de conciliation. Cette saisine se fait par une simple requête exposant sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement, et, le cas échéant, les moyens d'y faire face (C. com., art. L. 611-6, al. 1<sup>er</sup>).

Pendant, cette première condition n'est pas suffisante. Il faut également vérifier la nature et la gravité des difficultés rencontrées par M<sup>me</sup> Violette. Sur ce point, l'article L. 611-4 réserve le bénéfice de la conciliation aux seules personnes exerçant une activité commerciale (ou artisanale) qui « éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ».

En l'occurrence, les difficultés, éprouvées par M<sup>me</sup> Violette dans l'exercice de son activité, semblent relever de la catégorie des difficultés financières avérées. Mais, reste à savoir, si M<sup>me</sup> Violette est d'ores et déjà en cessation des paiements, et ceci depuis quand ? Sur ce point, il apparaît difficile de trancher avec certitude. Il est seulement précisé que les difficultés rencontrées par M<sup>me</sup> Violette se sont aggravées depuis peu et qu'elle peine pour l'heure à payer ses créanciers. On peut donc penser que :

- soit elle dispose d'une trésorerie encore suffisante pour faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible mais qu'elle ne le pourra plus d'ici la fin du mois ; auquel cas rien ne s'oppose à l'ouverture d'une procédure de conciliation ;
- soit au contraire elle est déjà en cessation des paiements. En pareil cas, l'ouverture d'une procédure de conciliation sera alors directement dépendante de l'ancienneté de cette cessation des paiements. En l'espèce peu d'éléments sont fournis. Par conséquent, si cette cessation des paiements présumée date de plus de 45 jours, la demande de conciliation sera rejetée par le tribunal de commerce.

La dernière condition pour bénéficier d'une procédure de conciliation est posée, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, par l'article L. 611-6. Ce texte dispose qu'une conciliation ne peut être ouverte si le débiteur a déjà bénéficié d'une conciliation dans les trois mois précédant la nouvelle demande. En l'espèce, rien ne permet d'affirmer que M<sup>me</sup> Violette ait précédemment sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de conciliation.

2. M<sup>me</sup> Violette s'interroge sur la publicité susceptible d'être faite autour de la procédure de conciliation dont elle pourrait être l'objet. Sur ce point, il convient immédiatement de la rassurer. D'une part, la nomination par le tribunal d'un conciliateur n'est l'objet d'aucune publicité. D'autre part, l'accord de conciliation susceptible d'être conclu par M<sup>me</sup> Violette avec ses créanciers, et grâce à l'intervention du conciliateur, n'est pas en principe l'objet d'une publicité, dès lors que l'accord est seulement l'objet d'un simple constat par le juge (v. ss 63). En revanche, si l'accord est l'objet d'un jugement d'homologation, celui-ci est soumis à une large publicité (v. ss 65). Toutefois, la demande d'homologation ne peut être sollicitée que par le débiteur, et lui seul, et non par les créanciers, parties à l'accord. En outre, son bénéfice est soumis à des conditions très strictes (v. ss 64).

3. M<sup>me</sup> Violette craint enfin un refus de l'Urssaf de participer à la négociation et à la conclusion d'un accord de conciliation. Cette crainte est justifiée. La procédure de conciliation n'est pas une procédure collective mais une procédure amiable dont le succès repose sur les talents de négociateur du conciliateur mais aussi sur la « bonne volonté » des créanciers du débiteur. Aussi, si l'Urssaf refuse de participer à l'accord, ni le conciliateur, ni le tribunal ne peuvent l'y contraindre. En revanche, si en cours de procédure, l'Urssaf met M<sup>me</sup> Violette en demeure de lui payer ce qu'elle lui doit, le tribunal pourra, à la demande de M<sup>me</sup> Violette et après avoir recueilli les observations du conciliateur, accorder des délais de grâce sur le fondement des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil (C. com., art. L. 611-7, al. 5 ; v. ss 60).

À supposer que l'Urssaf accepte de participer à l'accord de conciliation afin d'aider M<sup>me</sup> Violette, elle pourra alors éventuellement lui consentir des remises de dettes voire de nouveaux délais de paiements (v. ss 59). Et ceci à l'image des créanciers privés.

ch a p i t r e



# Les entreprises soumises au droit des entreprises en difficulté

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889380223:88866152:196.200.176:77:9880747472



## Plan analytique

### section 1

#### Les entreprises individuelles

- § 1 Les personnes physiques exerçant une activité commerciale
  - A. La notion de commerçant
  - B. Les commerçants en cessation des paiements ayant cessé leur activité
- § 2 Les personnes physiques exerçant une activité artisanale
- § 3 Les agriculteurs
- § 4 Les professionnels indépendants

### section 2

#### Les personnes morales de droit privé

- § 1 Exclusion des groupements dépourvus de la personnalité juridique
- § 2 Exclusion des personnes morales de droit public

#### Compléments pédagogiques

## Les entreprises soumises au droit des entreprises en difficulté

Bien que dépourvu de signification juridique, l'emploi du terme « entreprise » rend compte de l'extension spectaculaire du domaine des procédures collectives depuis 1807. Celui-ci est en effet aujourd'hui quasi universel puisque seules les personnes morales de droit public en sont encore exclues.

Mais que recouvre exactement la notion d'« entreprise » ? Pour l'heure, le Code de commerce n'en fournit aucune définition et procède par voie d'énumération. En réalité, la notion d'« entreprise » permet de désigner sous un vocable unique les personnes physiques (section 1) et les personnes morales (section 2), éligibles à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

74 ■

### section 1

## Les entreprises individuelles

Toute personne physique dès lors qu'elle exerce à titre habituelle une activité commerciale (§ 1), artisanale (§ 2) agricole (§ 3) ou une activité professionnelle indépendante (§ 4) peut solliciter l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 620-2 (S), art. L. 631-2 (RJ), art. L. 640-2 (LJ)).

Cette éligibilité au bénéfice du droit des entreprises en difficulté n'est en rien conditionnée par le mode d'exploitation choisi pour l'exercice de l'activité individuelle en cause. Peu importe en effet que celle-ci soit exercée par un entrepreneur individuel dont l'entièreté de l'actif du patrimoine répondra du passif né à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle. Peu importe aussi que l'entrepreneur individuel soit un *entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*<sup>o</sup>, dont le statut est régi par les articles L. 526-6 et suivant du Code de commerce.

Pendant, dans ce dernier cas, les effets de la procédure collective (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire) auront nécessairement un caractère sélectif. Le domaine de la procédure est alors limité au seul patrimoine sous le couvert duquel est exercée l'activité professionnelle en difficulté (C. com., art. L. 680-1 s. ; v. ss 183). *Cette discrimination de traitement repose sur le principe de séparation, et donc d'étanchéité, des différents patrimoines créés par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.* Ce principe a été posé par l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté au statut particulier de l'EIRL. En résumé, vis-à-vis d'un EIRL, *le droit des entreprises en difficulté s'appliquera « patrimoine par patrimoine »* (C. com., art. L. 680-1). Et, il s'ensuit qu'une seule et même personne physique (ou débiteur) peut aujourd'hui être l'objet de plusieurs procédures collectives, autonomes les unes par rapport aux autres, dès lors que plusieurs de ses

75 ■

patrimoines sont en difficulté (B. Saintourens, « EIRL : adaptation des conditions d'ouverture des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 17). En outre – et alors que la solution est impossible en cas d'entreprise individuelle « classique » – l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pourra solliciter le bénéfice d'une procédure de surendettement pour son patrimoine non affecté, si celui-ci ne loge aucune activité professionnelle (C. Regnaut-Moutier et J. Vallansan, « Le périmètre d'application des procédures collectives : la répartition entre la procédure commerciale et la procédure consumériste », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 2).

## § 1 Les personnes physiques exerçant une activité commerciale

- 76 Les commerçants ont, de tout temps, été passibles d'une procédure collective (A). Le fait que le commerçant ait cessé son activité ne constitue pas un obstacle à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dès lors qu'il était à cette date en *cessation des paiements*<sup>o</sup> (B).

### A. La notion de commerçant

- 77 L'ouverture d'une procédure collective concerne aussi bien les « *commerçants de droit* »<sup>o</sup> c'est-à-dire ceux régulièrement inscrits au Registre du commerce et des sociétés (RCS) – que les « *commerçants de fait* »<sup>o</sup> – c'est-à-dire ceux qui accomplissent pour leur compte propre et à titre de profession habituelle des actes de commerce au sens de l'article L. 121-1 du Code de commerce mais sans pour autant être immatriculés au RCS.

*L'inscription au RCS ne constitue donc pas une condition nécessaire à l'ouverture d'une procédure collective.* Elle n'a en droit français qu'un rôle probatoire et fait simplement présumer la qualité de commerçant (C. com., art. L. 123-7). Seule importe donc la réalité de la profession.

Il s'ensuit qu'un commerçant non immatriculé ne peut invoquer son défaut d'inscription pour faire échec à la demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, présentée par l'un de ses créanciers. L'article L. 123-8 du Code de commerce interdit en effet qu'une personne tenue à immatriculation se retranche derrière son défaut d'inscription pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations découlant de la qualité de commerçant. Le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective contre un « commerçant de fait » doit seulement vérifier que celui-ci accomplit réellement des actes de commerce à titre de profession habituelle (C. com., art. L. 121-1).

- 78 Si les créanciers d'un « commerçant de fait » peuvent demander l'ouverture d'une procédure collective contre lui, ce dernier peut également saisir le juge pour en demander le bénéfice. Cette solution est nouvelle. Sous l'empire de la loi de 1985, la Cour de cassation avait en effet jugé que le « commerçant de fait » ne pouvait solliciter en sa faveur l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (Com. 25 mars 1997, *D.* 1997. Somm. 311, obs. A. Honorat).

Cette solution, qui était destinée à sanctionner le commerçant non immatriculé, a été remise en cause par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Désormais, il résulte de la nouvelle rédaction des articles L. 620-2 (S), L. 631-2 (R) et L. 640-2 (L) du Code de

commerce qu'une procédure collective peut être ouverte contre « toute personne qui exerce une activité commerciale », et non plus comme hier contre « un commerçant ». Le critère d'éligibilité à une procédure collective est donc bien aujourd'hui devenu celui de la nature de l'activité du débiteur et non plus celui des modalités ou conditions de l'exploitation de son activité. Or un « commerçant de fait » est « une personne qui exerce une activité commerciale ». Donc, rien n'interdit aujourd'hui à un commerçant non immatriculé de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire en saisissant le tribunal de commerce.

Par ailleurs, en visant sans distinction toutes les personnes exerçant une activité commerciale, la nouvelle rédaction des L. 620-2 (S), L. 631-2 (RJ) et L. 640-2 (LJ) du Code de commerce rend éligibles, aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, les auto-entrepreneurs exerçant une activité commerciale, qui sont exemptés en vertu de la loi de toute obligation de s'immatriculer au RCS pour l'exercice de leur activité.

L'ouverture d'une procédure collective peut aussi être sollicitée par les personnes qualifiées de « commerçant » par détermination de la loi, mais qui dans les faits n'exercent pas obligatoirement une activité commerciale à titre de profession habituelle. Cette catégorie de « commerçant par détermination la loi » englobe principalement les associés en nom collectif et les associés commandités d'une société en commandite (simple ou par actions). En ce sens, la Cour de cassation a jugé que « les associés gérants d'une société en nom collectif qui ont de droit la qualité de commerçants sont réputés exercer une activité commerciale au sens des articles L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce », et sont par conséquent exclus du bénéfice des procédures de surendettement des particuliers (Civ. 2<sup>e</sup>, 5 déc. 2013 : *Rev. sociétés* 2014. 443, note A. Quiquerez ; *JCP E* 2014. 96, note Ph. Roussel Galle).

## B. Les commerçants en cessation des paiements ayant cessé leur activité

La cessation de son activité par un commerçant, ou plus largement, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, par une personne physique exerçant une activité commerciale ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dès lors qu'il (ou elle) était à cette date en cessation des paiements. En pratique, la cessation d'activité peut résulter soit du décès du commerçant (1) soit de sa radiation au registre du commerce et des sociétés (2).

### 1. Le décès du commerçant

À la différence de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le décès d'un commerçant n'interdit pas celle d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-3, al. 2 (RJ) ; L. 640-3, al. 2 (LJ)). Mais, dans les deux cas, encore faut-il que le commerçant soit décédé alors que son entreprise était déjà en cessation des paiements. Si cette dernière condition est remplie, le tribunal peut être saisi à l'initiative d'un des héritiers du débiteur, d'un créancier, *quelle que soit la nature de sa créance*, ou bien encore du ministère public. Le délai d'action est enfermé dans un délai d'un an à compter du décès, sauf lorsque le tribunal est saisi par l'un des héritiers (C. com., art. L. 631-3, al. 2 (RJ) ; L. 640-3, al. 2 (LJ)).

79 ■

80 ■

Quel que soit l'auteur de la demande, la procédure qui est ouverte contre le débiteur décédé ne concerne que le patrimoine de ce dernier et n'entraîne donc pas le redressement ou la liquidation judiciaire de ses héritiers.

## 2. Le commerçant retiré des affaires

■ 81

L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut également être demandée contre un commerçant alors que celui-ci a cessé toute activité commerciale (C. com., art. L. 631-3, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)). Un commerçant en cessation des paiements ne peut pas en effet faire échec aux droits de ses créanciers en arrêtant arbitrairement son activité.

Toutefois, l'ouverture de la procédure est soumise à deux conditions :

– tout d'abord, *la demande d'ouverture de la procédure doit être faite, au plus tard, un an après la radiation* (C. com., art. L. 631-5, al. 2, 1<sup>o</sup> (RJ), L. 640-5, al. 2, 1<sup>o</sup> (LJ)) ou, à défaut d'immatriculation au RCS, après la cessation effective d'activité. Mais, cette règle n'a lieu de s'appliquer qu'à la condition que le commerçant ait réellement cessé toute activité commerciale à la suite de sa radiation. Dans le cas contraire, la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire pourrait être ouverte au-delà du délai légal d'un an. En outre, le délai d'un an ne s'applique que *si la demande d'ouverture est faite sur assignation d'un des créanciers du commerçant radié*. Lorsque la demande d'ouverture est présentée par l'ancien commerçant, elle peut en revanche intervenir à tout moment (Cass., avis, 17 sept. 2007, v. ss « Documents ») ;

– ensuite, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne sera possible que *si tout ou partie du passif du débiteur trouve son origine dans l'exercice de son ancienne activité commerciale* (C. com., art. L. 631-3, al. 1<sup>er</sup> (RJ); art. L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)). À défaut de cette condition, la procédure ne peut être qu'une procédure de surendettement et de rétablissement personnel prévue par les articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation. Le passif ne peut en effet s'analyser en un passif professionnel.

## § 2 Les personnes physiques exerçant une activité artisanale

■ 82

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, « toute personne exerçant une activité artisanale » peut être l'objet *soit* d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 620-2), *soit* d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-2 (RJ), L. 640-2 (LJ)). Cette nouvelle terminologie résout les difficultés nées de l'utilisation de l'expression « personnes immatriculées au répertoire des métiers » qui avait été utilisée par la loi du 26 juillet 2005.

Cette expression conduisait en effet à faire de l'immatriculation de l'artisan *une condition de fond* de l'application des procédures collectives.

■ 83

La demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire relève de la *compétence exclusive du tribunal de commerce* (C. com., art. L. 621-2 (S); art. L. 631-2 (RJ); art. L. 641-1, I (LJ)). En outre, l'artisan qui a cessé son activité ou qui est décédé, alors qu'il était déjà en cessation des paiements, peut être l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, à la demande de ses créanciers, pendant un délai d'un an à partir de la date du décès

(C. com., art. L. 631-3, al. 2, L. 640-3, al. 2) ou de la date de la cessation d'activité (C. com., art. L. 631-3, al. 1<sup>er</sup>, L. 640-1, al. 1<sup>er</sup>). Les solutions sont ici identiques à celles posées pour les commerçants (v. ss 79 s.).

### § 3 Les agriculteurs

Le droit des entreprises en difficulté est applicable aux agriculteurs depuis une loi du 30 décembre 1988. Cette extension répond à une demande du monde agricole qui, à l'instar des commerçants et des artisans, fait largement appel au crédit pour l'exercice de son activité. L'application des dispositions du Code de commerce aux agriculteurs est néanmoins subordonnée à la réunion de deux conditions. En premier lieu, l'agriculteur doit exercer une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du Code rural. En second lieu, la Cour de cassation exige que l'agriculteur exerce la profession agricole de manière habituelle. En pratique, cette exigence conduit à ouvrir une procédure de redressement à l'épouse d'un agriculteur lorsqu'« elle ne s'est pas limitée à apporter une aide à son mari mais a participé activement à la direction et aux travaux de l'entreprise » (Com. 17 mars 1998, *RJDA* 1998, n° 878). En revanche, l'immatriculation de l'agriculteur au registre spécial prévu par l'article 3 de la loi du 30 décembre 1988 n'est pas nécessaire.

84 ■

L'application du droit des entreprises en difficulté aux exploitations agricoles présente cependant un certain nombre de particularités. À titre d'exemple, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à la demande d'un créancier n'est possible que si une tentative de règlement amiable s'est soldée par un échec (C. com., art. L. 631-5, al. 6 ; v. ss 51). Le redressement judiciaire d'un agriculteur a ainsi un caractère subsidiaire. Par ailleurs, l'activité agricole étant une activité de nature civile, seul le tribunal de grande instance est compétent pour connaître d'une demande de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

85 ■

À l'image des solutions posées pour les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale, le décès d'un agriculteur ou la cessation de son activité ne fait pas échec à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, si à ces dates il était en cessation des paiements (v. ss 79 s.). Une telle procédure peut être ouverte sur assignation des créanciers dans un délai d'un an à compter du décès de l'agriculteur ou après la cessation de son activité professionnelle (C. com., art. L. 631-3 (RJ), L. 640-3 (LJ)).

### § 4 Les professionnels indépendants

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, l'application du droit des entreprises en difficulté à l'entreprise libérale était totalement dépendante de son mode d'exploitation. Ainsi, si l'exercice individuel d'une profession libérale ou indépendante interdisait toute possibilité d'une procédure collective, rien n'interdisait en revanche d'en bénéficier lorsque la même activité était exercée sous la forme d'une société civile ou d'une société d'exercice libéral.

86 ■

Cette dichotomie de solution était d'autant plus injuste que le professionnel indépendant ne pouvait pas davantage bénéficier des règles relatives au

surendettement des particuliers. Son surendettement ayant un caractère professionnel et non domestique.

Dorénavant, toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 620-2 (S), L. 631-2 (RJ), L. 640-2 (LJ)). Sont ainsi visées toutes les professions libérales réglementées (avocats, médecins, architectes, etc.) les officiers ministériels (notaires, huissiers, etc...) mais aussi, et de manière encore plus large, toutes les activités non réductibles à une profession libérale, dès lors qu'elle est exercée de manière indépendante, c'est-à-dire sans lien de subordination.

À l'image des solutions posées pour les personnes physiques exerçant une activité commerciale, artisanale ou agricole, le décès comme la cessation d'activité ne fait obstacle à l'ouverture ultérieure d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, dès lors qu'à ces dates, le professionnel indépendant était en cessation des paiements (v. ss 79 s.).

La loi du 25 juillet 2006 s'est attachée à préserver la spécificité de l'organisation des professions libérales réglementées, et notamment leur indépendance dans l'exercice de leur activité. À titre d'exemple, il est prévu que l'ouverture de la procédure collective ne peut être prononcée qu'après que l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont le professionnel libéral relève ait été entendu (C. com., art. L. 621-1, al. 3 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)). En outre, la nomination en qualité de contrôleur d'un représentant de l'ordre ou de l'autorité compétente est nécessaire.

## section 2

# Les personnes morales de droit privé

- 87 Depuis la loi du 13 juillet 1967, toutes les « personnes morales de droit privé<sup>o</sup> » peuvent être soumises à une procédure collective, et ce, quelle que soit la nature de leur activité. Sont donc exclus du domaine du droit des entreprises en difficulté, les groupements dépourvus de la personnalité juridique (§ 1) mais aussi les personnes morales de droit public (§ 2).

## § 1 Exclusion des groupements dépourvus de la personnalité juridique

- 88 Aux termes du Code de commerce, seuls les groupements de droit privé dotés de la personnalité juridique peuvent bénéficier de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde comme d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Cette exigence ne fait cependant pas obstacle à l'ouverture d'une procédure collective contre une société ou tout autre groupement de droit privé en cours de dissolution car, en vertu de l'article 1844-8, alinéa 3, du Code civil, la personnalité juridique d'une personne morale subsiste pour les besoins de sa liquidation. Toutefois, dans cette hypothèse, la procédure susceptible d'être ouverte ne pourra être qu'une procédure de liquidation judiciaire. L'idée d'une sauvegarde de l'activité ou

de son redressement est en effet incompatible avec le principe de la dissolution qui vise précisément à mettre un terme à toute activité sociale pour l'avenir.

La radiation d'une personne morale de droit privé à la suite de la cessation de son activité ne fait pas non plus obstacle à sa liquidation judiciaire. L'article L. 640-5, alinéa 2, du Code de commerce autorise en effet le prononcé de cette procédure sur assignation d'un créancier social. Cependant cette assignation doit intervenir dans le délai d'un an à compter « de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation » amiable.

En revanche, faute de personnalité juridique qui leur soit propre, les *sociétés en formation*<sup>9</sup> (Com. 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Dr. sociétés* 2001, n° 82, obs. J.-P. Legros), les *sociétés et groupements créés de fait*<sup>9</sup>, ou bien encore les *sociétés en participation*<sup>9</sup> ne peuvent bénéficier ni d'une procédure de sauvegarde, ni d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. L'ouverture d'une procédure ne peut concerner que les membres du groupement sans personnalité juridique (Com. 2 mai 1989, *Rev. sociétés* 1989. 710, note A. Honorat). Mais, encore faut-il qu'ils aient exercé, sous couvert de la société ou du groupement non doté de la personnalité juridique, une activité professionnelle commerciale ou civile.

La solution est identique s'agissant des *groupes de sociétés*. Ceux-ci n'ont pas, en droit français, de personnalité juridique qui leur soit propre. Un groupe de sociétés ne peut donc être l'objet d'une procédure collective unique, sauf si la preuve d'une confusion des patrimoines est rapportée entre les différentes sociétés qui le composent (v. ss 107 s.). Dans cette hypothèse particulière, la procédure ouverte contre l'une d'entre elles peut alors être étendue aux autres, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une cessation des paiements. Il en irait de même si certaines des sociétés affiliées au groupe étaient des sociétés fictives (v. ss 110 s.)

## § 2 Exclusion des personnes morales de droit public

Les personnes morales de droit public sont expressément exclues du bénéfice des procédures organisées par le Code de commerce. Cette exclusion a un caractère général. Elle concerne aussi bien l'État et les collectivités territoriales que les établissements publics à caractère administratif ou à caractère industriel et commercial ainsi que les associations administratives ou les organismes professionnels ou corporatifs. La jurisprudence a ainsi refusé l'ouverture d'une procédure de redressement dirigée contre la SEITA (Soc. 6 nov. 1991, *Bull. civ. V*, n° 476). En revanche, les sociétés d'économie mixte sont assimilées par la jurisprudence à des groupements de droit privé, éligibles en conséquence à l'ouverture d'une procédure collective (Com. 8 janv. 2002, *Act. proc. coll.* 2002, n° 54).

89 ■

90 ■





## Compléments pédagogiques

# Mémo

Depuis 1807, le domaine d'application du droit des procédures collectives n'a pas cessé de s'élargir. La loi du 26 juillet 2005 achève cet élargissement en reconnaissant aujourd'hui aux *professionnels indépendants, y compris les professionnels libéraux, exerçant leur activité à titre individuel* le droit de demander ou d'être l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

Le droit des entreprises en difficulté a donc aujourd'hui un domaine quasi universel.

Il s'applique :

- à toute personne physique exerçant une activité commerciale, même non immatriculée au Registre du commerce et des sociétés ;
- à toute personne physique exerçant une activité artisanale, même non inscrite au Répertoire des métiers ;
- à tout agriculteur ;
- à toute personne morale de droit privé.

Pour qu'une personne physique soit éligible au bénéfice du droit des entreprises en difficulté, il convient de s'attacher exclusivement à la nature de l'activité exercée. *Peu importe donc le mode d'exploitation juridique choisi pour l'exercice de l'activité individuelle (ex. : entrepreneur individuel « classique » ou entrepreneur individuel à responsabilité limitée (désigné aussi sous l'acronyme EIRL)).*

Sont en revanche encore *exclues* du droit des procédures collectives : les *personnes morales de droit public et tous les groupements de droit privé non dotés de la personnalité morale* (ex. : société en formation, sociétés en participation, groupe de sociétés).

*Le décès ou la cessation de l'activité professionnelle* ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire lorsque l'activité de l'entreprise était à cette date en cessation des paiements. *La demande d'ouverture est cependant enfermée dans un délai d'un an.*

*Le tribunal de commerce* est seul compétent pour ouvrir une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire contre *une personne physique ou une personne morale exerçant une activité commerciale ou artisanale.*

*Le tribunal de grande instance* est compétent *dans tous les autres cas* (ex. : agriculteur, professionnel indépendant, association, société civile).



## Documents

### 1) Domaine d'application *rationae personae* du droit des entreprises en difficulté

#### Com. 25 mars 1997 (Extraits)

(D. 1997. Somm. 311, obs. A. Honorat)

« Vu l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 janvier 1985 ;

Attendu que les activités définies à l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 30 décembre 1988, devenu l'article L. 311-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code rural, ne confèrent la qualité d'agriculteur au sens du texte susvisé qu'à ceux qui les exercent à titre de profession habituelle ;

Attendu que pour statuer comme il a fait, l'arrêt, qui constate que M<sup>me</sup> Person ne s'est pas limitée à apporter une aide à son mari mais qu'elle a participé activement à la direction et aux travaux de l'entreprise et qu'elle a été financièrement associée à son fonctionnement, en déduit qu'il s'agit là d'une activité personnelle de nature à justifier l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ;

Attendu qu'en se prononçant ainsi, sans constater que M<sup>me</sup> Person avait exercé ces activités à titre de profession habituelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE ».

#### Com. 4 oct. 2005, n° 04-14.394, inédit (extraits).

« Vu les articles L. 121-1 et L. 620-2 du Code de commerce ; Attendu que, pour ouvrir une procédure unique de redressement judiciaire à l'égard de M. X... Y... et de M. Z..., l'arrêt retient que dans une télécopie envoyée à la société JA Cowan le 11 avril 2002, M. Z..., se présentait clairement comme chef d'entreprise et non pas comme le représentant de la société Tahiti design international dont le nom n'apparaît jamais, qu'entre octobre 2001 et avril 2002 plusieurs factures de fournisseurs avaient été adressées à « Tahiti design Patrice Z... » et à son adresse personnelle qui était différente de celle du principal établissement déclarée lors de la création de ce commerce, qu'un procès-verbal ayant été établi par l'administration des douanes, M. Z... avait payé l'amende personnellement ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que M. Z... avait accompli des actes de commerce, et en avait fait sa profession habituelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

#### Civ. 2<sup>e</sup> 5 déc. 2013, n° 11-28.092 (extraits)

(Rev. sociétés 2014. 443, note A. Quiquerez)

« Mais attendu que les associés gérants d'une société en nom collectif qui ont de droit la qualité de commerçants sont réputés exercer une activité commerciale au sens des articles L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce qui disposent, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, que les procédures de redressement et liquidation judiciaires sont applicables à "toutes personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale" ; qu'il s'ensuit qu'en application de l'article L 333-1 du Code de la consommation, ils sont exclus du bénéfice des dispositions relatives au surendettement des particuliers ;

Que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, la décision d'irrecevabilité se trouve légalement justifiée ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ».

## 2) Cessation d'activité et ouverture d'une procédure collective

**Cass., avis, 17 sept. 2007, n° 70.00-010 (extraits)**  
**(D. 2007. 2475, obs. A. Lienhard)**

« À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être ouverte, sur le fondement de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à la demande d'un professionnel ayant cessé son activité et qui n'est pas déjà soumis à une procédure collective, dès lors qu'il se trouve en état de cessation des paiements et que tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, peu important la date à laquelle il a cessé son activité ».

**Com. 7 juill. 2009, n° 08-17.211 (extraits).**

« Mais attendu qu'ayant constaté qu'une partie du passif de M<sup>me</sup> Bezzaouya, qui était dans l'impossibilité de rembourser ses dettes, était constituée d'une dette professionnelle née au titre d'une activité commerciale antérieurement exercée, le juge de l'exécution en a exactement déduit, peu important la date à laquelle M<sup>me</sup> Bezzaouya avait été radiée du registre du commerce et des sociétés, que sa situation relevait des dispositions du code de commerce et non de celles du code de la consommation ».

## Biblio

### 1) Le domaine d'application du droit des entreprises en difficulté : les principes généraux

- A. Cerati-Gauthier, « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », *JCP E* 2008. 2346.
- P. Coudert, « L'application des procédures collectives aux entreprises publiques », *LPA* 1994. n° 110. 26 s.
- J.-Cl. Hallouin : « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires » *JCP E* 1989. II. 15416.
- J.-E. Kuntz et V. Nurit, « Vers une procédure collective adaptée aux collectivités publiques ? », *BJE* 2013, p. 52.
- M.-H. Monsérié-Bon, « Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2011, Dossier 3.
- S. Rétif, « L'extension des procédures collectives aux professions libérales », *Dr. et patr.* 2006. 95 s.
- Ph. Roussel Galle, « L'ouverture des procédures », *D.* 2009. 644 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « Le périmètre du droit de la défaillance économique », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 1.
- G. Teboul, « L'entreprise éligible » *RLDA* juin 2009. 92 s.

### 2) Le domaine du droit des entreprises en difficulté : le cas particulier de l'EIRL

- M.-H. Monsérié-Bon, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté », *Bull. Joly* 2011. 270 s.

- F. Pérochon, « Les patrimoines de l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 13.
- C. Regnaut-Moutier, « EIRL : adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 18.
- B. Saintourens, « EIRL : adaptation des conditions d'ouverture des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 17.
- D. Vidal, « Quelques comparaisons d'intérêt pratique entre l'EIRL et l'EURL », *Bull. Joly* 2011. 56 s.

### 3) Le domaine du droit des entreprises en difficulté : comment l'appliquer aux débiteurs personnes physiques ?

- C. Regnaut-Moutier et J. Vallansan, « Le périmètre d'application des procédures collectives : la répartition entre la procédure commerciale et la procédure consumériste », *Rev. proc. coll.* 2011. Dossier 2.
- J. Vallansan, « La difficile application du Livre VI à la personne physique », *Rev. proc. coll.* 2010. 65 s.

### 4) Le domaine du droit des entreprises en difficulté : le cas particulier du conjoint du débiteur

- M. Cabrillac, « L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur », in *Mélanges A. Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 81 s.
- A. Perrodet, « Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire », *RTD com.* 1999. 1 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de compréhension

##### Énoncé

Vrai ou faux ?

1. Un huissier peut être l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.
2. Le décès d'un commerçant interdit l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.
3. Une association peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.
4. Une société en participation peut être l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.
5. Un créancier peut demander l'ouverture d'une procédure collective contre une société en dissolution.
6. Le conjoint d'un commerçant ne peut pas être mis en redressement judiciaire.
7. Un associé d'une SNC est éligible de plein droit à l'ouverture d'une procédure collective.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Commentaire d'arrêt

Com. 12 nov. 2008

(*Dr. sociétés* 2009, n° 15, obs. J.-P. Legros ; *Bull. Joly* 2009. 279, §. 57, note P-M. Le Corre ; *JCP E* 2009. 1023, concl. R. Bonhomme, note Ch. Lebel)

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 14 mai 2007) et les productions, qu'après la mise en liquidation judiciaire de la SARL Dan's Car (la SARL) par jugement du 6 mars 2006, l'URSSAF de la Savoie (l'URSSAF) a saisi le tribunal de grande instance d'une demande d'ouverture d'un redressement judiciaire à l'égard de M. X..., gérant majoritaire de la SARL, lequel était redevable de cotisations personnelles d'allocations familiales ; que le tribunal a dit n'y avoir lieu à appliquer à M. X... la procédure de redressement judiciaire ;

Attendu que l'URSSAF fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement, alors, selon le moyen, que la procédure de redressement judiciaire est applicable au gérant majoritaire de société à responsabilité limitée qui relève légalement de la catégorie professionnelle des travailleurs indépendants ; qu'en énonçant, pour refuser d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de M. X..., que les considérations tirées du droit fiscal et du droit social importaient peu dès lors que M. X... agissait en sa qualité de gérant au nom et pour le compte de la société qu'il représentait, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant tiré de la qualité de mandataire de M. X... et a méconnu le statut légal d'ordre public dont celui-ci relevait en sa qualité de gérant majoritaire de la SARL, violant les articles L. 631-2 du Code de commerce, ensemble les articles L. 311-3-11° et R. 241-2 du Code de la sécurité sociale ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a énoncé que le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce, en a exactement déduit que M. X... ne pouvait pas être mis en redressement judiciaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ».

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Tests de compréhension

1. *Vrai.* Depuis la loi du 26 juillet 2005, toute personne exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire peut être l'objet d'une procédure de redressement judiciaire mais aussi d'une procédure de sauvegarde ou de liquidation judiciaire.
2. *Vrai.* Il s'agit là d'une différence avec l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire qui peut être ouverte contre un commerçant décédé si celui-ci était en cessation des paiements au jour de son décès.
3. *Vrai* car il s'agit d'une personne morale de droit privé mais encore faut-il que cette association soit déclarée. Cette déclaration est nécessaire à l'obtention de la personnalité juridique.

4. *Faux* car la société en participation n'est pas immatriculée et n'a donc pas de personnalité juridique.
5. *Vrai*. Une société en cours de liquidation amiable pour cause de dissolution peut être l'objet d'une procédure collective mais il s'agira obligatoirement d'une procédure de liquidation judiciaire. La dissolution ne met pas immédiatement fin à la personnalité juridique des sociétés. Celle-ci subsiste pour les besoins de sa liquidation (C. civ., art. 1844-8).
6. *Vrai*, sauf s'il accomplit à titre personnel et de manière habituelle des actes de commerce. Il doit alors être considéré comme un commerçant de fait.
7. *Vrai*. La solution est certaine depuis une décision de la Cour de cassation du 5 décembre 2013 (v. ss Documents et v. ss 78).

### Commentaire d'arrêt

Au fil des réformes, le domaine d'application *rationae personae* du droit des entreprises en difficulté n'a cessé de s'élargir au point que nulle entreprise ne paraît y échapper. Réservée à l'origine aux seuls commerçants, l'ouverture d'une procédure collective peut aujourd'hui être sollicitée par (ou contre) un artisan, un agriculteur et, depuis la loi du 26 juillet 2005, « *tout professionnel indépendant* ». Un même constat peut être dressé s'agissant des procédures dites de prévention (v. ss chapitre 2).

La notion de « professionnel indépendant » ne fait cependant l'objet d'aucune définition légale précise, même si le législateur a pris le soin d'englober expressément sous cette notion « les professionnels libéraux » dont l'activité est soumise à réglementation (avocats, médecins, architectes par exemple). La notion de « professionnel indépendant » a donc été conçue de manière ouverte afin d'intégrer dans le giron du droit des entreprises en difficulté l'ensemble des activités non salariées, c'est-à-dire exercées sans lien de subordination. Mais en est-il ainsi des fonctions de gérant d'une SARL ? Tel était le problème de droit soumis à la Cour de cassation.

En l'espèce, l'Urssaf avait saisi le tribunal de grande instance d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre le gérant d'une SARL à la suite d'un impayé de cotisations personnelles d'allocation familiale. Au soutien de sa demande, l'Urssaf arguait qu'en application du Code de sécurité sociale, le gérant d'une SARL relève de la « catégorie professionnelle des travailleurs indépendants » lorsque ce dernier est également associé majoritaire (cas en l'espèce). Aussi, au regard du droit de la sécurité sociale, l'Urssaf en concluait que rien ne s'opposait à sa demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre le gérant. *En bref, toute personne qui relèverait de la catégorie professionnelle des travailleurs indépendants au sens du droit de la sécurité sociale constituerait du même coup un professionnel indépendant au sens du droit des entreprises en difficulté.* Les deux notions étant, pour l'Urssaf, synonymes.

Le pourvoi est rejeté. La Cour de cassation refuse en effet de considérer que le gérant d'une société puisse être assimilé à un professionnel indépendant (I) excluant ainsi l'ouverture d'une procédure collective à son encontre (II).

## I. Le refus d'assimiler le gérant de SARL à un professionnel indépendant

Le refus de la Cour de cassation d'assimiler le gérant d'une SARL à un professionnel indépendant repose sur un double argument. Le premier est implicite : la notion de « professionnel indépendant » utilisée en droit des entreprises en difficulté est une notion autonome, c'est-à-dire propre à la matière (A). En second lieu, l'exercice des fonctions de direction sociale constitue une activité subordonnée (B).

### A. L'autonomie de la notion de « professionnel indépendant »

L'assimilation faite par l'Urssaf du gérant de SARL à un professionnel indépendant reposait essentiellement sur son statut social mais aussi fiscal. Pour ces deux branches du droit, le gérant majoritaire d'une SARL est en effet considéré comme un « travailleur indépendant », ce qui l'oblige notamment à s'affilier au régime de sécurité sociale des non salariés (CSS, art. L. 311-3-11°, R. 241-2). Assimilé à un « travailleur indépendant » au plan social et fiscal, le gérant d'une SARL constituait donc nécessairement, selon le pourvoi, un « professionnel indépendant » au sens du droit des entreprises en difficulté.

En refusant de suivre ce raisonnement, la chambre commerciale entend clairement exprimer que la notion de « professionnel indépendant » à laquelle font référence les textes du droit des entreprises en difficulté constitue une notion propre à cette matière. Son contenu ne peut en conséquence être défini ou interprété en fonction des solutions retenues par les autres branches du droit.

La solution doit être approuvée. À titre d'exemple, l'interprétation défendue par l'Urssaf conduisait à introduire une distinction tout à fait artificielle entre la situation du gérant minoritaire qui, parce qu'il est affilié au régime social des salariés, ne pouvait être l'objet d'une procédure collective, et, celle du gérant majoritaire qui lui pouvait l'être au seul motif qu'il est légalement affilié au régime social des travailleurs indépendants. Selon le même raisonnement, elle excluait aussi du champ du droit des entreprises en difficultés les dirigeants des autres sociétés, tels que notamment le président du conseil d'administration d'une SA ou les dirigeants de SAS qui relèvent tous du régime social des salariés par application du Code de sécurité sociale.

Or, tout dirigeant social, qu'il soit gérant, minoritaire ou majoritaire, d'une SARL ou bien encore président du conseil d'administration d'une SA ou président d'une SAS, exerce en vertu de la loi les mêmes fonctions. Ils sont tous les représentants légaux, c'est-à-dire des mandataires ayant pour mission d'agir au nom et pour le compte de la société qu'ils dirigent.

### B. Les fonctions de direction sociale : une activité professionnelle subordonnée

Le refus de la Cour de cassation d'assimiler le gérant d'une SARL à un professionnel indépendant repose essentiellement sur les *conditions* d'exercice de ses fonctions. Pour la Cour de cassation (comme pour la doctrine), le « professionnel indépendant » est en effet celui qui exerce son activité professionnelle de manière pleinement indépendante, c'est-à-dire de manière non subordonnée.

Or, si le gérant d'une SARL exerce sans conteste une activité professionnelle puisqu'il en tire directement ses revenus, cette activité professionnelle n'est pas pour autant exercée de manière indépendante. Comme le souligne la Cour de cassation, le gérant



d'une SARL « n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce » puisqu'il exerce cette activité en qualité de mandataire, c'est-à-dire conformément aux ordres donnés par son mandant et dans l'intérêt exclusif de celui-ci.

En sa qualité de dirigeant social, le gérant d'une SARL n'exploite donc pas l'activité de la société en son nom personnel mais au nom et pour le compte de la personne morale. Il ne dispose par conséquent d'aucune *indépendance économique* puisque la loi lui impose d'exploiter l'activité de la société dans l'intérêt exclusif de celle-ci. Il ne dispose pas non plus d'une *indépendance juridique* puisqu'il doit rendre compte périodiquement de l'exécution de sa mission aux associés qui peuvent le sanctionner en décidant notamment de le révoquer ou engager sa responsabilité personnelle (v. J.-P. Legros, *Dr. sociétés* 2009, n° 15).

En conclusion : si le gérant majoritaire est un travailleur indépendant en vertu du droit de la sécurité sociale, ceci ne permet pas de le considérer *de plano* comme une personne exerçant une profession indépendante au regard du droit des entreprises en difficulté. Aussi, ne peut-il être attrait par l'un de ses créanciers en redressement judiciaire.

Rendue à propos du gérant majoritaire d'une SARL, la solution posée par la Cour de cassation vaut, par sa généralité, pour tous les dirigeants de société.

## II. L'impossibilité d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire contre un gérant majoritaire

Faute de pouvoir obtenir l'ouverture d'une procédure collective, l'Urssaf ne dispose pour recouvrer le montant des cotisations sociales impayées que d'une unique alternative : agir en recouvrement selon les procédures d'exécution de droit commun (A) Mais le gérant peut-il y faire échec en sollicitant l'ouverture d'une procédure de surendettement (B) ?

### A. L'obligation pour le créancier d'user des procédures d'exécution de droit commun contre le gérant

Le gérant n'étant pas éligible à une procédure collective, l'Urssaf se trouve dans la même situation que tout autre créancier et n'a donc pas d'autre choix que d'user des voies de recours ouvertes par le droit commun pour recouvrer les sommes dues par le gérant de la SARL.

Le principe applicable est donc ici celui du « prix de la course » en vertu duquel l'Urssaf entre en concours avec tous les autres créanciers personnels du gérant. En conséquence, en l'absence de toute sûreté attachée à sa créance, l'Urssaf ne peut espérer un paiement (total ou même partiel) qu'à la condition que le gérant soit solvable.

L'application du droit commun offre par ailleurs au débiteur le droit de solliciter des délais de grâce sur le fondement des articles 1244-1 du Code civil. Si le juge accède à cette demande, sa décision emportera alors la suspension des procédures d'exécution d'ores et déjà engagées. En outre, les majorations d'intérêts ou les pénalités de retard encourues à raison du retard de paiement cesseront de plein droit d'être dues pendant le temps de répit accordé par le juge au débiteur (C. civ., art. 1244-2).

Mais, l'action en paiement de l'Urssaf peut-elle être paralysée par l'ouverture d'une procédure de surendettement ?



international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889423021:88866152:196.200.176.177:1580749687

ch a p i t r e



# Les causes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889423021:88866152:196.200.176.177:1980749687



## Les causes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires

Les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire ont pour point commun d'être des procédures collectives. Elles conduisent, toutes trois, à un traitement judiciaire (et non plus amiable) des difficultés de l'entreprise par l'organisation d'un règlement collectif, et en principe égalitaire, des créanciers. Cette identité de nature ne s'accompagne pas cependant d'une identité parfaite de leur cause d'ouverture.

Alors que l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est obligatoirement subordonnée à la preuve d'une cessation des paiements de l'entreprise, le bénéfice d'une procédure de sauvegarde est, quant à lui, réservé aux entreprises qui éprouvent des difficultés mais qui sont cependant in bonis, c'est-à-dire en mesure de faire face à leur passif exigible au moyen de leur actif disponible. Cette distinction s'explique essentiellement par la finalité de la procédure de sauvegarde qui est de permettre un redressement anticipé de l'entreprise par sa réorganisation sous l'autorité et le contrôle du juge (C. com., art. L. 620-1). De ce fait, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde n'est envisageable qu'en amont d'une cessation des paiements. *La situation financière de l'entreprise conditionne donc directement le choix de la procédure collective applicable* (section 1).

Les différences s'arrêtent cependant là. Le Code de commerce prévoit en effet qu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre une entreprise peut être étendue à une autre. *Cette ouverture de procédure collective par extension n'est cependant possible que dans deux cas : celui de la confusion des patrimoines et celui de la fictivité* (section 2).

### section 1

## Les conditions relatives à la situation financière de l'entreprise

La situation financière de l'entreprise au jour du jugement d'ouverture conditionne directement le choix de la procédure applicable. Si l'entreprise éprouve des difficultés sans être pour autant en cessation des paiements, elle est alors éligible au bénéfice d'une procédure de sauvegarde (§ 1). Le constat d'une cessation des paiements conduira en revanche à l'ouverture, selon les cas, d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (§ 2).

## § 1 L'absence de cessation des paiements : condition nécessaire à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde judiciaire

■ 93

À la différence des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, la procédure de sauvegarde constitue une procédure collective de nature préventive, qui est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif (C. com., art. L. 620-1, al. 1<sup>er</sup>). Aussi, la procédure de sauvegarde n'est ouverte qu'aux entreprises, qui, *sans être en cessation des paiements*, éprouvent néanmoins des difficultés qu'elles ne sont pas en mesure de surmonter seules, c'est-à-dire sans l'aide d'une intervention judiciaire.

L'interdiction pour une entreprise déjà en cessation des paiements de bénéficier d'une procédure de sauvegarde explique l'obligation faite au tribunal de convertir la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire s'il est découvert, après coup, une cessation des paiements antérieure au prononcé du jugement d'ouverture de la sauvegarde (C. com., art. L. 621-12, al. 1<sup>er</sup>).

L'article L. 620-1 du Code de commerce ne définit pas la nature des difficultés permettant à une entreprise de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Compte tenu de ce silence, force est de conclure *que tout type de difficultés peut être pris en compte. Peu importe en effet leur nature. Peu importe aussi que ces difficultés aient des conséquences sur la poursuite de l'activité de l'entreprise*. Dans un arrêt de principe, dit « Cœur Défense », la Chambre commerciale a ainsi jugé qu'en l'absence de précision contraire, l'article L. 620-1 du Code de commerce n'exige pas que les difficultés à l'origine d'une demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde aient pour cause une difficulté affectant directement l'activité de l'entreprise et nécessitant sa réorganisation (Com. 8 mars 2011, n<sup>os</sup> 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, D. 2011. 919, note P.-M. Le Corre). Cette lecture littérale de l'article L. 620-1 conduit en l'espèce la Cour de cassation à conclure que « *hors le cas de fraude*, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur au motif qu'il rechercherait à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie par ailleurs de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter » (Com. 8 mars 2011, *préc.*). Il s'ensuit que la procédure de sauvegarde peut être utilisée (voire « instrumentalisée ») par le débiteur dans un but autre que la réorganisation de son activité et qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier la légitimité de ses mobiles, dès lors que la demande de sauvegarde ne vise pas à frauder les droits des créanciers.

■ 94

Pour qu'un débiteur puisse bénéficier d'une procédure de sauvegarde, il lui incombe d'établir les raisons pour lesquelles il se trouve dans l'incapacité de trouver un remède à ses difficultés sans une intervention judiciaire. Ces raisons doivent être exposées dans la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde (C. com., art. R. 621-1, al. 1<sup>er</sup>).

Pour apprécier la recevabilité de cette demande, le tribunal doit se placer au jour où il est procédé à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, *et non au jour où la demande a été introduite par le débiteur* (Com. 26 juin 2007, D. 2007. AJ 1864, note A. Lienhard). En conséquence, si entre ces deux dates, le débiteur est « tombé » en cessation des paiements, la demande d'ouverture d'une sauvegarde devra être

rejetée. Il en sera également de même si le débiteur est parvenu à remédier à ses difficultés avant que le tribunal n'ait statué sur sa demande.

Le tribunal doit en outre apprécier le caractère insurmontable des difficultés du débiteur *in concreto*, en ne tenant compte que de la situation personnelle du débiteur. En vertu de ces principes, la chambre commerciale a jugé que lorsque le débiteur est une société, affiliée à un groupe, sa situation « doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient » (Com. 26 juin 2007, *préc.*).

Des conditions d'ouverture spécifiques sont posées lorsque la procédure est une procédure de *sauvegarde accélérée*<sup>o</sup> (dont la *sauvegarde financière accélérée*<sup>o</sup> est une variante). Cette procédure spécifique de sauvegarde est obligatoirement précédée par une procédure de conciliation qui doit avoir conduit à l'élaboration d'un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise. L'ouverture de la procédure de sauvegarde a alors un but bien précis : celui de permettre l'adoption collective du projet de plan par les créanciers concernés (C. com., art. L. 628-1 v. ss 420 s.).

Cette finalité spécifique explique que le bénéfice d'une procédure de sauvegarde accélérée soit exclusivement réservé « au débiteur justifiant :

- être engagé dans une procédure de conciliation en cours »
- *et avoir élaboré, lors de procédure de conciliation, un projet de plan de sauvegarde qui doit non seulement viser à assurer la pérennité de l'entreprise mais également être susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part de la majorité de ses créanciers* (C. com., art. L. 628-1, al. 2).

À ces premières conditions, le Code de commerce en ajoute une autre, relative à la taille de l'entreprise (C. com., art. L. 628-1, al. 3). Le débiteur doit en effet justifier :

- soit avoir des comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable, employer plus de 20 salariés et réaliser soit un chiffre d'affaires hors-taxe de 3 000 000 €, soit un total de bilan de 1 500 000 € (C. com., art. D. 628-3) ;
- soit avoir établi des comptes consolidés conformément à l'article L. 233-16 du Code de commerce.

Ces conditions d'éligibilité sont des conditions alternatives.

En revanche, et à la différence de la procédure de sauvegarde de droit commun, « *la circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée si cette situation ne précède pas de plus de quarante-cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation* ».

Force est de constater que le législateur, au risque de brouiller les critères d'ouverture des différentes procédures, se montre pragmatique : la conciliation peut être ouverte si la cessation des paiements date de moins de quarante-cinq jours, par conséquent, « cette circonstance » : l'état de cessation des paiements, n'empêche pas la sauvegarde accélérée, *mais il n'est évidemment pas une condition de celle-ci* (C. Saint-Alary-Houin, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *Rev. proc. coll.* 2014. dossier 17).



## § 2 La cessation des paiements : condition de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire

■ 96

À la suite de la loi du 26 juillet 2005, le rôle de la cessation des paiements en droit des entreprises en difficulté a substantiellement évolué. La cessation des paiements a en effet perdu, selon l'expression d'un auteur, « sa valeur de démarcation » et n'a ainsi plus pour fonction de déterminer la nature (amiable ou judiciaire) du traitement des difficultés du débiteur. Tout d'abord, l'état de cessation des paiements ne fait plus obstacle à la possibilité pour une entreprise de recourir à une solution amiable et négociée de ses difficultés puisqu'elle peut aujourd'hui demander l'ouverture d'une procédure de conciliation dès lors qu'elle est en cessation des paiements depuis moins de 45 jours, (v. ss 52 s.).

Par ailleurs, l'existence d'une cessation des paiements n'est plus la condition nécessaire de l'ouverture d'une procédure collective. Une entreprise *in bonis* peut aujourd'hui solliciter, de manière anticipée, un règlement judiciaire de ses difficultés grâce à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (v. ss 93).

Enfin, le rôle de la cessation des paiements comme « valeur de démarcation » a été également remis en cause par l'ordonnance du 18 décembre 2008, depuis laquelle l'article L. 622-10, alinéa 3, du Code de commerce prévoit qu'une procédure de redressement judiciaire peut être ouverte alors que le débiteur n'est pas en cessation des paiements.

Les conditions d'application de cette exception sont strictement entendues :

– 1<sup>re</sup> condition : L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire sans cessation des paiements n'est possible que si le débiteur est déjà l'objet d'une procédure de sauvegarde. L'ouverture *ab initio* d'une procédure de redressement judiciaire sans cessation des paiements est donc impossible. Elle s'opère toujours par conversion ;

– 2<sup>e</sup> condition : La demande de conversion de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire n'est recevable que « si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible » et « si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements ». Il s'agit de deux conditions cumulatives dont la charge de la preuve incombe au débiteur. Par ces deux conditions, l'objectif est notamment de permettre d'organiser au plus tôt la cession totale de l'entreprise par un tiers repreneur (Ph. Roussel Galle, « L'ouverture des procédures », *D.* 2009. 644, spéc. n° 31). Cette cession totale est en effet interdite dans le cadre de la procédure de sauvegarde mais est en revanche permise dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (v. ss chapitre 12).

### A. Les éléments constitutifs de la cessation des paiements

■ 97

En vertu de l'article L. 631-1 du Code de commerce, une entreprise est en état de cessation des paiements lorsqu'il lui est impossible « de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible »

L'existence d'une cessation des paiements suppose donc la réunion de deux éléments : un passif exigible trop important de l'entreprise (1) et un actif disponible insuffisant pour y faire face (2).

## 1. La notion de passif exigible

La notion de « *passif exigible*<sup>o</sup> » comprend l'ensemble des dettes certaines, liquides et exigibles de l'entreprise. Le passif exigible correspond donc au passif échu de l'entreprise au jour du jugement d'ouverture de la procédure. Il vise le passif qui n'a pas été payé alors qu'il aurait dû l'être. À titre d'exemples, est exclu du passif exigible :

- le montant d'un prêt bancaire dont l'échéance du remboursement n'est pas encore survenue au jour où le tribunal statue sur la demande d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ;

- le passif dit « litigieux », c'est-à-dire celui correspondant à des dettes contestées dans leur montant ou dans leur principe. Tel sera le cas des créances faisant l'objet d'une instance pendante devant les juges du fond (Com. 25 nov. 2008, *D.* 2009. AJ 17, obs. A. Lienhard). L'exclusion se justifie par le fait que les dettes litigieuses ne sont ni certaines, ni liquides (Com. 22 févr. 1994, *JCP E* 1994. I. 394, obs. Ph. Pétel).

Sous l'empire de la loi de 1985, la Cour de cassation avait cependant jugé que *la notion de passif exigible* devait s'entendre d'un *passif exigé*, c'est-à-dire dont le paiement a été réclamé, dans les faits, par le créancier (Com. 28 avr. 1998, *JCP E* 1998. 1926, obs. G. A. Likillimba). Il avait été ainsi considéré qu'un report d'échéance consenti par un créancier exclut la dette de la comptabilité du passif exigible au motif que « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible *et* exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur ».

La loi du 26 juillet 2005 n'avait pas souhaité consacrer cette interprétation jurisprudentielle et avait donc limité la notion de passif exigible au seul passif échu de l'entreprise. Pour sa part, la Chambre commerciale a quelque peu modifié sa jurisprudence en imposant dorénavant une exigence probatoire. Ainsi, décide-t-elle aujourd'hui que le passif non exigé n'est exclu du calcul du passif exigible de l'entreprise qu'à la condition que le débiteur fasse la preuve que le ou les créanciers concernés lui ont accordé un moratoire (Com. 27 févr. 2007, *D.* 2007. AJ 872, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2007. 2119, obs. Ph. Pétel ; 15 févr. 2011, *D.* 2011. AJ 591, obs. A. Lienhard).

*Cette exigence jurisprudentielle a été consacrée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.* Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 631-1 du Code de commerce prévoit que le débiteur n'est pas en cessation des paiements s'il « établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible ».

Cette nouvelle exigence conduit à opposer en pratique deux types de passif exigible mais non exigé. *D'une part*, le passif non exigé en vertu d'un accord exprès du créancier (qui peut indifféremment être écrit ou verbal) dont le débiteur doit établir la preuve, et, *d'autre part*, le passif non exigé en raison de l'inaction, voire la négligence, du créancier à exercer les voies de droit qui lui sont ouvertes pour son recouvrement. Si le second doit obligatoirement être *inclus* dans la comptabilisation du passif exigible de l'entreprise au jour où le juge statue sur la demande d'ouverture de la procédure, le premier doit, en revanche, en être *exclu* en raison de la volonté du créancier de faire crédit au débiteur. Tel sera notamment le cas du moratoire négocié dans le cadre d'un accord amiable de conciliation.

■ 99

La nature de la dette est en revanche un élément indifférent pour apprécier l'existence d'un passif exigible. La dette impayée, pour laquelle l'ouverture d'une procédure est demandée, peut être civile ou commerciale (Com. 22 juin 1993, *D.* 1993. Somm. 187, obs. A. Honorat). Cette solution trouve son fondement dans l'article L. 631-5, alinéa 2, du Code de commerce qui énonce que « la procédure peut être ouverte sur assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance ». Si la solution n'a rien de choquant lorsque la dette civile impayée est née à l'occasion de l'exploitation de l'activité de l'entreprise (telle qu'une dette fiscale), elle conduit en revanche à des situations paradoxales lorsqu'elle est étrangère à l'activité professionnelle du débiteur. À titre d'exemple, la lettre de l'article L. 631-5 autorise l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire pour l'inexécution d'une créance alimentaire du débiteur dès lors, bien sûr, que la créance est certaine, liquide et exigible au jour du jugement statuant sur la demande d'ouverture de la procédure (Com. 22 juin 1993, *D.* 1993. Somm. 366, obs. A. Honorat).

La généralité de ce principe doit cependant être tempérée depuis l'introduction du statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (ou EIRL).

Dans cette hypothèse, seules les dettes qui se rattachent à l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, et pour lequel une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a été ouverte, seront comptabilisées pour apprécier l'existence d'une cessation des paiements. La solution se justifie en raison de l'exception apportée au principe d'unicité du patrimoine du débiteur et de la combinaison des règles posées par le nouvel article L. 680-1 du Code de commerce et l'article L. 526-12, alinéa 7 du même Code.

En vertu du premier de ces textes, il est prévu que lorsque les dispositions relatives au droit des entreprises en difficulté « sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, « elles le sont *patrimoine par patrimoine* ».

En vertu du second, les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle pour laquelle le patrimoine est affecté ont « *pour seul gage général le patrimoine affecté* » alors que « les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont *pour seul gage général le patrimoine non affecté* ». En d'autres termes, le passif exigible se rapportant au patrimoine non affecté ne peut être compris dans le passif exigible du patrimoine affecté contre lequel la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est demandée, faute de lien « matériel » avec celui-ci.

## 2. La notion d'actif disponible

■ 100

L'« *actif disponible*<sup>o</sup> » correspond à l'*actif immédiatement réalisable par l'entreprise*. Il s'identifie à la trésorerie de l'entreprise. En pratique, constitue un actif disponible l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue ou du solde créditeur des comptes bancaires. Cette acception étroite de la notion d'« actif disponible » explique qu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire puisse être ouverte à l'encontre d'une entreprise qui – bien que possédant un important patrimoine immobilier – ne peut le réaliser à très court terme. Juridiquement solvable, l'entreprise est techniquement en cessation des paiements.

■ 101

La jurisprudence puis la loi (v. ss 98) ont cependant cherché à assouplir la notion d'« actif disponible » en y incluant les *réserves de crédit*<sup>o</sup> consenties à l'entreprise. La

solution est réaliste. S'il n'était pas tenu compte des réserves de crédit-fournisseur ou de crédit-bancaire, la plupart des entreprises devraient être déclarées en cessation des paiements.

La notion de « réserve de crédit » a été précisée par la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, la notion recouvre « toute avance de trésorerie qui n'est pas bloquée ou dont le remboursement n'est pas demandé » (Com. 16 nov. 2010, n° 09-71.278, D. 2010. 2830, obs. A. Lienhard ; v. « Documents »).

En revanche, ne constitue pas une réserve de crédit, le paiement par un tiers de la dette du débiteur (Com. 26 juin 1990, D. 1991. 574, note P. Morvan) ou pour le compte de celui-ci (Com. 27 oct. 1998, *Act. proc. coll.* 1998, n° 157). Ces solutions conduisent en pratique à refuser que la dette payée au lieu et place de l'entreprise par une caution puisse s'analyser en une réserve de crédit. Car, subrogée dans les droits du créancier, la caution devient automatiquement créancière du débiteur cautionné. L'extinction de la dette principale par le paiement de la caution donne ainsi naissance à une autre dette immédiatement exigible d'un même montant : celle de la caution contre le débiteur principal. Ces solutions ne sont pas remises en cause par la loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008. Elles obligent en conséquence à distinguer entre le paiement d'une dette par le débiteur au moyen d'un crédit qui lui a été consenti (inclus dans l'actif disponible) et le paiement d'une dette du débiteur par l'intervention d'un tiers (exclu de l'actif disponible).

## B. La preuve de l'état de cessation des paiements

La preuve de l'état de cessation des paiements de l'entreprise incombe à celui qui demande l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (Com. 27 avr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 154). Cette preuve est libre (C. com., art. R. 631-2 (RJ), R. 640-1 (LJ)). Elle peut donc être rapportée par tous moyens de preuve. Toutefois, le défaut de paiement d'une seule créance ne suffit pas à établir l'existence d'une cessation des paiements. Les créanciers doivent donc recourir à un faisceau d'indices de nature à emporter la conviction des juges.

En cas de doute, le président du tribunal peut toujours ordonner une enquête avant le jugement d'ouverture destinée à collecter « tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise ». En revanche, lorsque l'ouverture est demandée par le débiteur lui-même, la preuve de la cessation des paiements sera plus facile à établir. La déclaration au greffe de l'état de cessation des paiements doit en effet être accompagnée de la production de pièces comptables, et notamment de la situation de trésorerie de l'entreprise datant de moins de trois mois (C. com., art. R. 631-1 (RJ), R. 640-1 (LJ)).

Dans tous les cas, le tribunal saisi d'une demande d'ouverture doit vérifier que le débiteur est effectivement en cessation des paiements, et, motiver sa décision de façon suffisamment précise pour permettre le contrôle de la Cour de cassation.

## C. La date de la cessation des paiements

L'existence de la cessation des paiements est appréciée au jour où le tribunal statue et non au jour où il est saisi de la demande d'ouverture. Ce principe oblige le juge à tenir compte de l'évolution de la situation financière de l'entreprise en cours d'instance. Par conséquent, la régularisation d'un impayé ou l'octroi de facilités de caisse, entre la date où le juge est saisi et la date à laquelle il statue, l'oblige soit à refuser

102 ■

103 ■

■ 104

l'ouverture de la procédure, soit, en cas d'appel, à réformer le jugement d'ouverture (Com. 14 nov. 2000, *Act. proc. coll.* 2001, n° 1).

Le tribunal doit également fixer la date de la cessation des paiements (C. com., art. L. 631-8 (RJ), L. 641-1, IV (LJ)). Cette tâche n'est pas facile et conduit à distinguer, en pratique, entre deux hypothèses :

– *1<sup>re</sup> hypothèse* : le juge est dans l'impossibilité de déterminer avec exactitude la date depuis laquelle l'entreprise est en cessation des paiements. En ce cas, *la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement qui la constate* (C. com., art. L. 631-8, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-1, IV (LJ)). Cependant, le jugement d'ouverture n'étant pas revêtu de l'autorité de chose jugée, le juge a la possibilité de la modifier en cours de procédure (C. com., art. L. 631-8, al. 2 (RJ), L. 641-1, IV (LJ)). Une telle décision n'est pas rare, notamment en cas de cessation des paiements déguisée ;

– *2<sup>de</sup> hypothèse* : le juge peut également décider, au vu des éléments dont il dispose, de fixer la date de la cessation des paiements à une date antérieure à celle du jugement d'ouverture. Cette liberté n'est pas pour autant totale. Elle est enserrée dans des limites légales. *Tout d'abord*, la date choisie ne peut jamais être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 631-8, al. 2 (RJ), L. 641-1, IV (LJ)). *Ensuite*, la date de cessation des paiements ne peut être fixée à une date où le débiteur n'avait pas encore, ou n'avait plus, qualité pour être l'objet d'une procédure collective. Tel sera le cas en raison du décès du débiteur, de sa radiation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, ou bien encore si la société n'est pas encore immatriculée (Com. 1<sup>er</sup> févr. 2000, *JCP E* 2000. 1909, note Besnard-Goudet). *Enfin*, depuis la loi du 26 juillet 2005, lorsque l'entreprise a bénéficié d'une procédure de conciliation avant d'être l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, il est prévu que, *sauf cas de fraude*, la date de cessation des paiements ne peut être reportée à une date antérieure à *la décision définitive ayant homologué l'accord amiable* (C. com., art. L. 631-8, al. 2 *in fine* (RJ), L. 641-1, IV (LJ) v. ss 71). Cette limite est destinée à sécuriser les procédures de conciliation en cas de succès de celles-ci. C'est pourquoi, la Chambre commerciale estime que lorsque la procédure de conciliation n'a abouti à aucun accord ou à la conclusion d'un accord simplement constaté (v. *sur la distinction entre accord constaté et accord homologué* : v. ss 63 s.), rien n'interdit au juge de reporter la date de cessation de paiement au-delà de la décision d'ouverture de la procédure de conciliation au motif que cette décision d'ouverture n'a pas autorité de la chose jugée (Com. 22 mai 2013, *D.* 2013. AJ 1343, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2013. 638, obs. Ph. Roussel Galle)

La décision du juge de reporter la date de cessation des paiements emporte un certain nombre de conséquences. À titre d'exemple, les actes accomplis par le débiteur alors qu'il était déjà en cessation des paiements peuvent être frappés de nullité car ils sont alors réputés avoir été accomplis en « *période suspecte*<sup>Q</sup> » (v. ss chapitre 11).

section **2****Les causes d'extension de la procédure collective**

Une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre une entreprise peut être étendue à d'autres personnes physiques ou personnes morales qui ne sont pas elles-mêmes en difficulté, et notamment en cessation des paiements (Com. 8 oct. 2012, *Rev. sociétés* 2012. 728, obs. Ph. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2013, n° 53, obs. J.-P. Legros). Depuis l'ordonnance du 9 décembre 2010, cette extension de procédure a également vocation à s'appliquer lorsque l'entreprise est exploitée sous le statut juridique de l'EIRL, et ceci dans le but de faire sauter le verrou du « cloisonnement » organisé par le débiteur, personne physique, entre ses différents patrimoines affectés et/ou non affecté (C. com., art. L. 621-2, al. 3v. ss 109).

À la différence de la loi du 25 janvier 1985 qui admettait largement les causes d'*extension de procédure*<sup>o</sup>, la loi du 26 juillet 2005 a cherché à en réduire le nombre. Elle a ainsi supprimé l'extension automatique, et par ricochet, de la procédure ouverte contre une personne morale de droit privé à ses membres, lorsque ceux-ci sont, en vertu de la loi, tenus de répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales à l'égard des tiers (cas des sociétés en nom collectif et des GIE). Elle a également abrogé les dispositions autorisant le juge à prononcer, à titre de sanction, l'ouverture d'une procédure collective contre les dirigeants fautifs.

Au terme de ce toilettage, l'extension d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire n'est aujourd'hui possible que dans deux cas : celle de la *confusion des patrimoines*<sup>o</sup> (§ 1) et celle de la *fictivité de société*<sup>o</sup> (§ 2) (C. com., art. L. 621-2, al. 2 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)). Ces deux causes d'extension de procédure, d'origine prétorienne, ont pour but commun de sanctionner un abus, *soit* de personnalité juridique, *soit* d'affectation patrimoniale (cas de l'EIRL), en écartant le principe d'autonomie patrimoniale. Techniquement, elles aboutissent à soumettre à une procédure unique plusieurs patrimoines qui sont, dans les faits, étroitement imbriqués et unis par une communauté d'intérêts (§ 3).

**§ 1 L'extension de procédure pour cause de confusion des patrimoines**

La possibilité pour le juge d'étendre une procédure collective pour cause de confusion des patrimoines n'est pas réservée aux seules procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire mais a également vocation à jouer lorsque la procédure ouverte contre le débiteur est une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 621-2). La solution peut paraître surprenante eu égard à la finalité préventive de cette procédure.

105 ■

106 ■

## A. La notion de confusion des patrimoines

■ 107

La notion de « *confusion des patrimoines*<sup>o</sup> » n'est pas définie par la loi. Ce silence précautionneux du législateur invite en conséquence à reconduire les solutions retenues hier par la jurisprudence sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985.

Aux termes de cette jurisprudence, la preuve d'une confusion des patrimoines nécessite que soit établie :

– soit l'existence de *flux financiers anormaux* destinés notamment à avantager sans contrepartie un patrimoine au détriment de l'autre (Com. 10 juill. 2012, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 2, p. 27, obs. B. Saintourens ; 4 mars 2014, *Rev. sociétés* 2014. 328, note S. Prévost) ;

– soit une confusion des comptes attestant d'une véritable imbrication des éléments d'actif et de passif composant les patrimoines (Com. 31 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995. 439, note Ph. Pétel).

Quelle que soit l'origine de la confusion des patrimoines (flux financiers anormaux ou imbrication des actifs et des passifs), seuls des faits antérieurs au jugement d'ouverture peuvent justifier l'extension de la procédure à l'encontre d'une autre personne morale ou personne physique (Com. 8 nov. 2000, *D. Affaires* 2001. AJ 309, obs. A. Lienhard). Par ailleurs, la Cour de cassation veille à ce que les critères de la confusion des patrimoines soient dûment constatés par les juges du fond (Com. 16 oct. 2001, *Act. proc. coll.* 2001, n° 256). Une simple communauté d'intérêts, de siège, de direction ou de moyens de gestion ne peut suffire à faire la preuve d'une confusion des patrimoines et par conséquent justifier l'extension de procédure (Com. 15 juin 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 17, p. 446, obs. B. Saintourens).

■ 108

Ces exigences conduisent la jurisprudence à refuser de reconnaître l'existence d'une confusion des patrimoines dans les cas suivants :

– en cas de mise en location-gérance du fonds de commerce d'un associé par la société (Paris, 18 mai 2001, *RJDA* 2002, n° 44) ;

– en cas de constitution d'une société civile immobilière à laquelle une société d'exploitation apporte son actif immobilier ;

– en cas de soutien financier apporté par les associés à leur société (Com. 4 juill. 2000, *D. Affaires* 2000. AJ 375, obs. A. Lienhard) ;

– en cas d'interdépendance économique et financière entre plusieurs personnes morales notamment lorsqu'elles appartiennent à un même groupe et sont soumises à un contrôle d'ensemble de la société mère (Paris, 31 nov. 1989, *Bull. Joly* 1990. 186, note Ph. Pétel). L'appartenance de plusieurs sociétés à un même groupe ne justifie donc pas de plein droit l'extension d'une procédure. Ce serait en effet nier l'autonomie juridique respective des sociétés appartenant à un même groupe. À cet égard, la Chambre commerciale a rappelé, dans l'affaire *Métaleurop*, que « la confusion des patrimoines ne peut être déduite des seules constatations de l'existence d'une créance très importante de la société mère contre sa filiale mise en redressement judiciaire, même si elle s'accompagne d'une convention de trésorerie entre les deux sociétés et d'une mise à disposition de salariés d'une société au profit de l'autre » (Com. 19 avr. 2005, *D.* 2005. AJ 1225, obs. A. Lienhard).

## B. Les solutions applicables à l'EIRL

L'ordonnance du 9 décembre 2010 relative à l'adaptation du droit des entreprises en difficulté à la nouvelle figure que constitue l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) a enrichi l'article L. 621-2 d'une nouvel aliéna qui prévoit qu'« un ou plusieurs patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci ».

À l'image des solutions applicables aux autres débiteurs (v. ss 107), cette extension pour cause de confusion résultera *soit* de l'existence de flux financiers anormaux entre les différents patrimoines de l'entrepreneur à responsabilité limitée, *soit* de relations financières anormales.

Deux autres hypothèses d'extension pour confusion sont en outre prévues.

*Tout d'abord*, l'extension de la procédure ouverte contre l'un des patrimoines affecté aux autres patrimoines dont l'entrepreneur individuel est titulaire peut résulter d'un *manquement grave* de ce dernier soit aux règles gouvernant la composition du patrimoine d'affectation, soit aux obligations de séparation comptable et d'ouverture d'un compte courant propre à l'activité de chacun de ses patrimoines affectés.

Par ailleurs, l'extension de la procédure ouverte contre un patrimoine affecté aux autres peut également résulter d'une fraude commise à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure.

Ces deux hypothèses spécifiques de décloisonnement (ou réunion) des patrimoines affectés ne font que reprendre, au cas particulier du droit des entreprises en difficulté, celles mentionnées par l'article L. 526-12 du Code de commerce, et qui ont pour but de restaurer l'unicité de patrimoine en obligeant l'entrepreneur à responsabilité limitée à répondre des dettes nées de l'activité de son ou ses patrimoines affectés sur la totalité de ses biens et droits.

### § 2 L'extension de procédure pour cause de fictivité

Une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire – *mais également de sauvegarde* – peut également être étendue lorsque la preuve de la fictivité de la personne morale contre laquelle la procédure d'origine a été ouverte est démontrée (C. com., art. L. 621-2, al. 2 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)).

La *fictivité d'une société*<sup>o</sup> (et plus largement d'une personne morale de droit privé) constitue une cause autonome d'extension de procédure, distincte de la confusion des patrimoines. Toutefois, cette autonomie est critiquée en doctrine car, à l'image de la confusion des patrimoines, la preuve du caractère fictif d'une société permet de remettre en cause son autonomie juridique et patrimoniale. Dans les deux cas, il s'agit de sanctionner un abus de personnalité juridique.

En dépit de ces traits communs, la fictivité se distingue de la confusion des patrimoines sur deux points.

*D'une part*, la déclaration de fictivité ne peut concerner que des personnes morales; *d'autre part*, elle vise à sanctionner un vice de constitution alors que la confusion des patrimoines sanctionne l'anormalité d'un comportement. De manière plus précise, la société fictive n'est qu'une façade en l'absence d'un réel *affectio*

109 ■

110 ■

111 ■



*societatis* unissant les associés (Com. 3 févr. 1998, *JCP E* 1998. 652, obs. Ph. Pétel). Le plus souvent, la création d'une société de ce type poursuit un but frauduleux : le maître de l'affaire use du masque de la personnalité juridique de la société pour exercer une activité qui lui est interdite ou pour porter atteinte aux droits de ses créanciers (Com. 8 déc. 1998, *RTD com.* 1999. 189, obs. A. Laude). La société fictive n'a donc pas d'existence propre : elle est au service d'une autre personne. La preuve de la fictivité résultera le plus souvent d'un faisceau d'indices tel que, par exemple, l'absence d'activité sociale réelle ou d'autonomie patrimoniale. La Cour de cassation a ainsi admis la fictivité d'une SNC, et l'extension à son encontre de la procédure de redressement judiciaire ouverte contre une SARL, au motif que « cette société était en état de dépendance financière et n'avait pas d'activité économique réelle, l'acquisition par elle d'un patrimoine immobilier n'étant pas de nature à établir l'existence d'une activité autonome et aucune exploitation effective de ses biens n'étant pas démontrée » (Com. 31 nov. 1995, *RJDA* 1996, n° 118).

### § 3 Le régime de l'action en extension de procédure

- 112 Au fil de la jurisprudence mais également des réformes successives, les conditions (A) et les effets (B) de l'action en extension de procédure ont été progressivement définis.

#### A. L'action en extension de procédure

- 113 L'exercice d'une action en extension de procédure est entendu strictement. Toute personne n'a pas qualité pour agir (1). En outre la jurisprudence a établi un certain nombre de limites à son exercice (2).

##### 1. Qualité pour agir en extension de procédure

- 114 *Toute personne n'a pas qualité pour agir en extension de procédure* (C. com., art. L. 621-2 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)). L'action en extension de procédure est une action attitrée qui est expressément réservée au ministère public ainsi qu'aux organes de la procédure collective – *administrateur*<sup>o</sup>, *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> et *contrôleur*<sup>o</sup> en cas de carence du mandataire judiciaire (Cass., avis, 3 juin 2013, *Rev. sociétés* 2013. 250, note L-C. Henry). Les créanciers du débiteur ne peuvent en revanche solliciter individuellement une mesure d'extension (Com. 15 mai 2001, *D.* 2001. AJ 1949, obs. A. Lienhard) mais elle leur reconnaît en revanche la possibilité de contester la décision judiciaire d'extension (Com. 4 juill. 2000, *JCP E* 2001. 173, obs. Ph. Pétel ; *D.* 2000. AJ 375, obs. Lienhard ; *Dr. et patr.* janv. 2001. 98, obs. Montsérié-Bon).

À la différence des solutions jusqu'alors applicable, l'ordonnance du 12 mars 2014 a fait le choix de reconnaître au débiteur qualité pour agir en extension de procédure, tout en condamnant dans le même temps la possibilité pour le juge de la prononcer d'office (C. com., nouv. art. L. 621-2, al. 2). Cette interdiction nouvelle tient compte de l'inconstitutionnalité de la saisine d'office qui a été affirmée par le Conseil constitutionnel (v. ss 132 s.).

##### 2. Les obstacles à l'extension de procédure

- 115 L'extension de procédure est enserrée dans deux séries de limites.

*La première limite est relative à la procédure collective dont l'extension est demandée.* La Cour de cassation a en effet jugé qu'une procédure de redressement judiciaire ne pouvait plus être étendue lorsqu'un plan de redressement a été arrêté par le juge (Com. 12 nov. 1991, *Rev. proc. coll.* 1992. 299, obs. J.-M. Calendini). De même, il a été jugé, s'agissant de l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire, que celle-ci devenait impossible dès l'instant où la procédure était close pour insuffisance d'actif (Com. 11 juill. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996. 48, n° 7, obs. J.-M. Calendini ; *D.* 1996. Somm. 85, obs. A. Honorat).

*La seconde limite concerne la situation de la personne physique ou morale à laquelle la procédure doit être étendue.* Sur ce point, la Cour de cassation a toujours admis qu'une procédure collective pouvait être étendue, sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité de la personne morale, à une autre personne contre laquelle une procédure collective serait déjà ouverte (Com. 22 oct. 1996, *Bull. Joly* 1997. 166, note P. Le Cannu). La portée de ce principe a été précisée dans un arrêt du 4 janvier 2000 (Com. 4 janv. 2000, *D.* 2000. AJ 72, obs. A. Lienhard). Selon la Chambre commerciale, une procédure de redressement judiciaire peut être étendue, sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité de la personne morale, à une autre personne elle-même en redressement judiciaire mais à la condition qu'aucun plan de redressement n'ait déjà été arrêté en sa faveur au jour de la demande d'extension. De même, rien n'interdit l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire à une personne déjà en liquidation judiciaire ou qui est simplement l'objet d'une procédure de redressement dès lors qu'aucun plan n'a été arrêté au jour de la demande d'extension (Com. 4 janv. 2000, préc.). En définitive, l'extension d'une procédure de redressement judiciaire s'avère impossible lorsque la personne à laquelle il est souhaité étendre la procédure est déjà l'objet d'une liquidation judiciaire. *Ces solutions jurisprudentielles ont vocation à s'appliquer par identité de motifs en cas de réunion par confusion de plusieurs patrimoines affectés.*

## B. Les effets de l'extension de procédure

Les effets de l'extension de procédure sont régis par le principe d'unicité de la procédure (1) et celui d'unité des solutions (2).

116 ■

### 1. Unicité de la procédure

*L'extension de procédure emporte extension de compétence du tribunal initialement saisi.* Ce principe est expressément posé par l'article L. 621-2 du Code de commerce en cas de procédure de sauvegarde, s'applique par renvoi aux procédures de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-7) et de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-1-IV).

117 ■

L'extension de compétence par extension de procédure déroge tant aux règles de compétence matérielle qu'aux règles de compétence territoriale (Com. 4 janv. 2000, *JCP E* 2000. 698, n° 1, obs. Ph. Pétel ; *RTD com.* 2000. 464, obs. J.-L. Vallens ; sur les règles de compétences matérielle et territoriale : v. ss chapitre 5).

### 2. Unité ou pluralité de solutions ?

L'extension de procédure a pour conséquence de soumettre à *une solution unique* de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire l'ensemble des biens composant le patrimoine des personnes auxquelles la procédure a été étendue. Les biens sont désormais regroupés en une masse unique dont l'actif répond du passif

118 ■

commun. L'existence de ce patrimoine commun justifie dès lors que la *déclaration des créances*<sup>o</sup> faite entre les mains du *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> vaut pour n'importe laquelle des personnes physiques ou personnes morales dont les passifs ont été confondus (Com. 1<sup>er</sup> oct. 1997, *Bull. Joly* 1997. 1087, note J.-J. Daigre ; 19 févr. 2002, *D.* 2002. AJ 956, obs. A. Lienhard). Elle permet également l'extinction par voie de confusion (Com. 17 févr. 2009, *JCP E* 2009. 1644, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque) ou compensation (Com. 9 mai 1995, *JCP* 1995. II. 702, rapp. J.-P. Rémy). En revanche, l'extension de procédure ne remet pas en cause l'étendue de l'engagement des cautions. Le cautionnement doit en effet être exprès (C. civ., art. 2292). Ce principe interdit, notamment, que l'obligation de garantie de la caution, souscrite en faveur d'un débiteur déterminé, soit étendue, sans *son accord*, à l'ensemble des entreprises faisant l'objet d'une procédure collective commune. En vertu de ce principe, la Cour de cassation a jugé que le cautionnement donné en garantie de l'exécution des engagements d'une société mère ne peut être étendue de plein droit à ses filiales (Com. 25 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998. 109, note J.-F. Barbiéri).

■ 119

Ce principe d'unité de solution est critiqué. S'il se justifie en cas de fictivité des sociétés, il apparaît économiquement contestable en cas de confusion des patrimoines de deux ou plusieurs personnes juridiques distinctes. Notamment, la personnalité morale des sociétés, dont les patrimoines ont été confondus, devrait être maintenue en vue de permettre un traitement juridique différencié. Cette différence de traitement permettrait d'éviter que ne disparaissent des sociétés économiquement saines lorsque le choix d'une liquidation judiciaire est fait. En dépit de la pertinence de la critique, la Cour de cassation estime néanmoins que l'unicité de la procédure collective impose, par principe, un traitement juridique identique des personnes soumises à la procédure étendue (En ce sens : Com. 22 oct. 1996, *Bull. Joly* 1997. 164, note Ph. Pétel ; 17 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998. 658, note Ph. Pétel ; *LPA* 12 juin 1998. 22, note B. Soinne).

Néanmoins, la jurisprudence reconnaît dans le même temps que le principe d'unicité de solution n'interdit pas au tribunal d'adopter des solutions nuancées (et donc différenciées) en fonction de la situation des entreprises dont les patrimoines ont été confondus. Ainsi, pour reprendre l'expression éclairante d'un auteur : « confusion n'est pas fusion » (A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., *Litec*, 2015, n<sup>o</sup> 199). Il s'ensuit, à titre d'exemple, que la confusion des patrimoines n'est pas systématiquement incompatible avec le maintien de la personnalité de celui ou de celle (s'agissant des personnes morales de droit privé) auquel la procédure est étendue. En vertu de cette nuance, il a été notamment jugé que les biens appartenant à la société ayant fait l'objet d'une extension de procédure par voie de confusion des patrimoines, et qui subsistent à la clôture de la procédure collective après l'exécution d'un plan de redressement, restent sa propriété et ne tombent donc pas dans l'indivision avec la société initialement mise en redressement judiciaire (Com. 30 juin 2009, *BRDA* 17/2009. 8).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

La situation financière de l'entreprise conditionne directement le choix de la procédure collective applicable.

Les *procédures de redressement et de liquidation judiciaires* sont réservées aux entreprises *en cessation des paiements*, c'est-à-dire dans *l'impossibilité de faire face à leur passif exigible au moyen de leur actif disponible*.

*L'existence d'une cessation des paiements exclut* l'ouverture d'*une procédure de sauvegarde*, sauf s'il s'agit d'une procédure de sauvegarde accélérée.

La procédure de sauvegarde est *une procédure volontaire*.

Une procédure de sauvegarde peut être demandée par les entreprises qui, *sans être en cessation des paiements au jour de la demande d'ouverture de la procédure*, justifient de difficultés qu'elles ne peuvent surmonter seules.

La notion de « passif exigible » recouvre tout passif échü, *sauf si le débiteur établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible*.

La *date de la cessation des paiements* est fixée par le tribunal.

La date de cessation des paiements correspond *au jour du jugement d'ouverture*.

La date de la cessation des paiements peut être reportée par le tribunal *à une date antérieure qui ne peut être supérieure à plus de dix-huit mois*.

La période comprise entre la date de la cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est appelée *période suspecte*.

En cas de *confusion des patrimoines* ou d'une *fictivité*, la *procédure* de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être étendue à une personne physique ou morale, *qui n'est pas en difficulté ou en état de cessation des paiements*.

*Lorsque le débiteur est un EIRL*, la procédure sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre l'un de ses patrimoines affectés peut être étendue à l'un ou plusieurs de ses autres patrimoines dans trois cas (confusion des patrimoines, fraude au droit de gage d'un créancier, manquement grave aux règles d'affectation et de séparation comptable).

L'extension de procédure pour cause de confusion des patrimoines ou de fictivité ne peut être demandée que par *les personnes énumérées limitativement par la loi* (administrateur, mandataire judiciaire, ministère public). Elle peut aussi être étendue *d'office* par le tribunal.

L'extension de procédure permet de soumettre à une procédure collective unique l'ensemble des biens composant le patrimoine des personnes auxquelles la procédure a été étendue. C'est le *principe d'unité de solution*.

## Quid

### ■ Actif disponible n° 100

Actif immédiatement réalisable par l'entreprise.

### ■ Administrateur judiciaire n° 114

Mandataire de justice nommé par le tribunal lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Il est chargé d'assister le débiteur dans la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation et de préparer un plan de sauvegarde ou de redressement après avoir dressé un bilan économique et social.

### ■ Confusion des patrimoines n°s 105, 107

Cause d'extension d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre une personne physique ou morale à une autre personne physique ou morale lorsqu'il existe des flux financiers anormaux ou une imbrication des éléments d'actif et de passif entre les patrimoines de ces personnes.

### ■ Contrôleur n° 114

Créancier du débiteur désigné par le juge-commissaire et chargé d'assister le mandataire judiciaire ainsi que le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

### ■ Déclaration de créance n° 118

Acte par lequel le créancier antérieur ou postérieur non privilégié manifeste sa volonté d'obtenir paiement de sa créance dans le cadre de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre son débiteur.

### ■ Extension de procédure n° 105

Cause spécifique d'ouverture d'une procédure collective destinée à étendre la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, déjà ouverte, contre une entreprise à une personne physique ou une personne morale qui n'est pas elle-même en difficulté ou en cessation des paiements.

### ■ Fictivité de société n°s 105, 110

Cause d'extension de procédure lorsqu'une société est dépourvue de toute autonomie juridique et patrimoniale.

### ■ Mandataire judiciaire n°s 114, 118

Mandataire de justice, désigné avant la loi du 26 juillet 2005 sous le nom de « représentant des créanciers ». Il a pour mission de vérifier les créances mais aussi de représenter les créanciers et de défendre leurs intérêts. Il assume les fonctions de liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

■ **Passif exigible n° 98**

Ensemble des dettes certaines, liquides et exigibles d'une entreprise.

■ **Période suspecte n° 104**

Période comprise entre la date du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et la date de la cessation des paiements fixée par le tribunal.

■ **Réserve de crédit n° 101**

Élément de l'actif disponible d'une entreprise constitué par des facilités de caisses, des ouvertures de crédit ou des prêts consentis par un ou plusieurs de ses créanciers.

■ **Sauvegarde accélérée n° 95**

Procédure spécifique de sauvegarde ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de ses créanciers pour en rendre vraisemblable son adoption une fois la procédure de sauvegarde accélérée ouverte.

■ **Sauvegarde financière accélérée n° 95**

Procédure spécifique de sauvegarde accélérée, appelée le plus souvent SFA, destinée à permettre l'adoption d'un plan de sauvegarde visant à restructurer l'endettement bancaire et financier du débiteur à partir d'un projet négocié dans le cadre d'une procédure de conciliation.

## Documents

### 1) Conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde

**Com. 8 mars 2011, n<sup>os</sup> 10-13.988, 10-13.989, 10-13.990 (P+B+R +I), affaire « Cœur Défense » (extraits)**  
**(D. 2011. 919, note P.-M. Le Corre)**

« Sur le deuxième moyen du même pourvoi, pris en sa huitième branche et sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche, réunis :

Vu l'article L. 620-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 ;

Attendu que, hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements ;

Attendu que, pour rétracter les jugements ayant ouvert les procédures de sauvegarde des sociétés HOLD et Dame Luxembourg, l'arrêt retient encore que la première a cherché à porter atteinte à la force obligatoire de la clause des contrats de prêt lui imposant une obligation de couverture répondant à certains critères de notation et la seconde à échapper à l'exécution du pacte commissaire ;

« Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé »

**Com. 26 juin 2007, n° 06-20.820 (extraits)**  
(D. 2007. AJ 1864, obs. A. Lienhard; JCP E 2007. 2120, note J. Vallansan)

« Attendu que la société Euler Hermes fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté la tierce opposition, alors, selon le moyen, que le débiteur sollicitant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde doit justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à la conduire à la cessation des paiements; qu'en considérant que la situation devait s'apprécier au regard des seules ressources propres de la société N. Schlumberger SAS, excluant le soutien que le groupe était prêt à apporter à la société, pourtant de nature à rendre les difficultés surmontables, la cour d'appel, ajoutant une condition au texte, a violé l'article L. 620-1 du code de commerce; Mais attendu qu'ayant retenu que, pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde d'une filiale, il est indifférent de savoir quelle sera la position que prendra la société mère dans le cadre de la période d'observation et l'éventuelle élaboration d'un plan de sauvegarde et que la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient, la cour d'appel, qui n'a pas relevé l'existence d'un engagement de la société mère en faveur de sa filiale, a légalement justifié sa décision; que le moyen n'est pas fondé; »

## 2) La cessation des paiements

**Com. 22 juin 1993 (extraits)**  
(D. 1993. Somm. 187, obs. A. Honorat)

« Mais attendu, d'une part, que c'est à bon droit qu'en application du principe de l'unité du patrimoine, l'arrêt a retenu que la dette, de nature civile, contractée par M. Sénéchal antérieurement à l'exercice de son activité commerciale, avait continué à grever son patrimoine lorsqu'il était devenu commerçant et que la nature de cette dette importait peu dès lors qu'à la date de l'ouverture de la procédure collective le débiteur avait effectivement la qualité de commerçant; Attendu, d'autre part, que la cour d'appel, par motifs adoptés des premiers juges, a relevé que toutes les tentatives d'exécution effectuées pour obtenir paiement de la somme due au créancier poursuivant étaient demeurées sans effet et a déduit de cette circonstance ainsi que du rapport du juge commis en vertu de l'article 13 du décret du 27 décembre 1985 et des informations recueillies par le Tribunal que M. Sénéchal se trouvait dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible; que par ces seuls motifs elle a justifié légalement sa décision ».

**Com. 25 févr. 1997**  
(LPA 11 mai 1998. 11, note D. Gibirila)

« Attendu que la cessation des paiements est distincte du refus de paiement et doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture du redressement judiciaire; Attendu que pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard de M. Rigaud sur assignation de la caisse Organic des Pyrénées, Roussillon et de l'Aude, l'arrêt déféré retient que la créance de cette dernière résulte d'une contrainte du 9 novembre 1990 et que le défaut de règlement d'une telle créance, certaine, liquide et exigible suffit à caractériser l'état de cessation des paiements;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir que M. Rigaud se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

**Com. 16 nov. 2010, n° 09-71.278 (extraits)**  
(D. 2010. 2830, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly 2011. 207, § 112, note E. Maria-Bassilana)

« Vu l'article L. 631-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par jugement du 20 février 2009, le tribunal a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Diamecans, nommé M. X... mandataire judiciaire et fixé provisoirement la date de cessation des paiements au 31 décembre 2008 ;

Attendu que pour confirmer le jugement, l'arrêt retient que les avances de trésorerie faites par des sociétés d'un groupe de sociétés sont exigibles et ne peuvent être considérées comme un prêt à moyen terme ni comme des fonds propres, que, les apports en trésorerie effectués par la société Kissling, société du groupe auquel appartient la société Diamecans, le 8 décembre 2008 d'un montant de 100 000 euros et de 259 999 euros le 15 décembre 2008 étant exigibles, la société Diamecans était en état de cessation des paiements dès avant le 31 décembre 2008 et que c'est au minimum à cette date que peut être fixée provisoirement la date de cessation des paiements ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'une avance de trésorerie qui n'est pas bloquée ou dont le remboursement n'a pas été demandé, constitue un actif disponible, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE »

### 3) Extension de procédure pour cause de confusion des patrimoines et fictivité

**Com. 7 janv. 2003 (extraits)**  
(D. 2003. AJ 347, obs. A. Lienhard)

« L'unité de la procédure collective des sociétés dont la confusion des patrimoines est constatée implique pour le juge, qui statue sur une demande de report de la date de cessation des paiements des sociétés concernées, de déterminer cette date à partir de la comparaison entre le passif exigible et l'actif disponible de ces sociétés, lesquelles constituent une même entreprise. »

## Biblio

### 1) Sur les conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde

- Ph. Roussel Galle, « L'ouverture des procédures », in « Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté », D. 2009. 644 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », Rev. proc. coll. 2008. 85 s., n° 2.



## 2) Sur la cessation des paiements

- G. Berthelot « La cessation des paiements, une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008. 2232.
- J. Besse, « Réflexions critiques sur la formule passif exigible-passif exigé », *Rev. proc. coll.* 2000. 39 s.
- J.-L. Courtier, « La notion de cessation des paiements : passif exigible ou exigé », *RJ com.* 2001. 212 s.
- F. Derrida, « Sur la notion de cessation des paiements », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruylant, 2002. 73 s.
- B. Grelon, « Prévention et cessation des paiements », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, 2011, p. 423 s.
- P.-M. Le Corre, « Le passif de l'EIRL », *BJE* 2011. 70 s.
- V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002. 245 s.

## 3) Sur la confusion des patrimoines : les principes généraux

- J.-F. Barbiéri, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », in *Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise*, Montchrestien, 1997, p. 45 s.
- J.-M. Deleneuve, « Critères de la confusion de patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques ou, le fabuleux destin de l'article L. 621-5 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2002. 157 s.
- F. Derrida, « À propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 687 s.
- P.-M. Le Corre, « Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective », *D. Affaires* 2002. Chron. 1122 s.
- F. Reille, « La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives », Litec, 2007.
- D. Robine, « L'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire », in *Mélanges AEBDF, IV*, Banque éditeur, 2004, p. 325 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire: Unité ou dualisme ? », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 453 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, Une action à parfaire ! » in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 637 s.
- B. Soinne, « Identité ou diversité des notions de fictivité ou de confusion des patrimoines ? », *LPA* 6 déc. 1995. 12 s.
- D. Tricot, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », *Rapp. C. cass.* 1998, p. 165 s.

## 4) Sur la confusion des patrimoines : le cas particulier de l'EIRL

- P.-M. Le Corre, « Le passif de l'EIRL », *BJE* 2011. 70 s.
  - B. Saintourens, « EIRL : le risque de réunion des patrimoines », *Rev. proc. coll.* 2011, Dossier 30.
  - G. Wicker et L. Sautonie-Laguionie, « La fraude de l'EIRL », *BJE* 2011. 224.
- 5) Sur la confusion des patrimoines : le cas particulier du règlement européen n° 1346/2000

- M. Menjucq, « L'arrêt Rasytelli de la CJUE : un arrêt en trompe l'œil sur l'extension de procédure », *Rev. Proc. coll.*, 2012. Études° 2
- D. Robine, « L'appréhension de la situation de confusion des patrimoines dans le cadre du Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 », in *Mélanges P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 501 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Tests de compréhension

##### Énoncé

Vrai ou faux ?

1. Le juge peut reporter la date de cessation des paiements du débiteur à une date antérieure à la décision d'ouverture de la procédure de conciliation.
2. Le juge peut reporter la date de cessation des paiements du débiteur à une date antérieure à l'homologation de l'accord de conciliation
3. Une procédure de sauvegarde ne peut être ouverte qu'en cas de difficultés insurmontables liées à l'exploitation de l'activité.
4. Toute personne, notamment un créancier, peut agir en extension de procédure.
5. Lorsque le débiteur est un entrepreneur à responsabilité limitée (EURL), la procédure collective ouverte contre l'un de ses patrimoines est automatiquement étendue aux autres patrimoines dont il est titulaire.
6. Il ne peut y avoir de sauvegarde accélérée sans conciliation préalable.
7. Toute entreprise peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée

Voir le corrigé en fin de rubrique.

#### B) Cas pratiques

##### Énoncé n° 1

M. Labiche exploite un fonds de commerce d'épicerie dans des locaux dont il est propriétaire. Il a récemment refusé à l'un de ses fournisseurs le règlement d'une créance arguant de la mauvaise qualité du produit livré. Le fournisseur l'a immédiatement menacé de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, s'il ne le payait pas dans les huit jours. *Cette menace est-elle justifiée ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

##### Énoncé n° 2

La SARL Prover, qui est une société de travaux publics, vient de perdre un important marché en Chine. De surcroît, la plupart des chantiers en cours de réalisation prendront fin d'ici trois mois. Pour l'heure, la société peut faire face à l'ensemble de ses échéances, notamment s'agissant du paiement des salaires de ses employés et des

factures de ses fournisseurs et sous-traitants. Des difficultés de trésorerie sont cependant à craindre dans six mois. Son dirigeant vous consulte pour connaître les moyens adaptés pour prévenir ces difficultés futures.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## 2) Corrigés

### Tests de compréhension

**1. Vrai.** La décision d'ouverture d'une procédure de conciliation n'a pas autorité de la chose jugée. Elle n'est donc pas opposable au juge qui peut ainsi fixer la date de la cessation des paiements du débiteur à une date antérieure au jour de l'ouverture de la conciliation dès lors que le report ne conduit pas à un report de plus de dix-huit mois (v. ss 104).

**2. Faux.** À la différence du constat, l'homologation de l'accord amiable a autorité de la chose jugée. Le juge ne peut donc reporter la date de cessation des paiements à une date antérieure à la décision d'homologation (v. ss 104).

**3. Faux.** Toute difficulté, quelles qu'en soient la nature et l'incidence réelle sur la poursuite de l'activité l'entreprise, peut justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dès lors qu'elle est insurmontable pour le débiteur (v. ss 93).

**4. Faux.** L'action en extension de procédure, quelle qu'en soit la cause (confusion des patrimoines, fictivité), est une action attitrée qui est réservée, notamment à l'administrateur et au mandataire judiciaire. (v. ss 114).

**5. Faux.** La procédure collective ouverte contre l'un des patrimoines d'un EIRL ne peut être étendue aux autres patrimoines de ce denier que dans trois cas limitativement énumérés : la confusion des patrimoines, en cas de manquement grave aux règles d'affectation et de séparation comptable ou en cas de fraude commise à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure (C. com., art. L. 622-1, al. 3 v. ss 109).

**6. Vrai.**

**7. Faux.** L'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ne peut être ouverte qu'en faveur d'une entreprise employant plus de 20 salariés et réalisant soit un chiffre d'affaires hors-taxe de 3 000 000 €, soit un total de bilan de 1 500 000 € (C. com., nouv. art. D. 628-3).

### Cas pratique n° 1

À la différence de la procédure de sauvegarde dont l'ouverture ne peut être demandée que par le débiteur lui-même (C. com., art. L. 620-1), une procédure de redressement judiciaire peut être ouverte sur assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance (C. com., art. L. 631-5, al. 2). Toutefois, la recevabilité de cette demande est nécessairement subordonnée à la preuve d'un état de cessation des paiements. Le créancier doit donc prouver que le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible (C. com., art. L. 631-1). Cette preuve peut être rapportée par tous moyens.

En l'espèce, la question est donc de savoir si le refus de paiement opposé par M. Labiche est susceptible d'attester l'existence d'un état de cessation des paiements. La réponse est ici négative. En premier lieu, la Cour de cassation estime en effet que la

cessation des paiements ne peut être induite de la seule preuve d'un refus de paiement, même si la créance impayée est une créance certaine, liquide et exigible (Com. 25 févr. 1997 ; v. Documents). Cette jurisprudence rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 demeure applicable. En second lieu, la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire apparaît, en l'occurrence, d'autant plus irrecevable que le refus de paiement est justifié par le défaut des marchandises livrées. Le litige opposant M. Labiche à son fournisseur prend donc sa source dans l'inexécution par le créancier de ses obligations, à savoir l'obligation pour le vendeur de livrer une chose conforme. La dette dont le paiement est ici demandé constitue donc une dette litigieuse en raison de la contestation portant sur son principe (v. ss 98)

### Cas pratique n° 2

Depuis la loi du 26 juillet 2005, les entreprises peuvent solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dès lors qu'elles ne sont pas en cessation des paiements. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a en outre assoupli les conditions d'ouverture de cette procédure. Désormais, il suffit au débiteur de justifier « de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter » (C. com., art. L. 620-1). Auparavant, il lui incombait aussi de prouver que ces difficultés étaient de nature à conduire l'entreprise à une cessation des paiements prochaine.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde permet ainsi un règlement judiciaire, et surtout anticipé, des difficultés de l'entreprise par l'adoption d'un plan, appelé « plan de sauvegarde » dans le but d'éviter la survenance d'une cessation des paiements. Il s'agit là d'une différence essentielle avec les procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires. Comme par le passé, ces deux procédures s'adressent aux seules entreprises déjà en cessation des paiements et ont en conséquence une finalité curative des difficultés de l'entreprise.

En l'espèce, une demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde apparaît très prématurée. Les difficultés sont encore simplement éventuelles et rien ne permet d'établir que la société ne peut pas les surmonter seule.

Toutefois pour apaiser les craintes du dirigeant de la société, il peut lui être proposé de recourir à une procédure de conciliation qui est une procédure amiable des difficultés (v. ss chapitre 2). Cette procédure, introduite par la loi du 26 juillet 2005, est en effet ouverte à toutes les personnes exerçant une activité commerciale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou simplement prévisible (C. com., art. L. 611-4). Rappelons en outre qu'elle peut même être demandée par une entreprise qui est déjà en cessation des paiements mais depuis moins de quarante-cinq jours. Il s'agit là d'une différence importante avec la procédure de sauvegarde.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866152:196.200.176.177:1580752076

chapitre



# La procédure d'ouverture

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866152:196.200.176.177:180752076

## Plan analytique

### section 1

#### La saisine du tribunal

- § 1 La procédure de sauvegarde
- § 2 Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires
  - A. Ouverture à l'initiative du débiteur
  - B. Autres cas de saisine

### section 2

#### Le tribunal compétent

- § 1 Compétence d'attribution
  - A. Principes
  - B. Tribunaux de commerce spécialisés
- § 2 Compétence territoriale
  - A. Ouverture d'une procédure contre un débiteur ayant son siège en France
  - B. Ouverture d'une procédure contre un débiteur ayant son siège à l'étranger

### section 3

#### Le jugement d'ouverture

- § 1 Adoption du jugement d'ouverture
  - A. Information préalable du tribunal
  - B. Date d'effet et publicité
- § 2 Contenu du jugement d'ouverture
  - A. Choix de la procédure à ouvrir
  - B. Fixation de la date de cessation des paiements
  - C. Désignation des organes de la procédure
- § 3 Voies de recours

#### Compléments pédagogiques

## La procédure d'ouverture

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est subordonnée à une décision du juge. L'exigence d'un jugement d'ouverture soulève trois séries de questions relatives aux personnes autorisées à solliciter l'ouverture d'une procédure (section 1), au tribunal compétent pour l'ouvrir (section 2), et enfin au jugement d'ouverture lui-même (section 3).

120 ■

### section 1

## La saisine du tribunal

Les conditions de saisine du tribunal dépendent de la nature de la procédure collective demandée. Une distinction doit ainsi être faite selon que la procédure est une procédure de sauvegarde (§ 1) ou une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (§ 2).

121 ■

### § 1 La procédure de sauvegarde

Aux termes de l'article L. 620-1 du Code de commerce, *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde a un caractère nécessairement volontaire* : elle ne peut en effet être demandée que par le débiteur lui-même. La solution se justifie par la finalité même de la procédure de sauvegarde qui est de permettre à une entreprise qui éprouve des difficultés, en l'absence de toute cessation des paiements, de se placer sous la protection du juge pour les résoudre.

122 ■

Le recours à la procédure de sauvegarde est ainsi conçu de manière facultative. La loi n'impose en ce domaine aucune obligation. C'est donc au débiteur, et à lui seul, qu'incombe le choix de faire appel au juge pour trouver une solution à ses difficultés. *Le tribunal ne peut donc jamais ouvrir une procédure de sauvegarde à la demande d'un créancier, voire du ministère public.*

À l'image de la procédure de conciliation, la décision de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde constitue un acte de gestion, laissé à l'appréciation du chef d'entreprise ou des dirigeants, lorsque l'entreprise est une société ou une personne morale de droit privé (v. ss 53).

La saisine du tribunal par le débiteur doit se faire par une demande écrite déposée au greffe du tribunal compétent. Cette demande doit exposer, de manière générale, la nature des difficultés de l'entreprise et les raisons pour lesquelles elle n'est pas en mesure de les surmonter. Elle doit en outre être accompagnée d'un certain nombre

123 ■



de documents limitativement énumérés, tels que notamment une situation de trésorerie datant de moins de huit jours (C. com., art. R. 621-1).

## § 2 Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires

- 124 Si l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire doit normalement être demandée par le débiteur (A), d'autres cas de saisine sont prévus par la loi (B).

### A. Ouverture à l'initiative du débiteur

- 125 Tout débiteur en cessation des paiements a l'obligation de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-4, al. 1<sup>er</sup>) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640-4, al. 1<sup>er</sup>).

La déclaration de cessation des paiements à l'initiative du débiteur – appelée traditionnellement « *dépôt de bilan* » – est le mode normal de saisine du tribunal. Le débiteur n'en est donc pas dispensé lorsqu'il est assigné en redressement judiciaire (ou en liquidation judiciaire) par l'un de ses créanciers (Com. 19 janv. 1999, *D.* 2002. 203, obs. J.-P. Sortais ; 14 janv. 2014, *Rev. sociétés* 2014. 197, note Ph. Roussel Galle).

- 126 Les conditions de la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire sont identiques. Dans les deux cas, elle doit être faite *au plus tard dans les quarante-cinq jours* qui suivent la cessation des paiements, *à moins qu'une procédure de conciliation ait été demandée* (C. com., art. L. 631-4 (RJ), L. 640-4 (LJ)).

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, le délai laissé au débiteur était seulement de quinze jours. En outre, en cas d'omission de déclaration, le débiteur s'exposait à la sanction pénale de la *faillite personnelle*. Aujourd'hui, le délai laissé au débiteur est substantiellement rallongé. De même, l'omission de toute déclaration n'est plus sanctionnée que par une *interdiction de gérer* laissée à l'appréciation du juge (C. com., art. L. 653-8, al. 3).

Par ailleurs, depuis la loi du 26 juillet 2005, le débiteur en cessation des paiements dispose d'une option. Il peut : *soit* déposer son bilan en vue d'obtenir immédiatement une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ; *soit* saisir le juge pour que celui-ci nomme un conciliateur dans le cadre d'une procédure de conciliation (v. ss chapitre 2). Cette dernière branche de l'option est cependant limitée dans le temps. Elle ne peut jouer qu'à la condition que le débiteur soit en cessation des paiements *depuis moins de quarante-cinq jours*. Au-delà de ce délai, toute alternative disparaît et une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire doit obligatoirement être ouverte.

- 127 La déclaration de cessation des paiements doit être faite au greffe du tribunal du siège de l'entreprise par son représentant légal. Elle est accompagnée d'un certain nombre de documents comptables destinés à informer et éclairer le tribunal sur la situation juridique, financière et sociale de l'entreprise (C. com., art. R. 631-1 (RJ), R. 641-1 (LJ)).

## B. Autres cas de saisine

À la différence de la procédure de sauvegarde (v. ss 122), l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être demandée par un créancier (1) ou le ministère public (2). En revanche, elle ne peut être décidée d'office par le juge, en raison de l'inconstitutionnalité de ce mode de saisine (3).

128 ■

### 1. Procédure ouverte à la demande d'un créancier

Une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être ouverte sur l'assignation d'un créancier de l'entreprise, titulaire d'une créance civile ou commerciale, certaine, liquide et exigible (C. com., art. L. 631-5, al. 2, (RJ), L. 640-5, al. 2 (LJ)).

129 ■

Cette possibilité comporte cependant une limite depuis la loi du 26 juillet 2005. Elle n'est en effet possible qu'à la condition qu'aucune procédure de conciliation ne soit en cours au jour de la demande d'ouverture de la procédure et ce, même si la preuve d'un état de cessation des paiements est rapportée (C. com., art. L. 631-5, al. 2 (RJ), L. 640-5, al. 2 (LJ)). Cette exclusion se justifie par le fait que la procédure de conciliation peut être demandée par un débiteur déjà en cessation des paiements, dès lors que celle-ci ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours (v. ss chapitre 2).

L'acte d'assignation doit indiquer la nature et le montant de la créance ainsi que les procédures ou voies d'exécution éventuellement engagées pour son recouvrement mais également contenir tout élément de preuve de nature à caractériser la cessation des paiements du débiteur (C. com., art. R. 631-2 (RJ), R. 640-1 (LJ)). En outre, dans le but d'éviter que ce droit ne devienne un instrument de chantage, la demande d'ouverture doit, à peine d'irrecevabilité, être exclusive de toute autre demande du créancier. À titre d'exemple, il a été jugé qu'est irrecevable l'action en paiement comportant, à titre subsidiaire, une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (Com. 17 févr. 1998, *D. Affaires* 1998. AJ 427, obs. A. Lienhard).

130 ■

Toutefois, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, ce principe n'interdit pas au créancier, qui demande *à titre principal* l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, de solliciter *à titre subsidiaire* l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. R. 631-2, al. 2). Une règle identique est posée lorsque la demande vise à obtenir, à titre principal, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. R. 640-1, al. 2).

### 2. Procédure ouverte à la demande du ministère public

L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut également être ouverte à la requête du ministère public *dès lors qu'aucune procédure de conciliation n'est en cours au jour de cette requête* (C. com., art. L. 631-5, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 640-5, al. 1<sup>er</sup> (LJ)). Le droit pour le ministère public de demander l'ouverture d'une procédure est ainsi enserré dans les mêmes limites que celui des créanciers (v. ss 129).

131 ■

Ce mode de saisine a pour but de suppléer l'inertie du débiteur, voire sa connivence avec certains de ses créanciers pour masquer son état de cessation des paiements. Ce mode de saisine demeure cependant assez rare en pratique, et ceci, en dépit de la possibilité reconnue au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, de communiquer au ministère public tout fait révélant l'existence d'une cessation des paiements du débiteur (C. com., art. L. 631-6 (RJ), L. 640-6 (LJ)).

### 3. Interdiction d'une ouverture d'office par le juge

■ 132

L'ordonnance du 12 mars 2014 a supprimé toute possibilité pour le juge d'*ouvrir* d'office une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Cette interdiction générale s'inscrit dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2012 qui a déclaré inconstitutionnelle l'auto-saisine, prévue par l'article L. 631-3 (RJ) du Code de commerce, au motif qu'elle constituait une atteinte au droit du débiteur à un recours juridictionnel effectif, garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. const. 7 déc. 2012, *JCP E* 2013. 1048, note N. Fricero).

Selon le Conseil constitutionnel, « ni les dispositions de l'article L. 631-3, ni aucune autre disposition ne fixent les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en cas de saisine d'office, le tribunal ne préjuge pas de sa position lorsqu'à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés aux débats par les parties ». Dit autrement, si la saisine d'office est jugée inconstitutionnelle, c'est essentiellement en raison de l'absence de garantie suffisante d'impartialité du juge dans l'exercice de cette prérogative exorbitante du droit commun (A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2013, 8<sup>e</sup> éd., 2013, n° 263).

En revanche, comme par le passé, le tribunal conserve la possibilité de *convertir* d'office, en cours de période d'observation, une procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 622-10, al. 2, L. 621-12). Il peut également d'office convertir une procédure de redressement judiciaire en une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-15, II v. ss 163).

■ 133

Pour pallier la disparition de l'ouverture par auto-saisine, il est désormais prévu que, lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal l'existence d'une cessation des paiements devant donner lieu à l'ouverture soit d'une procédure de redressement judiciaire, soit d'une procédure de liquidation judiciaire, *le président doit alors en informer le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal* (C. com., nouv. art. L. 631-3-1 (RJ), L. 640-3-1 (LJ)).

En outre, dans l'hypothèse où le ministère public déciderait, à la suite de cette information, de demander l'ouverture d'une procédure contre le débiteur, le président du tribunal ne peut alors siéger, *à peine de nullité du jugement*, dans la formation de jugement, ni participer aux délibérés (C. com., nouv. art. L. 631-3-1 (RJ), L. 640-3-1 (LJ)). Le principe d'impartialité est ainsi totalement respecté.

## section 2

### Le tribunal compétent

■ 134

Le Code de commerce déroge, dans une large mesure, aux règles de compétence établies par le Code de procédure civile. Ces dérogations concernent tant les règles de compétence d'attribution (§ 1) que celles relatives à la compétence territoriale (§ 2).

## § 1 Compétence d'attribution

### A. Principes

La compétence d'attribution est directement dépendante de la qualité du débiteur (C. com., art. L. 621-2 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1 (LJ)). Le tribunal compétent sera donc soit *le tribunal de commerce* si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, soit, dans tous les autres cas, *le tribunal de grande instance* (agriculteur, personne morale non commerçante ou professionnel indépendant). Ce principe connaît cependant des tempéraments par le jeu de prorogations de compétence.

135 ■

Une *prorogation de compétence* est tout d'abord prévue en cas d'extension de procédure pour cause de confusion des patrimoines ou fictivité (v. ss 117). Dans ce cas particulier, le tribunal qui a ouvert la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire *reste compétent même si la procédure est étendue à des personnes (voire à des patrimoines en cas d'EIRL) qui ne relèvent pas normalement de sa compétence matérielle ou territoriale* (C. com., art. L. 621-2 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1 (LJ)). À titre d'exemple, le tribunal de commerce ayant ouvert une procédure de redressement judiciaire contre une société commerciale restera compétent même si la procédure est étendue ultérieurement à une société civile. De la même façon, il y aura prorogation de la compétence matérielle du tribunal de commerce lorsque la procédure ouverte contre un patrimoine affecté à une activité artisanale ou commerciale est étendue à un autre patrimoine de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), affecté à une activité civile, voire à son patrimoine non affecté (c'est-à-dire domestique). L'extension fera en effet échec à la compétence matérielle du tribunal de grande instance.

136 ■

De manière plus générale, et en dehors de toute extension de procédure, la jurisprudence décide que le tribunal ayant ouvert la procédure a une compétence exclusive pour connaître de toutes « les contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique » (Com. 8 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 233).

137 ■

Cette compétence exclusive est toutefois mise en échec lorsque la contestation relève *par nature* de la compétence d'un autre tribunal.

En vertu de ce principe, les contestations en matière salariale demeurent de la compétence des juridictions prud'homales (Soc. 2 mai 1990, *Rev. proc. coll.* 1991. 404). Les infractions pénales sont de la compétence du tribunal correctionnel (C. com., art. L. 626-6). De même, le tribunal de grande instance est le seul à pouvoir connaître des litiges relatifs aux baux commerciaux (Versailles, 20 mars 1997, *RJDA* 1997, n° 1258).

Elle est aussi mise en échec lorsque le litige trouve sa cause dans un acte ou un fait antérieur au jugement d'ouverture de la procédure qui est indépendant de celle-ci (Com. 28 avr. 1998, *JCP E* 1998. 1356, obs. Ph. Pétel). Les conditions d'antériorité et d'indépendance sont des conditions cumulatives.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron », a introduit un nouveau cas de prorogation de compétence matérielle et territoriale en faveur du tribunal ayant

138 ■

ouvert une procédure contre une société mère d'un groupe, ou inversement contre une société affiliée à un groupe.

Au terme du nouvel article L. 662-8 du Code de commerce, le tribunal qui a ouvert une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire contre une société mère voit sa compétence prorogée à l'ouverture de toute procédure contre les sociétés filles.

Réciproquement, la compétence du tribunal qui a ouvert une procédure contre une filiale est prorogée à l'ouverture ultérieure de toute procédure contre la société mère.

La solution trouve sa justification dans un souci de bonne administration de la justice lorsque la procédure concerne un groupe de sociétés. L'idée est de permettre l'organisation d'un traitement cohérent, coordonné, voire unitaire, des différentes procédures ouvertes contre des sociétés liées entre elles, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du Code de commerce.

## **B. Tribunaux de commerce spécialisés**

■ 139

La « loi Macron » a institué *18 tribunaux de commerce spécialisés* (v. ci-dessous la rubrique « Documents »), seuls compétents pour connaître des défaillances des entreprises les plus importantes en raison de leur taille.

Au terme du nouvel article L. 721-8 du Code de commerce, les tribunaux de commerce spécialisés ont, tout d'abord, compétence exclusive pour connaître de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre une entreprise exerçant une activité commerciale ou artisanale :

- dont le nombre de salariés est égal ou supérieur à 250 et dont le montant du chiffre d'affaires est d'au moins 20 millions d'euros ;
- ou dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 40 millions d'euros.

Les tribunaux de commerce spécialisés sont également seuls compétents pour connaître des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouvertes contre des sociétés détenant ou contrôlant une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du Code de commerce dès lors que :

- le nombre de salariés de l'ensemble des sociétés concernées est égal ou supérieur à 250 et que le montant du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 20 millions d'euros ;
- ou le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble des sociétés est d'au moins 40 millions d'euros.

■ 140

Cette compétence réservée concerne toutes les procédures susceptibles d'être ouvertes en vertu du Livre VI du Code de commerce.

Sont donc concernées non seulement les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire mais aussi la procédure de conciliation.

Toutefois, s'agissant de la conciliation, la compétence des tribunaux de commerce spécialisés n'est pas de droit. Le tribunal de commerce spécialisé ne peut en effet connaître de la procédure de conciliation que :

- sur saisine directe par le débiteur ;
- à la demande du procureur de la République ;
- ou par décision du président du tribunal de commerce

En d'autres termes, c'est le tribunal de commerce du siège du débiteur qui est par principe compétent.

## § 2 Compétence territoriale

Une distinction doit ici être opérée selon que le débiteur contre lequel la procédure est ouverte a le siège de son entreprise en France (A) ou à l'étranger (B).

141 ■

### A. Ouverture d'une procédure contre un débiteur ayant son siège en France

Lorsque l'entreprise est une entreprise « française », le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise (C. com., art. R. 600-1).

142 ■

*Pour les personnes physiques*, le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité.

*Pour les personnes morales*, le tribunal territorialement compétent est celui du siège social statutaire. Cependant, en cas de fictivité de celui-ci, les tiers ont la possibilité de demander l'ouverture de la procédure au lieu du siège social réel du groupement. De même, il est prévu qu'en cas de changement de siège dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait initialement le siège social demeure seul compétent (C. com., art. R. 600-1, al. 2). Ce délai de six mois court à compter de l'inscription modificative du siège social au registre du commerce et des sociétés (*pour une application de ce principe*: Com. 6 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, 393, note Ph. Pétel).

Au-delà de ces principes généraux, un décret pris en Conseil d'État a fixé une liste des tribunaux de commerce et tribunaux de grande instance compétents en vertu de l'article R. 600-1 du Code de commerce, pour connaître en métropole des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouvertes contre toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale (v. C. com., art. R. 600-3, annexe 6-1)

### B. Ouverture d'une procédure contre un débiteur ayant son siège à l'étranger

Le fait que le débiteur n'ait pas son siège en France n'est pas un obstacle à ce qu'une procédure collective régie par le droit français soit ouverte contre lui par les juridictions françaises. L'article R. 600-1 du Code de commerce reconnaît au juge national une compétence internationale pour ouvrir une procédure collective contre un débiteur étranger dès lors que ce dernier a « le centre de ses intérêts principaux » sur le territoire français.

143 ■

Cette règle de compétence internationale est identique à celle posée par le Règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000, en vigueur depuis le 31 mai 2002. L'article 3 § 1 de ce règlement reconnaît aux juridictions de l'État membre, dans lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, compétence pour ouvrir à son encontre une procédure d'insolvabilité. Toutefois, si en vertu de ces règles (nationales et communautaires), les juridictions françaises ont compétence pour ouvrir contre un débiteur étranger une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les conditions d'ouverture de la

procédure et ses effets ne sont pas les mêmes suivant que le siège du débiteur est situé en dehors (1) ou sur le territoire (2) de l'Union européenne.

### 1. Débiteur dont le siège est situé en dehors de l'Union européenne

■ 144

Lorsque le débiteur a son siège en dehors du territoire de l'Union européenne, l'ouverture en France d'une procédure collective est régie par l'article R. 600-1 du Code de commerce. La compétence internationale du juge français suppose donc qu'il soit démontré que le débiteur étranger a sur le territoire français le « centre de ses intérêts principaux ». À l'heure actuelle, cette condition est appréciée assez largement en jurisprudence. L'existence d'un établissement sur le territoire français (Com. 21 mars 2006, *D. Affaires* 2006. 1466, C.-L. Henry) ou le simple exercice d'une activité par le débiteur en France (en ce sens : Com. 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000. 385, note M. Menjuq) ont été jugés suffisants.

■ 145

La procédure ouverte contre le débiteur étranger est alors soumise au droit français des procédures collectives en vertu du principe dit de *lex fori concursus*.

Les effets de la procédure ouverte en vertu du droit français ont normalement vocation à s'appliquer à tous les biens du débiteur, quel que soit le lieu de leur localisation. *La procédure française a donc en principe un effet universel*. Toutefois, selon la jurisprudence, cet effet universel de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire prononcée en France ne joue que « sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers » (Com. 21 mars 2006, préc.). Il s'ensuit qu'à défaut de ces conditions, les effets de la procédure française seront limités aux seuls biens situés en France. *La procédure produira en conséquence un simple effet territorial*.

### 2. Débiteur dont le siège est situé sur le territoire de l'Union européenne

■ 146

Lorsque le débiteur étranger a son siège dans l'un des États de l'Union européenne (exception faite cependant du Danemark qui a refusé de signer le Règlement), une procédure collective peut être ouverte en France dans les conditions fixées par le règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000, et à compter du 26 juin 2017, par le règlement communautaire n° 2015/848 du 25 mai 2015.

Si le nouveau règlement élargit le périmètre *rationae materiae* des procédures d'insolvabilité, il ne modifie pas les conditions de leur ouverture. Aussi, comme le règlement 1346/2000, le règlement 2015/848 précise que la procédure ouverte en France contre une entreprise ayant son siège sur le territoire de l'Union européenne peut être soit une *procédure d'insolvabilité principale*<sup>o</sup>, soit une *procédure d'insolvabilité secondaire*<sup>o</sup>.

*La procédure d'insolvabilité principale* ne peut être ouverte que par les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur (Règl. 29 mai 2000, art. 3 § 1 ; Régl. 25 mai 2015, art. 3 § 1). Cette notion est définie par le Règlement comme étant le « lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers »

Lorsque le débiteur est une personne morale, le centre des intérêts principaux est présumé être celui de son siège social statutaire. *Cette présomption ne constitue toutefois qu'une présomption simple*. À ce titre, elle peut être renversée mais à la condition d'établir, à partir d'« éléments objectifs et vérifiables par les tiers », que

son siège social réel est localisé sur le territoire d'un autre État que celui où est situé son siège social statutaire (CJCE 2 mai 2006, *Aff. Eurofood*, *Rev. sociétés* 2006. 360, note J.-P. Rémy ; *Rev. crit. DIP* 2006. 811, note F. Jault-Seske et D. Robine). Selon la Cour de justice des Communautés européennes, tel peut être le cas lorsqu'une société n'exerce aucune activité sur le territoire de l'État où est situé son siège social. En revanche, pour la CJCE, « lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État ne suffit pas pour écarter la présomption » prévue par l'article 3 § 1 du règlement (CJCE 2 mai 2006, *préc.*)

La jurisprudence française a ainsi jugé qu'une procédure collective principale, soumise au droit anglais, peut être ouverte contre une société française s'il est établi que son siège « économique » correspond, dans les faits, au siège statutaire de sa société mère anglaise (Com. 27 juin 2006, *JCP E* 2006. 2291, note F. Mélin).

En présence d'un groupe transfrontalier de sociétés, le renversement de la présomption simple posée par l'article 3 § 1 des règlements du 29 mai 2000 et du 25 mai 2015 va donc permettre d'asseoir la compétence des juridictions étatiques du siège de la société mère pour ouvrir et ainsi connaître de toutes les procédures d'insolvabilité relatives aux sociétés composant le groupe. La solution permet, en pratique, d'organiser un traitement global et coordonné des difficultés des entités du groupe, sous l'égide d'un juge unique mais aussi d'une loi commune.

Ce traitement global et coordonné s'explique par les effets attachés par le Règlement à la procédure principale d'insolvabilité. Trois règles sont en effet posées :

- 1<sup>re</sup> règle : la loi applicable à la procédure principale d'insolvabilité et à ses effets est celle de « l'État d'ouverture », c'est-à-dire de l'État membre dont les juridictions ont prononcé l'ouverture de la procédure (Règl. 29 mai 2000, art. 4 ; Règl. 25 mai 2015, art. 4). La règle retenue est donc celle de la *lex fori concursus*. À titre principal, la loi de l'État d'ouverture déterminera notamment les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure.

- 2<sup>e</sup> règle : la procédure principale d'insolvabilité ouverte par les juridictions d'un État membre a un effet universel. Elle a vocation à s'appliquer à tous les biens du débiteur, même ceux situés sur le territoire d'une autre État membre.

- 3<sup>e</sup> règle : toute décision ouvrant une procédure principale d'insolvabilité est reconnue de plein droit dans tous les autres États membres (Règl. 29 mai 2000, art. 16 ; Règl. 25 mai 2015, art. 19). Ce principe est appelé principe de reconnaissance mutuelle. Il n'est donc pas besoin que le jugement d'ouverture fasse l'objet d'une décision d'*exequatur* pour produire ses effets dans les autres États membres (Règl. 29 mai 2000, art. 17 ; Règl. 25 mai 2015, art. 20).

L'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité dans un État membre n'interdit pas d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dite « secondaire » sur le territoire d'un autre État membre. Les conditions d'ouverture et les effets de cette procédure secondaire sont cependant strictement encadrés. Les règles applicables peuvent être résumées comme suit :

- 1<sup>re</sup> règle : une procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte par les juridictions de tous les États membres où le débiteur a un établissement secondaire, même si cet établissement secondaire n'est pas doté de la personnalité morale. Il peut donc y avoir, en pratique, autant de procédures secondaires que d'établissements possédés par le débiteur sur le territoire de l'Union.



– 2<sup>e</sup> règle : une hiérarchie est instituée entre la procédure principale et la ou les procédures secondaires. Ces dernières ont en effet un caractère subsidiaire. D’où leur nom de procédures « secondaires ». Elles ne peuvent en principe jamais être ouvertes avant que ne l’ait été une procédure principale. Ce principe reçoit exception dans deux hypothèses. Tout d’abord, une procédure secondaire peut être ouverte (sans qu’une procédure principale n’ait préalablement été ouverte) à l’initiative d’un créancier ayant son siège ou résidant sur le territoire où est situé l’un des établissements du débiteur (Règl. 29 mai 2000, art. 3 § 4 b); Règl. 25 mai 2015, art. 3 § 4 b)). Par ailleurs, une procédure secondaire peut être ouverte au lieu de l’établissement du débiteur s’il ne peut être l’objet d’une procédure principale en vertu de la loi de l’État sur lequel est situé le centre de ses intérêts principaux (Règl. 29 mai 2000, art. 3 § 4 a); Règl. 25 mai 2015, art. 3 § 4 a)).

– 3<sup>e</sup> règle : l’objet et les effets de la procédure secondaire sont strictement limités. À la différence de la procédure principale, une procédure secondaire est *nécessairement une procédure liquidative aux effets obligatoirement territoriaux* (Règl. 29 mai 2000, art. 3 § 3 *in fine*; Règl. 25 mai 2015, art. 3 § 3 *in fine*). Elle ne peut donc concerner que la liquidation judiciaire des biens du débiteur étranger situés sur le territoire français. En vertu de ces principes, la Cour de cassation a jugé que le juge français ne pouvait, dans le cadre d’une procédure secondaire, prononcer une procédure de faillite personnelle contre le dirigeant d’une société étrangère (en l’espèce belge) au motif que cette compétence relevait de la seule compétence du juge de l’État du centre des intérêts principaux du débiteur (Com. 22 janv. 2013, *D.* 2013. 755, note critique R. Damman; *Rev. sociétés* 2013. 183, obs. L.-C. Henry)

## section 3

# Le jugement d’ouverture

■ 148

Le jugement d’ouverture marque le début de la procédure. Il a été qualifié de « jugement déclaratif ». L’expression est cependant inexacte. Le jugement d’ouverture ne se borne pas à constater l’existence de faits préexistants, notamment l’existence d’une cessation des paiements. Il crée au contraire un état de droit nouveau qui affecte la situation du débiteur et celle de ses créanciers. De ce fait, *le jugement d’ouverture revêt un caractère constitutif*. Et, l’autorité qui s’y attache est absolue.

Compte tenu de ses effets, son adoption (§ 1) et son contenu (§ 2) sont soumis au respect de règles strictes. Comme tout jugement, il peut être l’objet de voies de recours (§ 3).

## § 1 Adoption du jugement d’ouverture

■ 149

La décision d’ouvrir une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est subordonnée à une parfaite information du tribunal sur la situation réelle de l’entreprise (A). Une fois adopté, le jugement d’ouverture produit ses effets à compter de sa date et non de sa publicité (B).

## A. Information préalable du tribunal

La décision d'ouvrir une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est une décision grave tant pour le débiteur que pour ses créanciers. Aussi, le tribunal ne peut décider de leur ouverture qu'après avoir entendu ou appelé, en chambre du conseil, le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel (C. com., art. L. 621-1, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)). *Il s'agit là d'une obligation imposée à peine de nullité du jugement d'ouverture.* En outre, le tribunal a la possibilité d'entendre, s'il le souhaite, toute personne dont l'audition lui paraît utile, et notamment, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le représentant de l'État à sa demande (C. com., art. L. 662-3, al. 3). Comme l'a très justement souligné un auteur, l'ordonnance a fait « entrer discrètement le commissaire au redressement productif dans le Livre VI du Code de commerce » (P-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 733 s.).

150 ■

Dans le cas particulier d'un débiteur exerçant une profession libérale réglementée (ex. : avocat, notaire, etc.), l'ouverture d'une procédure ne peut être décidée qu'après avoir entendu l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont le débiteur relève (C. com., art. L. 621-1, al. 2 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)).

151 ■

De manière plus générale, le tribunal peut également ordonner, avant de statuer, une enquête destinée à recueillir tout renseignement sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise (C. com., art. L. 621-1, al. 3 (S), L. 631-7 (RJ), L. 641-1, I (LJ)). Le juge enquêteur ainsi nommé peut être assisté par toute personne de son choix. Ainsi dûment informé, le tribunal pourra alors décider d'ouvrir ou de ne pas ouvrir la procédure pour laquelle il a été saisi.

Des règles particulières doivent en outre être respectées lorsque la demande d'ouverture porte sur une procédure de sauvegarde. Le Code de commerce impose au tribunal d'examiner toute demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde en présence du ministère public lorsque le débiteur bénéficie ou a bénéficié d'un *mandat ad hoc* ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois précédant la demande d'ouverture de la sauvegarde (C. com., art. L. 621-1, al. 4).

## B. Date d'effet et publicité

Le jugement d'ouverture produit ses effets à compter de sa date, c'est-à-dire à zéro heure le jour où il est rendu (C. com., art. R. 621-4, al. 2 (S), R. 631-10 (RJ), R. 641-1 (LJ)). *Tous les actes accomplis par le débiteur le jour du jugement d'ouverture sont donc réputés avoir été conclus après l'ouverture de la procédure.* Ils peuvent, de ce fait, être annulés lorsque la procédure ouverte est une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (v. ss chapitre 6). Ce principe ne dispense pas pour autant de toute publicité. Celle-ci est nécessaire pour informer les tiers car le jugement d'ouverture modifie la situation du débiteur en réduisant ses pouvoirs, et, affecte les droits des créanciers dont le paiement est désormais subordonné à la déclaration de leur créance dans des délais précis à peine d'inopposabilité (v. ss chapitre 8).

152 ■

Le jugement d'ouverture est l'objet d'une triple publicité (C. com., art. R. 621-8):

- il est mentionné, selon la qualité du débiteur, au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou sur un registre spécial tenu au greffe du

153 ■

tribunal de grande instance pour les exploitations agricoles. Cette mention indique, en cas de redressement judiciaire, les pouvoirs de l'administrateur (v. ss 169 s.).

– un avis du jugement est également publié dans un journal d'annonces légales du département du siège de l'entreprise, et, en cas d'établissements secondaires, des départements où ceux-ci sont situés. Cette publication a pour but d'inviter les créanciers de l'entreprise à déclarer immédiatement leur créance à la procédure collective de leur débiteur ;

– le jugement fait enfin l'objet d'une insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC).

Cette publicité est complétée par la signification du jugement au débiteur ainsi que par l'envoi d'une copie aux mandataires désignés, au procureur de la République et au trésorier-payeur général (C. com., art. R. 621-6, R. 621-7).

## § 2 Contenu du jugement d'ouverture

■ 154 Le contenu du jugement d'ouverture est fixé de manière impérative par le Code de commerce. Il doit déterminer la nature de la procédure ouverte (A), fixer le cas échéant la date de cessation des paiements (B) et désigner les organes de la procédure (C).

### A. Choix de la procédure à ouvrir

■ 155 Le jugement d'ouverture doit constater que les conditions légales d'ouverture de la procédure dont il est saisi sont réunies, notamment s'agissant de la situation financière du débiteur (v. ss chapitre 4). À titre d'exemple, le tribunal ne peut décider d'ouvrir une procédure de sauvegarde s'il apparaît que le débiteur est déjà en cessation des paiements. De même, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne pourra être décidée si le débiteur est en cours de procédure de conciliation (v. ss 126 et v. ss 129). Dans tous ces exemples, le tribunal n'aura donc pas d'autre choix que de rejeter la demande (C. com., art. R. 621-5).

Lorsque le débiteur est en cessation des paiements au jour de la demande d'ouverture, le tribunal ne peut plus désormais déterminer la nature de la procédure à ouvrir. Il s'agit là d'une conséquence de l'abrogation du principe d'ouverture d'office par le juge d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'office (v. ss 132 s.). En conséquence, lorsqu'il lui apparaît que les conditions d'ouverture de la procédure dont il était initialement saisi ne sont pas remplies, il lui appartient de rejeter la demande (C. com., art. R. 631-11(RJ), R. 641-5 (LJ)).

### B. Fixation de la date de cessation des paiements

■ 156 Lorsque la procédure ouverte est une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le jugement d'ouverture *doit fixer la date de cessation des paiements* (C. com., art. L. 631-8 (RJ), L. 641-1, IV (LJ)). Selon les cas, la date de cessation des paiements peut correspondre *soit* à la date du jugement d'ouverture, *soit* lui être antérieure mais jamais pour une période supérieure à plus de dix-huit mois. Si le juge décide de fixer la date de la cessation des paiements à une date antérieure à celle du jugement d'ouverture, il s'ouvre alors une *période suspecte*<sup>o</sup> (v. ss chapitre 11).

La loi du 26 juillet 2005 a introduit une autre limite. Il est désormais prévu que lorsque l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire a été précédée d'une procédure de conciliation et de l'adoption d'un accord amiable homologué, le juge ne peut fixer la date de cessation des paiements à une date antérieure à la décision judiciaire d'homologation (v. ss 71). Ce principe connaît cependant une exception : celui de la fraude.

## C. Désignation des organes de la procédure

Le jugement d'ouverture doit désigner les organes de la procédure. Si certaines désignations sont communes à toutes les procédures (1), d'autres sont en revanche directement dépendantes de la nature de la procédure collective ouverte (2).

157 ■

### 1. Désignations communes à toutes les procédures

Qu'il ait été décidé d'ouvrir une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le tribunal doit désigner un juge-commissaire, un mandataire judiciaire, chargé de représenter les intérêts des créanciers et inviter le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, à désigner un représentant des salariés (C. com., art. L. 621-4 (S), L. 631-9 (RJ), L. 641-1, II (LJ)).

158 ■

Le *juge-commissaire*<sup>o</sup> est le véritable « homme d'orchestre » de la procédure. Désigné parmi les membres qui composent le tribunal, il est chargé à titre principal de veiller au déroulement rapide de la procédure ainsi qu'à la protection des intérêts en présence (C. com., art. L. 621-9). Il doit aussi surveiller l'administration de l'entreprise pendant le temps de la procédure (C. com., art. L. 622-11). À cette fin, il accorde les autorisations nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise lors de la *période d'observation*<sup>o</sup> (v. ss chapitre 6).

Le *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> est choisi par le tribunal sur la liste des mandataires au redressement et à la liquidation des entreprises. Cette liste est établie par une commission nationale (C. com., art. L. 812-2). Le mandataire judiciaire a pour mission générale de représenter les créanciers et bénéficie en conséquence d'un monopole de représentation pour agir en leur nom C. com., (art. L. 622-20, al. 1<sup>er</sup>). Lorsque l'entreprise est mise en liquidation judiciaire, il assume également les fonctions de *liquidateur*<sup>o</sup> en organisant les cessions d'actifs et en procédant à la répartition des fonds entre les créanciers (C. com., art. L. 641-1 s.).

Le *représentant des salariés*<sup>o</sup> est désigné sur invitation du tribunal, par le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou à défaut les salariés (C. com., art. L. 621-4 (S), L. 631-9, I (RJ), L. 641-1 (LJ)). Sa mission est de défendre les intérêts pécuniaires des salariés en procédant à la vérification des créances salariales (C. com., art. L. 625-2).

Des *contrôleurs*<sup>o</sup> peuvent être nommés par le juge-commissaire (et non par le tribunal) parmi les créanciers du débiteur qui lui en font la demande, ou bien encore, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, parmi les administrations financières, les organismes de sécurité sociale ou les institutions d'assurance chômage si ceux-ci en font la demande. Par ailleurs, l'AGS peut également solliciter sa nomination en qualité de contrôleur (C. com., art. L. 621-10). L'ensemble de ces nouveautés ont pour but, selon l'expression du Professeur Le Corre, « de faire entendre la voix de l'État », en d'autres termes des créanciers publics (P-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 733 s.)

Le nombre total de contrôleurs ne peut être supérieur à cinq. Leur mission est double : ils assistent, d'une part, le mandataire judiciaire pour l'exercice de ses fonctions, notamment celle concernant la vérification des créances, et, d'autre part, le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise (C. com., art. L. 621-11).

## 2. Désignations spécifiques à la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire

■ 159

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le tribunal peut nommer, au côté du mandataire judiciaire, un *administrateur judiciaire*<sup>9</sup>, choisi sur une liste établie par une commission nationale (C. com., art. L. 811-1 s.). Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le nom de l'administrateur judiciaire peut être proposé au juge par le débiteur lui-même (C. com., art. L. 621-4, al. 5).

La mission confiée à l'administrateur judiciaire est double : gérer l'entreprise pendant la période d'observation (v. ss chapitre 6) ; préparer le plan de sauvegarde ou de redressement après avoir dressé le bilan économique et social de l'entreprise (C. com., art. L. 623-1 (S), L. 631-14, II (RJ)).

Cette mission prend fin à l'issue de la période d'observation.

La désignation d'un administrateur judiciaire est en principe une *simple faculté pour le tribunal* (C. com., art. L. 621-4, al. 4 (S), L. 631-9, I (RJ)). Cependant cette nomination devient obligatoire dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ouvertes à l'égard des personnes dont le nombre de salariés est au moins égal à vingt et dont le chiffre d'affaires hors taxe est au moins égal à 3 000 000 euros (C. com., art. R. 621-11).

Le tribunal peut aussi désigner un ou plusieurs experts chargés d'assister, selon le cas, l'administrateur judiciaire ou le débiteur, dans l'élaboration du bilan économique et social. C'est au vu de ce bilan qu'il sera proposé un plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise (C. com., art. L. 623-1 ; v. ss chapitre 12). Cette nomination est faite à la demande de l'administrateur judiciaire ou du débiteur lui-même.

## § 3 Voies de recours

■ 160

Le droit des procédures collectives malmène quelque peu les principes du droit commun de la procédure civile dans le but d'assurer le déroulement rapide de la procédure.

Tout d'abord, le *jugement d'ouverture est exécutoire de plein droit à titre provisoire* (C. com., art. R. 661-1, al. 1<sup>er</sup>). Par conséquent, il produit ses effets avant même l'expiration des voies de recours et continue de les produire si des voies de recours sont exercées.

Ensuite, l'exercice des voies de recours contre le jugement d'ouverture est soumis à des conditions dérogoatoires du droit commun. Ainsi :

– *s'agissant de l'appel*, le Code de commerce énumère de manière limitative les personnes autorisées à former appel contre le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 661-1-I-1<sup>o</sup>). Cette voie de recours est réservée au débiteur, au créancier poursuivant et au ministère public même s'il n'a pas été partie principale. Son

exercice est enfermé dans un délai très court de dix jours à compter de la notification du jugement d'ouverture (C. com., art. R. 661-3);

– *le jugement d'ouverture est également susceptible de tierce opposition*, formée par les tiers qui n'ont pas été parties à l'instance (C. com., art. L. 661-2). Elle doit être faite par une déclaration au greffe dans un délai de dix jours à compter de la publicité du jugement au BODACC (C. com., art. R. 661-2, al. 2) alors que le délai de droit commun est normalement de trente ans. La tierce opposition est cependant interdite dans certains cas : elle ne peut être formée contre les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire (C. com., art. L. 661-4), ni contre les jugements de nomination ou de remplacement de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire, du liquidateur ou bien encore des contrôleurs (C. com., art. R. 661-7). Ces dernières décisions ne peuvent être l'objet que d'un appel formé par le ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale (C. com., art. L. 661-6).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire résulte d'un jugement, appelé « *jugement d'ouverture* » prononcé soit par le tribunal de commerce lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, soit par le tribunal de grande instance dans les autres cas (agriculteurs, professionnels indépendants, personnes morales non commerçantes, telles qu'une association, une société civile ou un syndicat).

La loi du 6 août 2015, dite « loi Macron » a institué *18 tribunaux de commerce spécialisés*.

Le juge français est compétent pour ouvrir une *procédure contre une entreprise étrangère*, si celle-ci a le *centre de ses intérêts principaux sur le territoire national*.

*Le droit de l'Union européenne pose des règles de compétence particulières selon que la procédure d'insolvabilité ouverte est une procédure principale ou une procédure secondaire.*

Une procédure de sauvegarde est une procédure volontaire. Elle ne peut être *ouverte qu'à la demande exclusive du débiteur*.

Une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut être ouverte à la demande du débiteur mais aussi de l'un de ses créanciers, du ministère public. *En revanche, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il ne peut plus y avoir d'ouverture d'office par le juge*. Ce mode de saisine a été jugé inconstitutionnel.

Le jugement d'ouverture de la procédure prend *effet à compter de sa date* et non de sa publicité.

En *cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le tribunal fixe la date de la cessation des paiements*.

La date de cessation des paiements est en principe celle du jugement d'ouverture. Elle peut être fixée à une date antérieure qui ne peut ni excéder dix-huit mois, ni être antérieure au jugement d'homologation de l'accord amiable lorsque l'entreprise a bénéficié d'une procédure de conciliation.

Le jugement d'ouverture désigne les organes de la procédure.

Certains organes sont communs à toutes les procédures collectives : juge-commissaire, mandataire judiciaire chargé de la défense des intérêts des créanciers, le représentant des salariés.

Lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le tribunal *peut* nommer un *administrateur judiciaire* chargé d'assister le débiteur dans l'administration de l'entreprise pendant la période d'observation et d'établir un plan de sauvegarde ou de redressement.

Le débiteur peut proposer le nom de l'administrateur judiciaire.

La nomination d'un administrateur judiciaire est *obligatoire* lorsque l'entreprise emploie plus de vingt salariés ou réalise un chiffre d'affaires hors taxes de plus de 3 000 000 d'euros.

## Quid

### ■ Administrateur judiciaire n° 159

Mandataire de justice nommé par le tribunal lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Il est chargé d'assister le débiteur dans la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation et de préparer un plan de sauvegarde ou de redressement après avoir dressé un bilan économique et social.

### ■ Contrôleur n° 158

Créancier du débiteur désigné par le juge-commissaire et chargé d'assister le mandataire judiciaire ainsi que le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

### ■ Dépôt de bilan n° 125

Déclaration de cessation des paiements faite à l'initiative du débiteur.

### ■ Faillite personnelle n° 126

Sanction professionnelle qui emporte interdiction de diriger, de gérer, d'administrer, de contrôler, directement ou indirectement, toute personne morale de droit privé ou de droit public mais aussi toute entreprise individuelle quelle que soit la nature de son activité. Elle peut également emporter l'incapacité d'exercer une fonction électorale pour une durée égale à celle de la faillite personnelle.

### ■ Interdiction de gérer n° 126

Sanction professionnelle applicable à tout débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire ou à tout dirigeant, de droit ou de fait, d'une personne morale en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Elle emporte l'interdiction de diriger, gérer, d'administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, ou une ou plusieurs de celles-ci.

### ■ Juge-commissaire n° 158

Juge, désigné parmi les membres du tribunal ayant ouvert la procédure, chargé de veiller au bon déroulement de la procédure, de surveiller l'administration de l'entreprise et d'autoriser la conclusion de certains actes ou paiements pendant la période d'observation.

### ■ Liquidateur n° 158

Mandataire judiciaire chargé de liquider les actifs, de régler le passif et de gérer l'entreprise pendant la procédure de liquidation judiciaire. Il est également chargé de représenter et défendre l'intérêt collectif des créanciers.



■ **Mandataire judiciaire n° 158**

Mandataire de justice, désigné avant la loi du 26 juillet 2005 sous le nom de « représentant des créanciers ». Il a pour mission de vérifier les créances mais aussi de représenter les créanciers et de défendre leurs intérêts. Il assume les fonctions de liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

■ **Période d'observation n° 158**

Période suivant immédiatement le prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire lorsque l'exploitation de l'activité de l'entreprise est maintenue. Elle permet au tribunal d'apprécier les chances de redressement de l'activité par l'établissement d'un bilan économique et social.

■ **Période suspecte n° 156**

Période comprise entre la date du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et la date de la cessation des paiements fixée par le tribunal.

■ **Procédure d'insolvabilité principale n° 146**

Procédure collective ouverte par les juridictions d'un État membre de l'Union européenne sur le territoire duquel se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur. Cette procédure a un effet universel. Son régime est défini par le Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000.

■ **Procédure d'insolvabilité secondaire n°s 146 s.**

Procédure collective ouverte par les juridictions d'un État membre de l'Union européenne sur le territoire duquel le débiteur a un établissement secondaire. Cette procédure a un effet territorial et liquidatif. Son régime est défini par le Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000.

■ **Représentant des salariés n° 158**

Organe de la procédure élu par les salariés d'une entreprise mise en redressement ou liquidation judiciaire qui participe à la vérification des créances salariales.

## Document

### Liste des tribunaux de commerce spécialisés

Siège	Ressort
Bobigny	Tribunaux de commerce de Bobigny, de Créteil, de Meaux
Bordeaux	Tribunaux de commerce d'Angoulême, de Bayonne, de Bergerac, de Bordeaux, de Dax, de Libourne, de Mont-de-Marsan, de Pau, de Périgueux, de Tarbes
Dijon	Tribunaux de commerce de Bar-le-Duc, de Belfort, de Besançon, de Briey, de Chalon-sur-Saône, de Chaumont, de Dijon, d'Epinal, de Lons-le-Saunier, de Mâcon, de Nancy, de Vesoul

Evry	Tribunaux de commerce d'Auxerre, d'Evry, de Melun, de Sens
Grenoble	Tribunaux de commerce d'Annecy, de Chambéry, de Gap, de Grenoble, de Romans-sur-Isère, de Thonon-les-Bains, de Vienne
Lyon	Tribunaux de commerce d'Aurillac, de Bourg-en-Bresse, de Clermont-Ferrand, de Cusset, de Lyon, de Montluçon, du Puy-en-Velay, de Roanne, de Saint-Etienne, de Villefranche-sur-Saône
Marseille	Tribunaux de commerce d'Aix-en-Provence, de Draguignan, de Fréjus, de Manosque, de Marseille, de Salon-de-Provence, de Tarascon, de Toulon
Montpellier	Tribunaux de commerce d'Aubenas, d'Avignon, de Béziers, de Carcassonne, de Mende, de Montpellier, de Narbonne, de Nîmes, de Perpignan, de Rodez
Nanterre	Tribunaux de commerce de Chartres, de Nanterre, de Pontoise, de Versailles
Nantes	Tribunaux de commerce d'Angers, de Laval, du Mans, de Nantes, de Saint-Nazaire
Nice	Tribunaux de commerce d'Ajaccio, d'Antibes, de Bastia, de Cannes, de Grasse, de Nice
Orléans	Tribunaux de commerce de Blois, de Bourges, de Châteauroux, de Nevers, d'Orléans, de Tours
Paris	Tribunal de commerce de Châlons-en-Champagne, de Paris, de Reims, de Sedan, de Troyes
Poitiers	Tribunaux de commerce de Brive-la-Gaillarde, de Guéret, de La Roche-sur-Yon, de La Rochelle, de Limoges, de Niort, de Poitiers, de Saintes
Rennes	Tribunaux de commerce de Brest, de Lorient, de Quimper, de Rennes, de Saint-Brieuc, de Saint-Malo, de Vannes
Rouen	Tribunaux de commerce d'Alençon, de Bernay, de Caen, de Cherbourg-Octeville, de Coutances, de Dieppe, d'Evreux, du Havre, de Lisieux, de Rouen
Strasbourg	Tribunaux de grande instance de Colmar, de Metz, de Mulhouse, de Sarreguemines, de Saverne, de Strasbourg, de Thionville
Toulouse	Tribunaux de commerce d'Agen, d'Albi, d'Auch, de Cahors, de Castres, de Foix, de Montauban, de Toulouse
Tourcoing	Tribunaux de commerce d'Amiens, d'Arras, de Beauvais, de Boulogne-sur-Mer, de Compiègne, de Douai, de Dunkerque, de Saint-Quentin, de Soissons, de Lille Métropole, de Valenciennes

Sources : Annexe 7-1-1 du Code de commerce : Siège et ressort des tribunaux de commerce spécialisés et Annexe 7-1-2 du Code de commerce : Siège et ressort des chambres commerciales spécialisées des tribunaux de grande instance des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle

## Biblio

### 1) Sur la saisine du tribunal

- B. Brignon et A. Cerati-Gauthier, « Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014. 2248.
- N. Gerbay, « La saisine d'office en ouverture de redressement judiciaire est inconstitutionnelle », *JCP* 2013. 50.
- F.-X. Lucas, « L'assignation téméraire en redressement judiciaire », in *Mélanges AEDBF-France*, T. II, La revue Banque, 1999, p. 271 s.
- A. Martin-Serf, « Le siège social à l'épreuve des procédures collectives », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 534 et s.
- M. Menjucq, « Compétence des tribunaux de commerce et groupes de sociétés », *Rev. proc. coll.* 2015, Repères 5.
- J.-L. Vallens, « Création de tribunaux de commerce spécialisés : aspects de procédure », *RTD com.* 2015. 493 s.

### 2) Sur les organes de la procédure

- G. Bolard, « Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites », in *Mélanges A. Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 30 s.
- F. Derrida, « Du rôle du contrôleur dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », in *Mélanges A. Honorat*, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 89 s.
- Ph. Roussel Galle, « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal. proc. coll.* 9-10 sept. 2005, p. 3 s.
- J.-L. Vallens, « Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP E* 1985. II. 14550.

### 3) Sur les voies de recours contre le jugement d'ouverture

- L. Cadiet, « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.* 1989. 371 s.
- J. Héron, « L'apport du droit de l'entreprise au droit judiciaire privé », *Cah. dr. entr.* 1997-2. 25 s.
- M. Santa-Croce, « De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir », in *Prospective du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 467 s.
- N. Fricero, « Tierce-opposition et procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008. 26 s.
- 

### 4) Sur la faillite internationale

- P. Courbe, « L'effet international de la faillite : la solution de la Cour de cassation », in F. Jault-Seseke et D. Robine (dir.), *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2004, p. 15 s.
- M.-L. Coquelet, « L'effet international de la faillite : la solution du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité », in F. Jault-Seseke et D. Robine (dir.), *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, *ibid.*, p. 29 s.
- G. Khairallah, « La compétence internationale du juge de l'insolvabilité », in F. Jault-Seseke et D. Robine (dir.), *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, *ibid.*, p. 55 s.

- A. Honorat et L.-C. Henry, « La compétence juridictionnelle en matière de procédures d'insolvabilité dans le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 : une nouvelle tentative de conciliation par la hiérarchie entre universalité et territorialité en matière de faillites internationales », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 313 s.
- F. Mélin, Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *Bruylant*, coll. « Feduci », 2008.
- F. Mélin, *La faillite internationale*, LGDJ, 2004.

## 1) Sujets corrigés

### A) Test de connaissances

#### Énoncé

1. Le débiteur doit demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire :
  - a. dans les quinze jours qui suivent la cessation des paiements ;
  - b. dans les trente jours qui suivent la cessation des paiements ;
  - c. dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements.
2. L'absence de déclaration de cessation des paiements par le débiteur est :
  - a. une cause de faillite personnelle ;
  - b. une cause d'extension de procédure ;
  - c. une cause d'interdiction de gérer.
3. Le tribunal compétent pour ouvrir une procédure contre un artisan est :
  - a. le tribunal de commerce ;
  - b. le tribunal de grande instance ;
  - c. le tribunal d'instance.
4. Le tribunal compétent pour ouvrir une procédure contre une association est :
  - a. le tribunal de commerce ;
  - b. le tribunal de grande instance ;
  - c. le tribunal d'instance.
5. Le tribunal territorialement compétent pour ouvrir une procédure contre une société est :
  - a. le lieu du domicile de son dirigeant ;
  - b. le lieu de son siège social statutaire ;
  - c. le lieu du centre de ses intérêts principaux.
6. Un administrateur judiciaire peut être nommé en cas d'ouverture :
  - a. d'une procédure de sauvegarde ;
  - b. d'une procédure de redressement judiciaire ;
  - c. d'une procédure de liquidation judiciaire.

7. Le jugement d'ouverture produit ses effets :

- a. à compter de son prononcé ;
- b. à compter de sa date ;
- c. à compter de sa publicité.

8. Le représentant des salariés a pour mission :

- a. d'assister le juge-commissaire dans la surveillance de l'administration de l'entreprise ;
- b. de préparer le plan de redressement de l'entreprise ;
- c. de vérifier les créances salariales.

9. Une procédure de sauvegarde est ouverte à la demande :

- a. du débiteur ;
- b. des créanciers, titulaires d'une créance certaine, liquide et exigible ;
- c. de tout créancier.

10. Une procédure collective peut être ouverte en France contre une société dont le siège est situé sur le territoire de l'Union européenne si :

- a. le centre de ses intérêts principaux est situé en France ;
- b. son activité économique est réalisée en France ;
- c. elle possède un établissement en France.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Cas pratiques

### Énoncé n° 1

La SARL Domino a été placée en redressement judiciaire. L'un des associés souhaite faire appel de cette décision au motif que la société ne serait pas en cessation des paiements. *Le peut-il ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 2

Lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire contre la SARL Domino, qui emploie une dizaine de salariés, le tribunal a nommé un administrateur judiciaire. Il a également décidé de reporter la date de cessation des paiements. Celle-ci a été fixée au 30 mai alors que le jugement d'ouverture a été prononcé le 4 novembre et que la SARL a été l'objet d'une procédure de conciliation ayant abouti à la conclusion d'un accord amiable homologué par un jugement du 18 juin. *La décision est-elle régulière ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 3

La procédure de redressement judiciaire ouverte contre la SARL Domino a été prononcée par le tribunal de commerce de Nanterre sur assignation d'un de ses créanciers. Le gérant de la SARL souhaite contester la compétence de ce tribunal. Il y a trois mois, l'AGE a en effet transféré le siège social statutaire de la SARL à Rouen. *Cette exception d'incompétence est-elle recevable ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **c.** La déclaration de cessation des paiements doit intervenir au plus tard dans les quarante-cinq jours, sauf si dans ce délai le débiteur a fait le choix de solliciter le bénéfice d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 631-4 (RJ), L. 640-4 (LJ)); 2. **c.** Le prononcé d'une interdiction de gérer pour défaut de déclaration des créances est une simple faculté pour le juge. Avant la loi du 26 juillet 2005, cette obligation de déclaration était sanctionnée par la faillite personnelle du débiteur; 3. **a**; 4. **b.** Les associations sont des personnes morales non commerçantes; 5. **b et c.** Le critère du centre des intérêts principaux permet d'ouvrir une procédure contre un débiteur dont le siège est localisé à l'étranger; 6. **a et b.** Il ne s'agit cependant que d'une simple faculté sauf lorsque le débiteur emploie au moins vingt salariés ou réalise un chiffre d'affaires hors taxe d'au moins 3 000 000 euros; 7. **b**; 8. **c**; 9. **a**; 10. **a et c.** Lorsque le centre des intérêts principaux d'une société étrangère est situé en France, la procédure ouverte contre elle par le juge français est une procédure principale d'insolvabilité dont les effets ont un caractère universel. Si elle ne possède qu'un établissement en France, la procédure ouverte est alors une procédure secondaire d'insolvabilité dont les effets sont strictement territoriaux et dont l'objet est strictement liquidatif.

### Cas pratique n° 1

Un associé ne peut former appel contre le jugement ouvrant une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire contre sa société. Il en est de même en cas de procédure de sauvegarde. En vertu de l'article L. 661-1-1° du Code de commerce, l'appel d'un jugement d'ouverture ne peut être formé que par le débiteur, le créancier poursuivant ou bien encore le ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale. La notion de « créancier poursuivant » s'entend du créancier qui a saisi par voie d'assignation le tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (ou de liquidation judiciaire) contre son débiteur.

Mais, si un associé ne peut former appel, il lui est en revanche possible de former tierce opposition en application de l'article L. 661-2 du Code de commerce. La tierce opposition doit être formée dans d'un délai de dix jours à compter de la publicité du jugement d'ouverture au *BODACC*, et, être faite par déclaration au greffe du tribunal ayant rendu la décision. Cette dernière exigence est interprétée strictement par la jurisprudence. La Cour de cassation a en effet jugé que la déclaration au greffe ne saurait être remplacée par d'autres actes judiciaires (Com. 6 juill. 1989, *RTD com.* 1999. 990, obs. J-L. Vallens).

### Cas pratique n° 2

#### Nomination de l'administrateur

En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (ou de sauvegarde), la nomination d'un administrateur n'est obligatoire que si l'entreprise emploie au moins vingt salariés ou réalise un chiffre d'affaires hors taxe d'au moins 3 000 000 d'euros. En l'espèce, la SARL Domino ne satisfait à aucune de ces conditions. La nomination

d'un administrateur judiciaire est donc laissée à l'appréciation du juge. Il convient d'ajouter que seul le ministère public peut faire appel de la décision de nomination d'un administrateur (ou de son remplacement) (C. com., art. L. 661-1, I, 1°).

### Report de la date de cessation des paiements

Le jugement ouvrant une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire doit fixer la date de cessation des paiements. Cette exigence est posée par les articles L. 631-8 et L. 641-1, IV du Code de commerce. Le plus souvent, la date de cessation des paiements est fixée à la date du jugement d'ouverture mais le tribunal peut décider de la reporter à une date antérieure qui ne peut excéder plus de dix-huit mois. En l'espèce, cette limite est respectée : la date de cessation des paiements est antérieure de cinq mois à la date du jugement d'ouverture. À cette première limite s'en ajoute une seconde depuis la loi du 26 juillet 2005. La date de cessation des paiements ne peut en effet être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable conclu lors d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 631-8, al. 2 *in fine* (RJ), L. 641-1, IV (LJ)). En l'espèce, un accord a été homologué le 18 juin. La date de cessation des paiements ne peut donc être reportée à une date antérieure.

### Cas pratique n° 3

Le critère de compétence territoriale en matière de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est fixé par l'article R. 600-1 du Code de commerce. En vertu de ce texte, le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise. S'agissant des sociétés et des autres personnes morales, ce siège correspond au siège social statutaire. En l'espèce, le siège statutaire de la SARL Domino est depuis la décision de l'AGE situé à Rouen. Le créancier aurait donc dû assigner la société en redressement judiciaire auprès du tribunal de commerce de Rouen et non pas auprès de celui de Nanterre. Mais, l'article R. 600-1, Introduit, en son alinéa 2, un tempérament en cas de *changement de siège dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal*. Le tribunal, dans le ressort duquel se trouvait initialement le siège statutaire, demeure alors seul compétent. Ce délai de six mois court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés. En l'espèce, le transfert de siège social date de moins de six mois, il ne peut donc être valablement invoqué par le gérant au soutien de l'exception d'incompétence. Le tribunal de commerce de Nanterre est ainsi compétent, en dépit du changement de siège social voté par l'AGE.

ch a p i t r e



# La poursuite de l'activité de l'entreprise en période d'observation

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866152:196.200.176.77:4580752076



## Plan analytique

### section 1

#### La gestion de l'entreprise en période d'observation

- § 1 L'étendue du pouvoir de gestion du débiteur
  - A. Le pouvoir de gestion du débiteur en procédure de sauvegarde
  - B. Le pouvoir de gestion du débiteur en procédure de redressement judiciaire
- § 2 Les pouvoirs de l'administrateur
  - A. Les pouvoirs propres de l'administrateur
  - B. Les missions confiées par le jugement d'ouverture
  - C. Les sanctions des actes accomplis par le débiteur en violation des pouvoirs de l'administrateur

### section 2

#### Les pouvoirs du débiteur sur son patrimoine personnel

- § 1 Les pouvoirs et les droits propres du débiteur
- § 2 Les pouvoirs propres du débiteur personne physique
  - A. Unité du patrimoine et effet réel général de la procédure
  - B. EIRL et effet réel sélectif de la procédure

### section 3

#### Les actes interdits en période d'observation

- § 1 Les paiements interdits
- § 2 Les exceptions aux interdictions de paiement
  - A. Les exceptions propres au débiteur personne physique
  - B. La compensation de créances connexes
  - C. Les paiements autorisés par le juge-commissaire
- § 3 L'interdiction des actes étrangers à la gestion courante

#### Compléments pédagogiques

## La poursuite de l'activité de l'entreprise en période d'observation

*Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire poursuivent une même finalité* : permettre le redressement de la situation du débiteur par l'adoption d'un plan arrêté par le tribunal. Cet objectif explique que les deux procédures s'ouvrent par une période de diagnostic : la *période d'observation*<sup>o</sup>. Cette période a pour but d'élaborer un bilan économique et social de l'entreprise afin de permettre au juge d'évaluer ses possibilités réelles de redressement et déterminer les mesures les plus appropriées pour assurer « la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (C. com., art. L. 620-1, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-1, al. 2 (RJ)). Ce n'est donc qu'à la fin de la période d'observation que le tribunal décidera de l'avenir de l'entreprise en arrêtant, selon les cas, un plan de sauvegarde ou de redressement (v. ss chapitre 12), ou en décidant de sa liquidation judiciaire si le redressement apparaît impossible (v. ss chapitre 13).

161 ■

*La période d'observation a nécessairement un caractère provisoire.* Destinée à évaluer les chances de sauvetage de l'entreprise, elle n'a pas vocation à perdurer.

162 ■

Aussi, la loi fixe-t-elle une *durée maximale de six mois* (C. com., art. L. 621-3 (S), L. 631-7 (RJ)). La durée retenue par le tribunal sera mentionnée dans le jugement d'ouverture.

Lorsque la procédure ouverte est une *procédure de redressement judiciaire*, le tribunal doit cependant faire, au terme d'un délai de deux mois à compter de l'ouverture de cette procédure, un « bilan » destiné à déterminer si la période d'observation mérite ou non d'être maintenue (C. com., art. L. 631-15, I). *Cette période d'observation « à l'essai » a pour but d'éviter de maintenir artificiellement l'activité d'une entreprise, lorsque le débiteur ne dispose pas de capacités suffisantes pour en assurer le financement.* Mieux vaut alors liquider l'entreprise, notamment en procédant à sa cession à un tiers reprenneur (v. ss chapitre 13). La décision de mettre un terme anticipé à la période d'observation est prise au vu d'un rapport de l'administrateur (ou du débiteur, si aucun administrateur n'a été nommé).

Au-delà du délai maximal de six mois, la période d'observation ne prend pas nécessairement fin. *Des prorogations sont possibles.* En premier lieu, la période d'observation peut être renouvelée une fois pour une nouvelle période maximale de six mois à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. En second lieu, le ministère public, et lui seul, peut demander une seconde prorogation d'un même délai. Au final, la période d'observation peut ainsi être portée à dix-huit mois.

163 ■

Si elle peut être prorogée, la période d'observation peut également être interrompue avant la date fixée par le tribunal dans le jugement d'ouverture. Soit parce que les difficultés de l'entreprise à l'origine de la procédure de sauvegarde ont disparu au cours de la période d'observation (C. com., art. L. 622-12). Soit parce qu'il apparaît que le débiteur, placé en redressement judiciaire, « dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et dettes afférents à la procédure » (C. com., art. L. 631-16).

Le tribunal peut également mettre fin à la période d'observation lorsqu'il décide de *convertir* la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 622-11 (S), L. 631-15, II (RJ)). Cette conversion peut intervenir d'office mais également à la demande de l'administrateur, du débiteur, du mandataire judiciaire, du contrôleur ou du ministère public (C. com., art. L. 622-10, al. 2 (S), L. 631-15, II, al. 1<sup>er</sup> (RJ)). L'interruption avant l'heure de la période d'observation se justifie alors par la constatation d'une impossibilité de maintenir l'activité de l'entreprise et la nécessité de la liquider pour payer les créanciers du débiteur.

■ 164

La période d'observation n'est pas, selon l'expression du professeur Y. Guyon, une « période d'hibernation ». L'activité de l'entreprise est poursuivie dans des conditions aussi proches que possible de celles qui existaient avant le jugement d'ouverture car toutes les éventualités demeurent possibles quant à son avenir : plan de sauvegarde ou de redressement, cession par voie de plan à un tiers repreneur, ou liquidation pure et simple des actifs. Durant la période d'observation, le débiteur reste en principe à la tête de son entreprise (section 1). Cependant, ce pouvoir de gestion est strictement encadré : la conclusion de certains actes lui est désormais interdite (section 2).

## section 1

# La gestion de l'entreprise en période d'observation

■ 165

Si sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, l'ouverture d'une procédure collective de règlement judiciaire ou de liquidation des biens emportait le dessaisissement automatique du débiteur, qui ne pouvait plus ni administrer ses biens, ni en disposer, la loi du 25 janvier 1985 a introduit un principe de « dessaisissement à la carte ». La sphère des pouvoirs du débiteur dépend désormais directement de la mission confiée à l'*administrateur*<sup>o</sup> nommé par le tribunal. Ce principe a été conservé par la loi du 26 juillet 2005 en tenant compte des spécificités de la procédure de sauvegarde puisqu'en cette hypothèse le débiteur n'est pas en cessation des paiements. Aujourd'hui, l'étendue des pouvoirs de gestion du débiteur est ainsi fonction non seulement de la procédure ouverte (§ 1) mais aussi de la nature de la mission confiée à l'administrateur (§ 2). Néanmoins, le débiteur conservera toujours des droits qui lui sont propres (§ 3).

## § 1 L'étendue du pouvoir de gestion du débiteur

■ 166

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire n'emporte pas dessaisissement automatique du débiteur. Il s'agit là d'une différence essentielle avec la liquidation judiciaire (v. ss chapitre 13). Cependant la portée de ce principe n'est pas la même selon que l'entreprise fait l'objet d'une procédure de sauvegarde

(A) ou de redressement judiciaire (B). Cette différence tient au fait que le débiteur en redressement judiciaire est déjà dans une situation de cessation des paiements avérée. Le redressement de l'entreprise a donc un caractère curatif et non simplement préventif.

### A. Le pouvoir de gestion du débiteur en procédure de sauvegarde

*En cas de procédure de sauvegarde*, l'administration de l'entreprise est assurée par le débiteur lui-même (C. com., art. L. 622-1, I).

Ce principe se justifie par la raison d'être de la procédure de sauvegarde. Il s'agit d'une procédure préventive, destinée à anticiper la survenance d'une cessation des paiements. De fait, elle a un caractère nécessairement volontaire et ne peut donc être ouverte qu'à la seule demande du débiteur (v. ss 122). Compte tenu de l'ensemble de ces particularités, il est logique que le débiteur conserve la plénitude de son pouvoir de gestion. *Toute restriction à ce pouvoir aurait pour effet de dissuader le chef d'entreprise de demander l'ouverture de cette procédure* alors que le législateur a souhaité en faire la pierre angulaire de la réforme du 26 juillet 2005. Ceci explique également que si un administrateur est nommé lors du jugement d'ouverture, sa mission ne peut être qu'une mission de surveillance ou d'assistance (v. ss 172 s.).

Dans le but de renforcer l'attractivité de la procédure de sauvegarde, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a également abrogé la possibilité pour le tribunal de procéder au remplacement des dirigeants de l'entreprise (et donc à leur éviction) lorsque ce changement de dirigeant apparaissait nécessaire pour garantir la bonne exécution du plan de sauvegarde arrêté à l'issue de la période d'observation (C. com., anc. art. L. 626-4 ; v. ss chapitre 12).

En outre, depuis l'ordonnance de 2008, il est désormais prévu que le débiteur peut, sur autorisation du juge-commissaire, accomplir des actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise, ou bien encore, et sous respect de la même condition, consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement, transiger ou compromettre au nom de l'entreprise C. com., (art. L. 622-7 ; v. ss 193 s.).

### B. Le pouvoir de gestion du débiteur en procédure de redressement judiciaire

Comme la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire n'emporte pas dessaisissement automatique du débiteur. Celui-ci demeure à la tête de son entreprise et conserve par conséquent intact son pouvoir de gestion. Toutefois, en raison de la situation de cessation des paiements de l'entreprise, il existe un doute sur ses qualités de gestionnaire et son aptitude à conserver les rênes de l'entreprise pendant la période d'observation. *Ceci explique que le tribunal peut décider de nommer un administrateur ayant pour mission d'assurer, à sa place, l'administration de l'entreprise pendant cette période* (v. ss 174 s.). L'éviction du chef d'entreprise est ainsi conçue comme un moyen de préserver les chances d'un véritable redressement de l'activité et le succès de l'adoption d'un plan.

167 ■

168 ■

## § 2 Les pouvoirs de l'administrateur

- 169 Lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le tribunal peut décider de nommer un *administrateur*<sup>o</sup>, ou plusieurs. *Cette nomination est en principe facultative mais devient obligatoire lorsque l'entreprise emploie au moins vingt salariés ou réalise un chiffre d'affaires hors taxe d'au moins 3 000 000 euros* (v. ss 159).

Deux types de pouvoirs sont alors reconnus à l'administrateur. Il dispose tout d'abord de *pouvoirs propres*<sup>o</sup> qui lui sont directement conférés par la loi (A). Ces pouvoirs propres sont complétés par des pouvoirs confiés par le juge et dont la nature et l'entendue sont fonction de la mission confiée par ce dernier (B). Ces différentes sphères de compétence sont protégées (C).

### A. Les pouvoirs propres de l'administrateur

- 170 En sa qualité d'organe de la procédure, l'administrateur dispose d'un certain nombre de pouvoirs, énumérés de manière *limitative* par le Code de commerce. *Il est le seul à pouvoir les exercer*. Tel est le cas du pouvoir :
- d'accomplir des actes conservatoires et inscrire des sûretés (C. com., art. L. 622-4 (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ)) ;
  - de décider de la poursuite des contrats en cours (C. com., art. L. 622-13, II (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ) ; v. ss chapitre 7) ;
  - de demander la résiliation du bail de l'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 622-14 (S), L. 631-14 (RJ)) ;
  - de faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires ou postaux du débiteur lorsqu'il est l'objet d'une interdiction bancaire (C. com., art. L. 622-1, V (S), L. 631-12, al. 5 (RJ)) ;
  - de licencier pour motif économique, sur autorisation du juge-commissaire, *mais uniquement lorsque l'entreprise est l'objet d'une procédure de redressement judiciaire* (C. com., art. L. 631-17).

### B. Les missions confiées par le jugement d'ouverture

- 171 Outre les pouvoirs inhérents à sa qualité d'organe de la procédure, l'administrateur est chargé par le tribunal d'une mission, qui selon la nature de la procédure ouverte contre l'entreprise, peut être une mission de surveillance (1), une mission d'assistance (2), ou une mission de représentation (3). Cette mission figure dans le jugement d'ouverture afin d'en informer les tiers.

#### 1. La mission de surveillance en cas de procédure de sauvegarde

- 172 La *mission de surveillance*<sup>o</sup> confiée à l'administrateur est propre à la procédure de sauvegarde.

Cette mission n'affecte pas les pouvoirs de gestion du débiteur. Celui-ci continue de diriger seul l'entreprise mais doit cependant rendre compte des actes qu'il accomplit à l'administrateur. Le rôle de l'administrateur se limite ainsi à un contrôle *a posteriori* destiné à vérifier que les actes du chef d'entreprise sont bien conformes à l'intérêt des créanciers et de l'entreprise. Il ne peut en conséquence s'immiscer dans la gestion de l'entreprise en s'opposant aux actes du débiteur. Néanmoins, il lui est

possible de saisir le tribunal pour demander que sa mission soit modifiée en une mission d'assistance (C. com., art. L. 622-1, IV). Par ailleurs, la loi lui reconnaît le droit de saisir le tribunal pour que la procédure de sauvegarde soit convertie en une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dans l'hypothèse où une cessation des paiements surviendrait au cours de la période d'observation (C. com., art. L. 622-10).

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'administrateur ne peut plus, en revanche, saisir le tribunal pour qu'une cessation partielle de l'activité de l'entreprise soit ordonnée lors de la période d'observation. Cette faculté est aujourd'hui exclusivement réservée au débiteur (C. com., art. L. 622-10, al. 1<sup>er</sup>). La solution est conforme au principe posé par l'article L. 622-1 du Code de commerce selon lequel « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant » (v. ss 167)

## 2. La mission d'assistance en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire

Une *mission d'assistance*<sup>o</sup> peut être confiée à l'administrateur *aussi bien en cas de procédure de sauvegarde que de procédure de redressement judiciaire*. Cette mission d'assistance peut concerner tous les actes de gestion ou seulement certains d'entre eux. En cette hypothèse, ceux-ci devront être énumérés dans le jugement d'ouverture afin d'en informer les tiers.

Quelle que soit son étendue, la mission d'assistance conduit à *associer* directement l'administrateur à la gestion de l'entreprise. Il doit ainsi participer par l'apposition de sa signature à la conclusion des actes relatifs à l'activité de l'entreprise durant la période d'observation (*pour le fonctionnement de comptes bancaires* : Com. 4 juin 2013 : D. 2013, Actu. 1470 ; *B/E* 2013, p. 278, note S. Benlisi ; *pour la signature d'un pourvoi en cassation* : Com. 5 avr. 2016 : D. 2016, Actu. 838).

Le principe d'une mission d'assistance en cas de procédure de sauvegarde a été critiqué. Cette mission est en effet peu compatible avec l'esprit de cette procédure. Elle contredit dans une large mesure l'affirmation, posée par l'article L. 622-1 du Code de commerce, selon laquelle l'administration de l'entreprise est assurée par le débiteur. Il s'agit là d'un élément de nature à dissuader le chef d'entreprise d'y recourir. Toutefois, il convient immédiatement de souligner que lorsque l'acte accompli par le débiteur sans l'assistance de l'administrateur est un acte de gestion courante, la sanction applicable n'est pas celle de la nullité (v. ss 178)

Lorsque la procédure ouverte est une procédure de redressement judiciaire, la mission d'assistance de l'administrateur peut toujours être modifiée en une mission de représentation, soit à sa demande, soit à la demande du mandataire judiciaire ou du ministère public (art. L. 631-12, al. 4).

## 3. La mission de représentation en procédure de redressement judiciaire

L'attribution à l'administrateur d'une *mission de représentation*<sup>o</sup> ne peut être décidée qu'à la condition que la procédure soit une procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-12, al. 2). L'exclusion légale de toute mission de représentation de l'administrateur en cas de procédure de sauvegarde s'explique essentiellement par les pouvoirs qui lui sont alors accordés. Il est en effet chargé « d'assurer *seul* l'administration de l'entreprise », ce qui conduit à un dessaisissement corrélatif du débiteur

173 ■

174 ■

(C. com., art. L. 631-12, al. 2). Selon les termes du jugement d'ouverture, *ce dessaisissement peut être total ou simplement partiel*. Dans ce dernier cas, le jugement dresse la liste des actes relevant dorénavant de la seule compétence de l'administrateur.

■ 175

Lorsque l'entreprise est une société, le dessaisissement du dirigeant n'équivaut pas à une révocation. Il se trouve seulement privé de son pouvoir de gestion mais conserve le pouvoir de convoquer les organes sociaux et notamment l'assemblée générale. La Chambre criminelle a cependant jugé, sous l'empire du droit antérieur, que l'administrateur a la qualité de dirigeant social lorsqu'il lui a été confié la mission d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise (Crim. 21 juill. 2000, *D.* 2000. AJ 352, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2000. 1815, note A. Couret ; 4 avr. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 7, obs. J.-P. Legros). La solution est critiquable. *D'une part*, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre une société (ou toute personne morale de droit privé) ne met pas un terme au pouvoir de direction interne des dirigeants sociaux. Ceux-ci demeurent automatiquement en place. D'ailleurs, l'article L. 631-11 du Code de commerce précise que « le juge-commissaire fixe la rémunération afférente aux fonctions exercées par (...) les dirigeants de la personne morale » ; ce qui signifie donc, parce qu'il ne saurait y avoir de rémunération sans contrepartie, que les dirigeants sociaux en place au jour du jugement d'ouverture conservent les pouvoirs qui leur sont spécialement reconnus par le droit des sociétés, notamment celui de convoquer les organes sociaux. *D'autre part*, l'assimilation de l'administrateur judiciaire à un dirigeant social conduirait à lui faire supporter la responsabilité pénale et civile afférente à l'exercice de cette fonction sociale (A. Martin-Serf, « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA* 2002. n° 7, p. 34).

■ 176

Lorsque l'administrateur judiciaire est chargé d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise, le tribunal a la faculté de lui adjoindre un ou plusieurs experts pour l'assister dans l'exécution de sa mission. Cette faculté devient une obligation lorsque l'entreprise emploie plus de vingt salariés et réalise un chiffre d'affaires hors taxe de plus de 3 000 000 d'euros (C. com., art. L. 631-12, al. 2). La rémunération de ces experts est arrêtée par le président du tribunal et est mise à la charge de la procédure.

## C. Les sanctions des actes accomplis par le débiteur en violation des pouvoirs de l'administrateur

### 1. Principes

■ 177

La sanction applicable aux actes accomplis en violation des pouvoirs reconnus à l'administrateur n'est pas la même selon que l'acte litigieux relève des pouvoirs propres de l'administrateur ou au contraire des pouvoirs qui lui ont été spécialement confiés par le jugement d'ouverture.

Dans le premier cas, *l'acte accompli est frappé de nullité*. Le débiteur a en effet agi sans pouvoir et au mépris d'une interdiction légale.

Dans le second cas, *l'acte conclu en violation de la mission d'assistance ou de représentation de l'administrateur est inopposable à la procédure* (Com. 23 mai 1995, *D.* 1995. 413, note F. Derrida). L'acte accompli par le débiteur seul n'est donc pas nul et conserve toute sa valeur entre les parties. Seuls ses effets juridiques sont paralysés.

Ainsi, en cas de vente d'un bien affecté à l'exploitation de l'activité de l'entreprise par le débiteur, sans l'assistance de l'administrateur, le transfert de propriété sera déclaré inopposable sans que pour autant la force obligatoire de l'engagement du débiteur à l'égard de l'acheteur soit remise en cause (Versailles, 9 avr. 1998, *RJDA* 1998, n° 1250).

## 2. Cas particulier de l'acte de gestion courante

Ces principes reçoivent exception lorsqu'il est démontré que l'acte litigieux est un acte de gestion courante<sup>o</sup> conclu avec un tiers de bonne foi, c'est-à-dire qui ignorait l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 622-3, al. 2 (S), L. 631-14 (RJ)). *L'acte est alors réputé valable, sauf s'il a pour objet le paiement d'une créance antérieure ou postérieure non privilégiée ou s'il vise à la continuation de contrats en cours.* Le premier de ces actes est en effet un acte interdit (v. ss 185 s); le second constitue, en vertu du Code de commerce, un pouvoir propre de l'administrateur (v. ss 170 et ss chapitre 7).

La notion d'« acte de gestion courante » n'est pas définie par la loi. Par une démarche identique à celle adoptée en droit des sociétés, la jurisprudence considère que constitue un acte de gestion courante, les actes qui par leur nature, leur importance et leurs modalités sont conformes à l'objet de l'entreprise, c'est-à-dire à son activité habituelle. En vertu de ce principe, entrent dans la catégorie des actes de gestion courante :

- les commandes passées par le débiteur seul pour les besoins de l'activité de l'entreprise (Com. 6 févr. 2001, *RJDA* 2001, n° 708);
- la cession de créances par voie de bordereau Dailly (Versailles, 13 juin 1996, *RJDA* 1996, n° 1533);
- la souscription d'un contrat d'assurance (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 sept. 2003, *Act. proc. coll.* 2003, n° 241);
- la vente d'un véhicule utilitaire lorsque la société exploite un garage et un atelier de réparation automobile (Com. 28 mai 2002, *Dr. sociétés* 2002, comm. 218, obs. J.-P. Legros).

En revanche, ne constitue pas un acte de gestion courante :

- la signature d'un bail se rapportant à des locaux appartenant à l'entreprise (Versailles, 9 avr. 1998, *RJDA* 1998, n° 1250);
- la conclusion d'un contrat de travail ou son renouvellement (Soc. 30 mai 2001, *Act. proc. coll.* 2001, n° 203, obs. C. Regnault-Moutier);
- la consultation d'un cabinet d'avocats pour des missions étrangères à la vie quotidienne de l'entreprise (Com. 30 mars 2010, n° 09-10.729, *D.* 2010. 958, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2010. 1742, obs. M. Cabrillac).

## section 2

# Les pouvoirs du débiteur sur son patrimoine personnel

En dépit de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le débiteur continue à exercer sur son patrimoine personnel les actes de

178 ■

179 ■



disposition et d'administration ainsi que les droits qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur (C. com., art. L. 622-3, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-14 (RJ)). Ainsi, même en cas de mission de représentation confiée à l'administrateur, le dessaisissement du débiteur n'est jamais total. Il dispose toujours de droits qui lui sont propres (§ 1). Toutefois, l'application de ce principe soulève des difficultés lorsque le débiteur est une personne physique (§ 2).

## § 1 Les pouvoirs et les droits propres du débiteur

■ 180

Même lorsqu'il est dessaisi au profit de l'administrateur ou assisté par ce dernier, le débiteur conserve un certain nombre de *droits (ou pouvoirs) propres*<sup>o</sup>. Il s'agit de tous les droits et actions qui ne sont attribués, ni par la loi, ni par le jugement d'ouverture, à l'administrateur ou à un autre organe de la procédure.

Le débiteur conserve donc l'exercice personnel de trois catégories de droits :

- il peut exercer seul certaines voies de recours comme interjeter appel du jugement d'ouverture, former un recours en cassation contre les décisions arrêtant ou rejetant le plan de redressement (Com. 22 mai 1990, *D.* 1991. 415, note F. Derrida), former un recours contre le jugement modifiant l'étendue de la mission de l'administrateur (Com. 17 juill. 2001, *D.* 2001. AJ 2677, obs. A. Lienhard). Mais, il ne peut pas en revanche former appel contre le jugement prorogeant la période d'observation (Com. 17 juill. 2001, préc.). Un tel recours ne peut être formé que par le ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale (C. com., art. L. 661-6, I) ;
- il peut faire seul tout acte conservatoire destiné notamment à la préservation des capacités de production de l'entreprise comme le renouvellement de stocks, l'interruption de prescription ou des mises en demeure ;
- il est *le seul* à pouvoir exercer les droits et actions à caractère personnel, tels que les actions d'état (divorce, reconnaissance de paternité, désaveu de paternité) ou les actions en réparation d'un préjudice moral.

## § 2 Les pouvoirs propres du débiteur personne physique

■ 181

Lorsque l'entreprise est une entreprise individuelle, la question se pose de savoir si la mission d'assistance ou de représentation confiée à l'administrateur porte sur l'ensemble des biens composant le patrimoine de l'entrepreneur individuel, ou simplement sur ceux affectés à l'exploitation de son entreprise.

La réponse à cette question dépend aujourd'hui du mode d'exploitation choisi par le débiteur personne physique. En effet, si le débiteur n'a pas opté pour le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (ou EIRL), les effets de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire s'étendront à tous ses biens, même ceux qui sont étrangers à son activité professionnelle. Cet « effet réel » général de la procédure collective trouve son fondement dans le principe d'unité du patrimoine (A). En revanche, si l'entrepreneur est un EIRL, « l'effet réel » de la procédure revêt alors un caractère spécial : seuls les biens composant le patrimoine affecté à l'activité professionnelle en difficulté sont alors concernés par la procédure collective (B).

## A. Unité du patrimoine et effet réel général de la procédure

182 ■

Lorsque le débiteur n'est pas un EIRL, on pourrait penser à la lecture des articles L. 622-3 (S) et L. 631-14 (RJ) du Code de commerce que sont exclus du champ de la procédure l'ensemble des biens du débiteur, étrangers à l'exercice de son activité professionnelle.

Ces deux textes disposent en effet que « le débiteur continue à exercer sur *son patrimoine* les actes de disposition et d'administration, *ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* ». En d'autres termes, la compétence de l'administrateur présenterait un caractère résiduel : elle ne pourrait valablement s'exercer que sur le patrimoine de l'entreprise ; l'entrepreneur conservant le pouvoir de gérer seul ses biens non professionnels au motif que ceux-ci seraient placés hors du champ de la procédure collective.

Mais, cette interprétation des articles L. 622-3 et L. 631-14 est contredite par le principe séculaire de l'unité du patrimoine en vertu duquel la Cour de cassation a décidé que « *le jugement d'ouverture du redressement judiciaire s'étend à l'intégralité du patrimoine* » de l'entrepreneur individuel (D. 1992. 81, note F. Derrida ; *adde* : Com. 22 janv. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 264). Ce principe de saisie collective et automatique de tous les biens composant le patrimoine du débiteur personne physique par la procédure collective est un principe général, c'est-à-dire commun à toutes les procédures (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire).

L'affirmation selon laquelle « le débiteur continue à exercer sur *son patrimoine* les actes de disposition et d'administration, *ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* » est donc trompeuse puisque tous les biens du débiteur, même ceux qui ne sont pas affectés, ou utilisés, à l'exploitation de l'entreprise, sont appréhendés par la procédure collective ouverte contre lui.

Ce principe, désigné aujourd'hui – selon l'expression d'un auteur – sous le nom « *d'effet réel de la procédure*<sup>9</sup> » explique notamment que le débiteur ne peut pas vendre, sans l'autorisation du juge-commissaire, les biens qui lui appartiennent à titre personnel. Pour la Cour de cassation, ce type d'acte constitue toujours un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise (sur cette question, v. ss 193).

Il explique également que, lorsque le débiteur est marié sous le régime de la communauté, les pouvoirs de l'administrateur s'exerceront tant sur les biens propres du débiteur que sur les biens communs des époux car ils répondent, en vertu de l'article 1413 du Code civil, des dettes de chacun des époux, et donc *a fortiori* des dettes professionnelles du débiteur. Par contre-coup, les créanciers du conjoint du débiteur placé en sauvegarde ou mis en redressement judiciaire ne peuvent exercer leur droit sur les biens communs. L'ouverture de la procédure leur est en effet de plein droit opposable (Ass. plén. 23 déc. 1994, D. 1995. 145, rapp. Y. Chartier, note F. Derrida ; *JCP E* 1995. II. 660, note Ph. Pétel ; v. ss chapitre 8).

## B. EIRL et effet réel sélectif de la procédure

183 ■

Les solutions sont aujourd'hui radicalement différentes lorsque le débiteur personne physique a fait le choix d'exploiter son activité professionnelle sous le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

Introduit par la loi du 15 juin 2010, ce nouveau statut autorise *tout* entrepreneur individuel à affecter à son activité professionnelle (quelle qu'en soit la nature) « un

patrimoine séparé de son patrimoine privé, sans création d'une personne morale» (C. com., art. L. 526-6). À l'heure actuelle, l'EIRL ne peut créer qu'un seul et unique patrimoine affecté. Il s'ensuit que si une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou même de liquidation judiciaire est ouverte contre le patrimoine affecté, l'entrepreneur individuel conserve intact le pouvoir de gérer librement (c'est-à-dire sans contrainte et sans à avoir en rendre compte) les biens composant son patrimoine privé ou ses autres patrimoines professionnels (v. ss «Sujet terminal»).

Compte tenu du cloisonnement patrimonial organisé par l'EIRL, la procédure collective ne produit ses effets qu'à l'égard des biens composant le patrimoine contre lequel elle a été spécialement ouverte. En résumé, l'effet réel de la procédure revêt nécessairement un caractère sélectif ou spécial, sauf en cas d'extension de procédure entre les différents patrimoines du débiteur pour cause de confusion (v. ss 109).

Toutefois, dès lors qu'une procédure est ouverte, le débiteur est lié par l'affectation des biens constatée lors de l'ouverture de la procédure, et ceci jusqu'à la clôture de la procédure ou l'exécution du plan (C. com., art. L. 680-6). Il ne peut donc plus la modifier, notamment pour soustraire certains biens inclus dans le patrimoine, objet de la procédure collective, aux effets de cette dernière. Cette interdiction connaît cependant un tempérament dans le cas où la modification d'affectation n'emporte pas une diminution de l'actif du patrimoine (C. com., art. L. 680-6).

Tout acte qui serait passé en violation de cette interdiction est nul. La nullité peut être demandée au tribunal saisi de la procédure (de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire) par tout intéressé ou le ministère public dans le délai de trois ans à compter de sa date (C. com., art. L. 680-6, al. 2).

## section 3

# Les actes interdits en période d'observation

■ 184

L'article 622-7 du Code de commerce relatif à la procédure de sauvegarde et applicable sur renvoi de l'article L. 631-14 à la procédure de redressement judiciaire dresse une liste d'actes qui : *soit* ne pourront jamais être accomplis par le débiteur ou l'administrateur, *soit* nécessiteront, à peine de nullité, l'autorisation préalable du *juge-commissaire*<sup>o</sup>. Ces interdictions communes à la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire sont destinées à sauvegarder les actifs de l'entreprise dans l'attente d'une solution judiciaire à ses difficultés.

## § 1 Les paiements interdits

■ 185

Le jugement ouvrant la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire emporte, de plein droit, interdiction de payer *toutes les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture* (C. com., art. L. 622-7 (S), L. 641-3 (RJ)). *Le paiement par compensation légale* n'échappe pas à cette prohibition dès lors que les conditions d'exigibilité et de liquidité, nécessaires à l'extinction des créances réciproques par la voie de la compensation, ne sont pas réunies au jour du jugement d'ouverture (Com. 20 mai 1997, *Bull. Joly* 1997. 804, note J.-M. Calendini).

Le domaine de l'interdiction a en outre été élargi par la loi du 26 juillet 2005 à *certaines créances nées postérieurement au jugement d'ouverture*. Cette nouvelle interdiction de paiement concerne les créances privées de la priorité de paiement prévue par l'article L. 622-17, I du Code de commerce en cas de procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire et par l'article L. 641-3, I en présence d'une procédure de liquidation judiciaire (v. ss chapitre 9). *Les créances postérieures non privilégiées sont ainsi désormais traitées comme des créances antérieures*.

Cette interdiction est commandée à la fois par le principe d'égalité entre les créanciers et la nécessité de financer la période d'observation.

Tout paiement effectué en violation des interdictions posées par la loi est nul (C. com., art. L. 622-7, al. 4 (S), L. 631-14 (RJ)). Le créancier qui a reçu le paiement est tenu de restituer les fonds sans qu'il y ait lieu de s'attacher à sa bonne ou mauvaise foi. La théorie de l'acte de gestion courante ne s'applique pas en effet aux actes spécialement réglementés (v. ss 178). Cette nullité peut être demandée par tout intéressé (créancier, débiteur, mandataire judiciaire, administrateur, etc.) ainsi que par le ministère public. L'action en nullité se prescrit dans un délai de trois ans qui court à compter du paiement de la créance.

En cas de procédure de redressement judiciaire (ou de liquidation judiciaire), le tribunal peut également prononcer une mesure de faillite personnelle (C. com., art. L. 653-5-4<sup>o</sup>) ou une interdiction de gérer (C. com., art. L. 653-8) contre le débiteur personne physique ou le dirigeant de la personne morale (v. ss chapitre 14). Il peut aussi prononcer des sanctions pénales contre le créancier *accipiens* si celui-ci a reçu un paiement en connaissance de l'ouverture de la procédure collective (C. com., art. L. 654-8-1<sup>o</sup>).

186 ■

## § 2 Les exceptions aux interdictions de paiement

La loi prévoit trois exceptions à l'interdiction de paiement. La première est propre au débiteur personne physique (A), le deuxième concerne le paiement par compensation de créances connexes (B), la dernière vise les paiements autorisés par le juge-commissaire dans le but de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation (C).

187 ■

### A. Les exceptions propres au débiteur personne physique

La loi du 26 juillet 2005 avait prévu deux exceptions à l'interdiction de paiement, posée par les articles L. 622-7 et L. 631-14 du Code de commerce lorsque le débiteur est une personne physique. Ces exceptions visaient :

- d'une part, les *créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur* (ex. : paiement du loyer du logement familial, entretien et éducation des enfants, etc.) ;
- et, d'autre part, les *créances alimentaires* (ex. : prestations compensatoires, pension alimentaire).

188 ■

Cette dernière exception consacrait les solutions jurisprudentielles posées par la Cour de cassation dans deux arrêts de principe du 8 octobre 2003 (D. 2003. AJ 2367, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2004. 368, obs. A. Martin-Serf).

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, la première de ces deux exceptions a disparu. Seul le paiement des créances alimentaires dues par le débiteur (*qu'elles*

soient nées avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure) échappe à l'interdiction des paiements posée par les deux textes précités. Sur ce point, l'ordonnance élargit le domaine de l'exception. Sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, l'exception n'avait vocation à jouer qu'à la condition que les créances alimentaires soient nées après le jugement d'ouverture. Ce qui conduisait par une interprétation *a contrario* à conclure que le paiement par le débiteur de créances alimentaires nées avant cette date était purement et simplement prohibé.

Or, cette limitation contredisait la jurisprudence antérieure pour laquelle l'autorisation de paiement était indépendante de la date de naissance de la créance alimentaire et devait en conséquence jouer tant pour les créances antérieures que pour les créances postérieures. Sur ce point, la solution jurisprudentielle a désormais force de loi (sur ce point particulier : v. ss 235).

## B. La compensation de créances connexes

■ 189

Le paiement par *compensation de créances connexes*<sup>o</sup> échappe également à l'interdiction posée par les articles L. 621-7 et L. 631-14 du Code de commerce. Cette exception trouve sa justification dans la fonction de garantie attachée à la compensation qui permet au créancier de se protéger contre l'insolvabilité de son débiteur.

Cependant, cette exception ne joue que pour les *créances nées antérieurement au jugement d'ouverture*. Sont donc exclues du champ de l'exception les créances nées après le jugement d'ouverture et qui ne bénéficient pas de la priorité de paiement prévue par la loi (v. ss chapitre 8). Pour ces dernières, l'interdiction de paiement est posée de manière absolue.

Traditionnellement, deux créances sont considérées comme connexes lorsqu'elles sont issues d'un même rapport de droit, c'est-à-dire principalement d'un même contrat. À titre d'exemple, dans un contrat de bail commercial, il y a connexité entre la créance de loyers et la dette née de l'obligation d'effectuer des travaux dans le local (Civ. 3<sup>e</sup>, 13 févr. 2002, *D.* 2002, AJ 887, obs. A. Lienhard) ou bien encore entre l'indemnité d'éviction due par le bailleur et l'indemnité d'occupation due par le preneur en cas de résiliation de bail commercial (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mai 2001, *JCP E* 2001. 871). En revanche, il n'y a pas de connexité entre une créance contractuelle et une créance délictuelle, même si ces créances se rapportent toutes deux à l'exécution d'un même contrat (Com. 14 mai 1996, *D.* 1996. 502, rapp. H. Le Dauphin). En cette hypothèse, l'absence de connexité se justifie par le fait que les créances ont un fondement juridique distinct : l'une est d'origine contractuelle alors que l'autre est d'origine délictuelle (Com., 18 sept. 2007, *JCP E* 20083. 1207, obs. crit. Ph. Pétel).

La jurisprudence a admis que des créances réciproques, *nées à l'occasion de contrats distincts*, sont connexes s'il est démontré que ces contrats constituent les éléments d'un « ensemble contractuel unique » servant de cadre général aux relations des parties (en ce sens : Com. 5 avr. 1994, *D.* 1995. Somm. 215, obs. A. Honorat ; Com. 15 mars 2005, *D.* 2005. AJ 1025, obs. A. Lienhard). Tel sera le cas des créances nées à l'occasion de l'exécution d'un contrat-cadre. À titre d'exemple, il a été jugé que constituent des créances connexes, les créances nées de deux ventes réciproques intervenues en application d'un contrat d'intégration agricole entre un éleveur et une coopérative (Com. 19 mars 1991, *D.* 1991. 542, note G. Buboc).

■ 190

La preuve de la connexité n'est pas un élément suffisant pour permettre l'extinction, et donc, le paiement de la créance née antérieurement au jugement d'ouverture. La

jurisprudence exige que la créance doit avoir été intégralement déclarée au passif de la procédure (Com. 3 mai 2011, *Act. proc. coll.* 2011, n° 17, obs. M.-L. Coquelet). Car, à défaut de déclaration, la créance ne peut être opposée à la procédure collective ouverte contre le débiteur et ne peut donc être l'objet d'un paiement, même par compensation (v. ss chapitre 8). L'obligation de déclaration suffit en revanche à asseoir l'extinction par compensation des créances connexes. La Cour de cassation n'exige pas que les créances aient été admises au passif de la procédure par le juge-commissaire dès lors qu'elles ont un caractère certain, ou tout du moins « vraisemblable » (Com. 30 juin 2009, pourvoi n° 08-15.631 ; *adde* sur l'exigence de certitude des créances : Com. 28 avr. 2009, *D.* 2009. AJ 1353, obs. A. Lienhard).

### C. Les paiements autorisés par le juge-commissaire

*En cas de procédure de sauvegarde*, le juge-commissaire peut également autoriser le débiteur, et lui seul, à procéder au paiement d'une créance antérieure lorsque ce paiement est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation. (art. L. 622-7, II C. com., réd. issue ord. 18 déc. 2008).

Lorsque la procédure est en revanche une *procédure de redressement judiciaire*, l'article L. 631-14 opère une distinction selon que l'administrateur est investi d'une mission d'assistance ou de représentation. Dans le premier cas, la demande de paiement peut être exercée par l'administrateur « concurremment avec le débiteur ». Dans le second cas, la demande de paiement constitue un pouvoir propre de l'administrateur, qu'il est donc seul à pouvoir exercer.

L'autorisation du juge-commissaire est étroitement encadrée. Tout d'abord, elle ne peut porter que sur le paiement de créances antérieures. Les créances postérieures qui ne bénéficient pas du droit de priorité de paiement sont donc exclues du domaine de l'exception (v. ss chapitre 8). Par ailleurs, l'autorisation de paiement n'est possible que s'il permet :

- soit de retirer une chose gagée ;
- soit de récupérer un bien retenu par un créancier en vertu d'un droit de rétention légitime.

Dans les deux cas, le bien gagé ou retenu doit être nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Cette condition est laissée à l'appréciation du juge-commissaire qui devra comparer les avantages liés à la restitution du bien pour l'entreprise avec les inconvénients liés à la nécessité de payer l'intégralité de la créance garantie).

L'autorisation du juge-commissaire doit, en tout état de cause, être donnée préalablement au paiement. Il s'agit d'« une formalité substantielle » dont l'omission ouvre droit à l'annulation du contrat (Paris, 19 mai 1995, *D.* 1995. Somm. 309, obs. A. Honorat). Une autorisation *a posteriori* est donc impuissante à permettre la régularisation du paiement effectué, sans autorisation, par l'administrateur ou le débiteur.

La notion de « droit de rétention légitime » a été précisée par la doctrine et la jurisprudence.

*En premier lieu*, le droit de rétention exercé par le créancier doit être un droit de rétention « matériel » et non fictif. Le débiteur doit en effet être dépossédé du bien qui lui appartient. En l'absence de dépossession, le paiement n'a aucune justification puisque le bien est en la possession du débiteur, et, continue dès lors d'être affecté à l'exploitation de l'activité. Le paiement n'est donc pas nécessaire pour permettre la

poursuite de l'activité de l'entreprise. *L'inopposabilité du droit de rétention fictif à la procédure collective ouverte contre le débiteur est aujourd'hui clairement consacrée par l'article L. 622-7, I, alinéa 2 du Code de commerce.* Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cet article dispose que le jugement d'ouverture « emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4<sup>e</sup> de l'article 2286 du Code civil ». *Cette inopposabilité s'applique pendant toute la durée de la période d'observation mais également pendant la durée de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement* (C. com., art. L. 622-7, I, al. 2 ; v. F. Pérochon, « Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009. 651, spéc. n<sup>os</sup> 18 s.).

En second lieu, la rétention exercée par le créancier pour obtenir paiement de sa créance doit être une rétention « légitime ». Selon la jurisprudence, le caractère légitime du droit de rétention est établi toutes les fois où il existe un lien de connexité matérielle ou juridique entre la détention et la créance pour le paiement de laquelle la chose est retenue (Com. 18 mars 2003, *JCP E* 2004. 69. n<sup>o</sup> 18, obs. Ph. Delbecq). Tel sera le cas du garagiste qui détient au jour du jugement d'ouverture un véhicule sur lequel il a effectué des réparations dont le prix ne lui a pas été payé. En ce cas, le droit de rétention est fondé sur une connexité matérielle car le bien retenu est celui-là même qui est en rapport avec la créance garantie. À l'opposé, le droit de rétention reposera sur une connexité juridique lorsque la créance et la détention sont en rapport avec un même contrat. Dans ce cas particulier, le créancier pourra exercer son droit de rétention sur un bien qui n'est pas nécessairement en rapport avec la créance. Tel sera le cas du garagiste qui refuse de restituer un véhicule pour obtenir le paiement de la créance de réparation faite sur d'autres véhicules, lorsque le débiteur lui a confié la réparation de son « parc automobile ».

■ 192

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a enrichi cette liste de deux nouvelles exceptions.

*Tout d'abord*, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur en sauvegarde – ou l'administrateur en cas de procédure de redressement judiciaire (v. ss 191) – à payer des créances antérieures au jugement d'ouverture pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, si ce retour est justifié par la poursuite de l'activité de l'entreprise. La solution a pour objet de garantir l'efficacité de la fiducie-sûreté.

*Ensuite*, le paiement d'une créance antérieure peut être autorisé par le juge-commissaire si ce paiement a pour objet de lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail. De manière identique aux autres exceptions visées par les articles L. 622-7 et L. 631-14 du Code de commerce, la levée de l'option doit être nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

### § 3 L'interdiction des actes étrangers à la gestion courante

■ 193

*En cas de procédure de sauvegarde* le débiteur ne peut accomplir aucun « acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise » sauf à obtenir l'autorisation préalable du juge-commissaire, qui devra lui-même recueillir l'avis du ministère public lorsque l'acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure (C. com., art. L. 622-7, II).

L'expression « acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise » vise l'aliénation de tout élément d'actif autre que des marchandises. Lorsque le







## Compléments pédagogiques

### Mémo

La « *période d'observation* » est la période comprise entre le prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire et l'adoption d'un plan.

La durée maximale de la période d'observation est de six mois, sauf prorogation décidée par le tribunal.

La période d'observation est une période de diagnostic pendant laquelle :

- l'activité de l'entreprise est poursuivie sous la direction du débiteur ;
- un *bilan économique et social* est élaboré en vue d'adopter un plan destiné à *assurer la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*.

Durant la période d'observation, il est interdit au débiteur de payer les créanciers antérieurs ainsi que les créanciers postérieurs non privilégiés. Cette interdiction ne s'applique pas aux actes de gestion courante.

Certaines créances antérieures peuvent être payées *sur autorisation préalable du juge-commissaire* ou *par compensation si les créances sont connexes et que le créancier antérieur a déclaré sa créance*.

*Le tribunal peut nommer un administrateur judiciaire dont la mission* peut être une mission *de surveillance (sauvegarde), d'assistance (sauvegarde et redressement judiciaire) ou de représentation (redressement judiciaire)*.

L'administrateur judiciaire est le seul à pouvoir décider de la continuation des contrats en cours (v. ss chapitre 7). Il s'agit d'un *pouvoir propre*.

La nomination d'un administrateur judiciaire est facultative sauf si l'entreprise :

- emploie au moins vingt salariés
- et réalise un chiffre d'affaires hors taxe d'au moins 3 000 000 d'euros.

*L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)* conserve le pouvoir d'administrer et de disposer des biens compris dans les patrimoines autres que celui contre lequel une procédure a été ouverte.

À compter de l'ouverture de la procédure, l'EIRL ne peut valablement modifier l'affectation des biens inclus dans le patrimoine contre lequel la procédure collective a été ouverte, sauf si cette modification n'emporte pas diminution de l'actif de ce patrimoine.

## Quid

### ■ Acte de gestion courante n° 178

Acte conforme à l'activité habituelle de l'entreprise qui peut être conclu par le débiteur sans intervention de l'administrateur judiciaire et sans autorisation du juge-commissaire.

### ■ Administrateur n°s 165, 169 s.

Mandataire de justice chargé par le tribunal de surveiller (sauvegarde), d'assister (sauvegarde et redressement judiciaire) ou de représenter (redressement judiciaire) le débiteur dans la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation.

### ■ Compensation de créances connexes n° 189

Mode d'extinction de créances issues d'un même rapport de droit ou d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général aux relations des parties.

### ■ Droits (ou pouvoirs) propres du débiteur n° 180

Pouvoirs du débiteur exercés sans l'assistance de l'administrateur et sans autorisation du juge-commissaire.

### ■ Effet réel de la procédure n° 182

Expression d'origine doctrinale désignant l'étendue des effets de l'ouverture d'une procédure collective sur les biens composant le patrimoine du débiteur.

### ■ Juge-commissaire n° 184

Juge, désigné parmi les membres du tribunal ayant ouvert la procédure, chargé de veiller au bon déroulement de la procédure, de surveiller l'administration de l'entreprise et d'autoriser la conclusion de certains actes ou paiements pendant la période d'observation.

### ■ Mission d'assistance n° 173

Mission confiée à l'administrateur judiciaire par le tribunal lors du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Elle autorise l'administrateur judiciaire à participer avec le débiteur aux opérations de gestion réalisées pendant la période d'observation.

### ■ Mission de représentation n° 174

Mission confiée à l'administrateur judiciaire par le tribunal lors du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Elle emporte dessaisissement du débiteur pour les opérations de gestion pendant la période d'observation.

### ■ Mission de surveillance n° 172

Mission confiée à l'administrateur judiciaire par le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Elle consiste à surveiller les opérations de gestion réalisées par le débiteur pendant la période d'observation.

### ■ Période d'observation n° 161

Période suivant immédiatement le prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire lorsque

l'exploitation de l'activité de l'entreprise est maintenue. Elle permet au tribunal d'apprécier les chances de redressement de l'activité par l'établissement d'un bilan économique et social.

### ■ Pouvoirs propres de l'administrateur n° 169

Pouvoirs reconnus par la loi à l'administrateur judiciaire en sa qualité d'organe de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qu'il exerce seul ou sur autorisation du juge-commissaire pendant la période d'observation.

## Documents

### 1) Les droits propres du débiteur

**Com. 9 juin 1992 (extraits)**  
**(RJDA 1992, n° 350)**

« Mais attendu que si aux termes de l'article 32 de la loi du 25 janvier 1985 [devenu art. L. 622-3 C. com. sur renvoi de l'art. L. 631-14 C. com.], le débiteur en redressement judiciaire continue, au cours de la période d'observation, à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur, il doit cependant aux termes de l'article 33, alinéa 2 de la même loi [devenu art. L. 622-7, II C. com. sur renvoi de l'art. L. 631-14 C. com.], pour les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise, que les biens dont il entend disposer soient ou non attachés à l'exploitation, obtenir l'autorisation du juge-commissaire ; qu'ayant retenu, sans être critiqué sur ce point que l'exercice du droit de substitution du locataire à l'acquéreur prévu par l'article 10 de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975, relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation constituait un acte de disposition, la cour d'appel en a déduit à bon droit que l'autorisation du juge-commissaire était nécessaire ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

### 2) Compensation pour créances connexes : les conditions de l'extinction

**Com. 3 mai 2011, n° 10-16.758 (P+B+R+I)**  
**(Act. proc. coll. 2011, n° 11, p. 1, obs. M.-L. Coquelet)**

« Vu les articles L. 622-24 et L. 622-26, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;  
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société des productions Mitjavila (la société Mitjavila), qui confiait régulièrement à la société Messageries du Midi (la société Messageries) le transport de marchandises, a refusé de payer le montant de factures d'octobre à décembre 2006 ; que cette dernière a obtenu une ordonnance d'injonction de payer une certaine somme contre laquelle la société Mitjavila a formé opposition ; que par ailleurs, la société Mitjavila, invoquant une créance résultant du dépassement du tarif contractuel pour des factures de janvier à septembre 2006, a assigné en répétition de l'indu la société Messageries ; que le tribunal a joint les instances, validé l'ordonnance d'injonction de payer, rejeté la demande de compensation présentée par la société Mitjavila, et condamné cette dernière au paiement de la somme de 34 915,61 euros ; que la

société Messageries a été mise sous sauvegarde par jugement du 22 octobre 2008 ; que la société Mitjavila n'a pas déclaré sa créance ;

Attendu que pour condamner, après compensation, la société Mitjavila à payer à la société Messageries les sommes de 1 345,25 euros et 201,78 euros au titre des factures non réglées d'octobre à décembre 2006 et de la clause pénale, l'arrêt retient qu'aucune déclaration de créance ne s'impose à la société Mitjavila par application de l'article L. 622-24 du code de commerce, dès lors que le bénéfice de la compensation qu'elle oppose à l'action en paiement de la société Messageries du Midi, ne constitue qu'un moyen de défense visant à l'extinction des obligations réciproques ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la compensation pour dettes connexes ne pouvait être prononcée dès lors que la société Mitjavila n'avait pas déclaré sa créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE »

## Biblio

- M.-H. Monsérié-Bon, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté », *Bull. Joly* 2011. 270 s.
- E. Cadou, « Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution, droit de rétention, compensation) », *RTD com.* 2000. 817 s.
- J.-E. Kuntz et V. Nurit, « Le paiement de dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité », *BJE* 2011. 160 s.
- M.-N. Legrand, « Les pouvoirs du débiteur dessaisi », *Rev. proc. coll.* 1991. 11 s.
- P.-M. Le Corre, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives », *D.* 2001. Chron. 290.
- F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », in « Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2009. 651 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.* 1990. 3 s.
- Ph. Théry, « Le sort des créances d'aliments dans les procédures collectives », in *Mélanges J. Buffet*, éd. LPA 2004. 433 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. Le paiement des créances nées avant l'ouverture d'une procédure collective est :

- a. un pouvoir propre de l'administrateur judiciaire ;
- b. un acte de gestion courante ;

- c. un acte interdit.
2. La continuation des contrats en cours est :
- a. un pouvoir propre de l'administrateur judiciaire ;
  - b. un pouvoir confié par le tribunal à l'administrateur judiciaire lors du jugement d'ouverture ;
  - c. un acte de gestion courante du débiteur.
3. Lorsque l'administrateur judiciaire assiste le débiteur :
- a. il surveille la conclusion des actes conclus par le débiteur pendant la période d'observation ;
  - b. il participe à la conclusion des actes conclus par le débiteur pendant la période d'observation ;
  - c. il dirige seul l'entreprise pendant la période d'observation.
4. L'acte conclu par le débiteur en violation de la mission de représentation de l'administrateur est :
- a. nul ;
  - b. inopposable ;
  - c. caduc.
5. La durée de la période d'observation est en principe de :
- a. douze mois ;
  - b. dix-huit mois ;
  - c. six mois.
6. L'administrateur judiciaire est chargé d'une mission de surveillance :
- a. en cas de procédure de sauvegarde ;
  - b. en cas de procédure de redressement judiciaire ;
  - c. en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.
7. Le paiement d'une créance antérieure par le débiteur est frappé :
- a. d'inopposabilité ;
  - b. de nullité relative ;
  - c. de nullité absolue.
8. Le paiement par le débiteur d'une créance née après le jugement d'ouverture est :
- a. par principe interdit ;
  - b. par principe permis ;
  - c. obligatoirement soumis à l'autorisation du juge-commissaire.
9. La nomination d'un administrateur judiciaire est :
- a. obligatoire ;
  - b. facultative ;
  - c. tout dépend de la taille de l'entreprise.

10. En cas de procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire a pour mission de :

- a. surveiller le débiteur ;
- b. assister le débiteur ;
- c. représenter le débiteur.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Cas pratiques

### Énoncé n° 1

M. Debel, qui exploite un fonds de commerce de bijouterie et emploie trois salariés, est en redressement judiciaire depuis deux mois. Quelques jours après le jugement d'ouverture, M. Debel a licencié M<sup>elle</sup> Adèle pour faute grave en raison de vols répétés de marchandises. Il a également payé l'un de ses fournisseurs qui lui avait livré un lot de bagues en or blanc peu avant qu'il ne se déclare en cessation des paiements. Ces actes sont-ils valables ?

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 2

Après l'ouverture de la procédure, M. Debel a vendu à M. Dublanc un studio à Nice qu'une de ses grands-tantes lui a légué. Cette vente est-elle valable ?

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 3

M. Debel a également versé par chèque à son ex-épouse le montant de la pension alimentaire destinée à ses enfants. Ce paiement est-il valable ?

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 4

Depuis trois mois, la société Ordi SA, spécialisée dans la commercialisation de matériel et logiciel informatiques est l'objet d'une procédure de sauvegarde. Le jugement d'ouverture a nommé M<sup>e</sup> Duval en qualité d'administrateur, avec pour mission d'assister M. Embrin, président du Conseil d'administration et directeur général, dans la gestion de la société Ordi pour toute la durée de la période d'observation. Soucieux de mener à bien sa mission, M<sup>e</sup> Duval s'interroge sur la validité des actes accomplis seul par M. Embrin. Celui-ci a dernièrement passé commande d'un lot de vingt ordinateurs portables d'une valeur unitaire de 2 286 euros afin de reconstituer les stocks de trois des magasins de la région parisienne. M. Embrin a également consenti à la banque Leurvet une hypothèque sur l'un des entrepôts appartenant à la société pour garantir le remboursement d'un nouveau prêt destiné à financer l'activité de la société pendant la période d'observation. M. Embrin souhaite aujourd'hui payer une somme de 800 euros à la société Raipartou. Cette somme correspond à des travaux de réparation de trois ordinateurs que la société Raipartou refuse de lui restituer depuis six mois en raison de factures de réparation impayées.

Lassé des initiatives personnelles de M. Embrin, et, inquiet quant à l'avenir de la société, Maître Duval souhaite demander au tribunal que sa mission soit transformée

en une mission de représentation. Il envisage également de solliciter la conversion de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. *Que pensez-vous de la situation et des demandes de M<sup>e</sup> Duval ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **c.** ; 2. **a.** ; 3. **b.** ; 4. **b.** sauf s'il s'agit d'un acte de gestion courante conclu avec un tiers de bonne foi. L'acte est alors pleinement opposable ; 5. **c.** ; 6. **a.** ; 7. **c.** ; 8. **b.** ; 9. **c.** ; 10. **b et c.**

### Cas pratique n° 1

#### Validité du paiement de la livraison

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire emporte, de plein droit, interdiction, de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture (v. ss 185). Le paiement fait en violation de cette interdiction est frappé de nullité. Il s'agit d'une nullité qui peut être invoquée par toute personne ayant un intérêt au prononcé de cette nullité (C. com., art. L. 622-7, III (S), L. 631-14 (RJ)). Le tribunal peut également prononcer, à titre de sanction, la faillite personnelle du débiteur (v. ss chapitre 14) ainsi que des sanctions pénales contre le créancier *accipiens* (v. ss 186).

#### Validité du licenciement de M<sup>elle</sup> Adèle

En l'absence de nomination d'un administrateur, le débiteur en procédure de redressement judiciaire conserve l'administration de l'entreprise. Il peut donc décider, en sa qualité d'employeur, de licencier pour cause disciplinaire ses salariés. Le licenciement pour motif économique serait également possible mais il est alors soumis à un régime spécifique, dérogoratoire du droit commun. D'une part, le licenciement doit être justifié par son caractère urgent, inévitable et indispensable. D'autre part, il doit être autorisé par le juge-commissaire (C. com., art. L. 631-17). Ces principes ne s'appliquent pas lorsque la procédure ouverte est une procédure de sauvegarde. Le débiteur peut licencier dans les conditions du droit commun du licenciement.

### Cas pratique n° 2

En vertu de l'article L. 622-3 du Code de commerce, applicable sur renvoi de l'article L. 631-14 à la procédure de redressement judiciaire, le débiteur conserve en principe le pouvoir de disposer et d'administrer son patrimoine. Cependant, l'article L. 622-7, II du Code de commerce interdit, dans le même temps, au débiteur de faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise sans l'autorisation préalable du juge-commissaire. De la combinaison de ces deux textes, on pourrait penser qu'une distinction est faite entre le patrimoine personnel (C. com., art. L. 622-3) et le patrimoine professionnel (C. com., art. L. 622-7, II). Distinction au terme de laquelle seuls les actes de disposition relatifs aux biens professionnels (c'est-à-dire affectés à l'activité de l'entreprise) sont interdits au débiteur.

Cependant, la Cour de cassation a condamné cette distinction lorsque le débiteur est une personne physique et n'a pas opté en faveur du statut d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (v. ss 181 s.). En vertu du principe d'unité du patrimoine, elle considère en effet que l'autorisation du juge-commissaire est nécessaire même pour la vente de biens qui ne sont pas affectés à l'exploitation de l'entreprise (Com. 9 juin 1992 ; v. ss Documents). En conséquence, bien que le studio vendu ne soit pas affecté à l'exploitation de l'activité commerciale de M. Debel, celui-ci aurait dû demander au juge-commissaire l'autorisation pour pouvoir en disposer. La vente est donc nulle (C. com., art. L. 622-7, III). Cette nullité est peut-être demandée par tout intéressé (v. ss 186).

### Cas pratique n° 3

En vertu de l'article L. 622-7, I du Code de commerce, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (ou de sauvegarde) interdit de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture ainsi que les créances postérieures non privilégiées (v. ss chapitre 9). Une exception est apportée à ce principe lorsque la créance est une créance alimentaire (ex. : prestations compensatoires, pensions alimentaires). Le domaine de cette exception a été élargi par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et concerne aujourd'hui les créances alimentaires nées après le jugement d'ouverture mais aussi celles nées avant cette date (v. ss 188). Le paiement est donc, en l'espèce, valable.

### Cas pratique n° 4

Il convient d'envisager successivement : la validité des actes accomplis seul par le président du conseil d'administration (I), le paiement du créancier rétenteur (II) et la recevabilité des demandes de l'administrateur (III).

#### I. Validité des actes accomplis par le président du conseil d'administration

En l'espèce, M. Embrin a passé seul commande d'un lot de vingt ordinateurs. En principe, lorsqu'un administrateur est chargé d'une mission d'assistance, les actes accomplis par le débiteur doivent être conclus avec son accord. L'acte doit ainsi comprendre, outre la signature du dirigeant de l'entreprise, celle de l'administrateur. À défaut, l'acte est inopposable à la procédure (Com. 23 mai 1995, *D.* 1995. 413, note F. Derrida). Mais, cette sanction est écartée lorsque l'acte conclu s'analyse en un acte de gestion courante. L'article L. 622-3, alinéa 2, du Code de commerce dispose en effet que les actes de gestion courante accomplis seul par le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi. Deux conditions sont donc posées par la loi : l'acte doit être un acte de gestion courante et le tiers cocontractant doit être de bonne foi.

Aux termes de la jurisprudence, l'acte de gestion courante est celui qui entre dans l'activité ordinaire de l'entreprise. Il s'agit donc d'une opération de type courant, conforme aux usages du commerce. En l'espèce, la conclusion d'une commande destinée à permettre la reconstitution des stocks d'un magasin afin de répondre à la demande de la clientèle constitue un acte de gestion courante. Mais, encore faut-il que cette commande ne soit pas disproportionnée par rapport aux besoins de l'entreprise ou bien encore par rapport à son montant. En l'espèce, rien ne permet



d'établir le caractère disproportionné de la commande passée seul par M. Embrin. Toutefois, M<sup>e</sup> Duval pourrait remettre en cause l'opposabilité de cet acte en démontrant que le cocontractant de la société Ordi était de mauvaise foi. La mauvaise foi est en principe établie lorsque le tiers a connaissance de l'ouverture d'une procédure collective et, de la nature de la mission confiée à l'administrateur. Mais, cette preuve ne peut résulter de la seule publication du jugement d'ouverture. La preuve de la mauvaise foi du cocontractant doit reposer sur d'autres éléments. Par exemple, si le fournisseur est un fournisseur habituel, il ne pourra légitimement prétendre ne pas avoir eu connaissance de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Il lui incombait donc de vérifier les pouvoirs de M. Embrin.

La solution est en revanche différente s'agissant de la constitution de l'hypothèque sur l'un des entrepôts appartenant à la société. Cet acte ne constitue pas un acte de gestion courante. Il s'agit au contraire d'un acte grave dont la validité est subordonnée à l'autorisation préalable du juge-commissaire (v. ss 193). Cette exigence est posée par l'article L. 622-7, II du Code de commerce. En l'espèce, l'hypothèque accordée sans l'autorisation du juge-commissaire est nulle. Il s'agit d'une nullité qui peut être demandée par tout intéressé dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte (C. com., art. L. 622-7, III). M<sup>e</sup> Duval peut donc demander la nullité de l'hypothèque accordée par M. Embrin à la banque Leurvet.

## II. Le paiement du créancier rétenteur

La créance de la société Raipartou est une créance née avant le jugement d'ouverture. Or, le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde emporte de plein droit interdiction de payer toute créance antérieure (C. com., art. L. 622-7, I). Le paiement effectué en violation de cette interdiction est frappé de nullité. Toute personne peut la demander dans le délai de trois ans (C. com., art. L. 622-7, III).

Toutefois, en cas de sauvegarde le juge-commissaire peut autoriser le débiteur (et donc le dirigeant d'une société) à payer des créances antérieures pour retirer une chose légitimement retenue. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette autorisation ne peut être demandée que par le débiteur, et non par l'administrateur (v. ss 191 s.).

La validité de l'autorisation du juge-commissaire est subordonnée au respect d'une condition essentielle, le bien retenu doit être nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 622-7, II). En l'espèce, le paiement a pour but d'obtenir la restitution de trois ordinateurs actuellement en possession de la société Raipartou. Cette rétention est-elle légitime ? Selon la jurisprudence, le droit de rétention est légitimement exercé par un créancier lorsqu'il existe un lien de connexité, matérielle ou juridique, entre la chose retenue et la créance impayée (v. ss 191). En l'espèce, la connexité n'est guère contestable : la créance impayée correspond à des travaux de réparation effectués sur les ordinateurs retenus. Pour en obtenir la restitution, M. Embrin peut donc demander au juge-commissaire de l'autoriser à payer la créance litigieuse. Mais, il risque de s'opposer à un refus du juge-commissaire. Le paiement du créancier rétenteur doit en effet permettre la restitution d'un bien nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Cette condition fait en l'espèce défaut : comment en effet justifier de la nécessité impérieuse de la restitution de trois ordinateurs pour assurer la poursuite de l'activité ?

### III. Recevabilité des demandes de l'administrateur

M<sup>e</sup> Duval a saisi le tribunal pour que celui-ci modifie sa mission initiale d'assistance en une mission de représentation. Cette demande est en l'espèce irrecevable en raison de la nature de la procédure. Celle-ci est en effet une procédure de sauvegarde, et non pas de redressement judiciaire. Or, dans ce type de procédure, le tribunal ne peut confier à l'administrateur qu'une mission de surveillance ou d'assistance (C. com., art. L. 622-1, II). Une mission de représentation n'est possible qu'en cas de procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-12).

Il reste à savoir si l'administrateur peut demander la conversion de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. L'administrateur a indubitablement qualité pour présenter cette demande (C. com., art. L. 622-10, al. 2). Mais, pareille demande n'est recevable que si les conditions d'ouverture spécifiques à la procédure de redressement judiciaire sont réunies. Il faut en effet que l'entreprise soit en cessation des paiements (v. ss chapitre 3). En l'espèce, rien ne permet d'affirmer que cette condition est remplie.

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:715618305:88866152:196.200.176.177:1580832562

ch a p i t r e



# La continuation des contrats en cours pendant la période d'observation

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:715618305:88866152:196.200.176.177:180832562

## Plan analytique

### section 1

#### Le régime général de continuation des contrats en cours

- § 1 La notion de « contrat en cours »
  - A. Les cas des contrats à exécution instantanée
  - B. Le cas des contrats *intuitu personae*
- § 2 L'exercice de l'option
  - A. Le titulaire de l'option
  - B. Le caractère d'ordre public de l'option
  - C. Les conditions d'exercice de l'option
- § 3 Les conséquences de l'exercice de l'option
  - A. Le sort du contrat dans l'attente d'une décision de l'administrateur
  - B. L'option en faveur de la continuation
  - C. L'option en faveur de la renonciation

### section 2

#### Les régimes spéciaux de continuation

- § 1 La continuation des contrats de travail
- § 2 La continuation du contrat de bail
- § 3 La continuation du contrat de fiducie

#### Compléments pédagogiques

## La continuation des contrats en cours pendant la période d'observation

Le principe de continuation des contrats en cours constitue l'une des pièces maîtresses du sauvetage de l'entreprise en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. L'exploitation de l'activité de l'entreprise au cours de la période d'observation n'est en effet possible que si l'exécution des contrats conclus antérieurement au jugement d'ouverture est poursuivie.

L'administrateur, lui seul, a la faculté d'exiger la continuation des contrats lorsque sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 622-13 (S), L. 631-14, I (RJ)).

Le principe de la continuation des contrats en cours déroge au droit commun des contrats. Il organise le maintien forcé des relations contractuelles en paralysant le jeu de la résolution pour inexécution ainsi que celui de l'exception d'inexécution propre aux contrats synallagmatiques. En d'autres termes, l'inexécution antérieure du contrat ne constitue pas un obstacle à sa continuation (C. com., art. L. 622-13, I (S), L. 631-14, I (RJ)).

Face au principe de continuation, tous les cocontractants de l'entreprise ne sont pas cependant placés sur un même pied d'égalité. *Deux régimes distincts de continuation sont en effet prévus.* À côté du régime général de continuation des contrats en cours, régi par les articles L. 622-13 et L. 631-14, I (section 1), des régimes spéciaux de continuation propres à certaines catégories de contrat sont mis en place (section 2).

195 ■

### section 1

## Le régime général de continuation des contrats en cours

Quelle que soit la mission qui lui a été confiée par le juge, l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des « contrats en cours au jour du jugement d'ouverture » (§ 1). Il s'agit donc d'un pouvoir propre (v. ss 170). La loi détermine les conditions d'exercice de ce droit de vie et de mort (§ 2) et ses effets (§ 3).

196 ■

### § 1 La notion de « contrat en cours »

Le Code de commerce ne définit pas ce que recouvre la notion de *contrat en cours*<sup>0</sup>. Selon la jurisprudence, *un contrat est dit « en cours » lorsque celui-ci est en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture.* Cette définition inclut sans conteste les *contrats à exécution successive*, tel qu'un contrat de bail, de concession, de franchise ou de crédit-bail.

197 ■

Elle exclut en revanche :

- les contrats en cours de formation au jour du jugement d'ouverture ;
- les contrats arrivés à leur terme à cette date (Com. 17 févr. 1998, *JCP E* 1998. 1361, note D. Brault) ;

- les contrats résolus ou résiliés soit à la suite d'un jugement ayant force de chose jugée, soit en raison du jeu d'une clause résolutoire « *acquise avant le jugement d'ouverture* » (v. Com. 21 janv. 1992 (sol. impl.), *JCP E* 1992. I. 136, obs. Ph. Pétel ; Com. 2 mars 1993, *D.* 1993. 572, note Ph. Devesa).

Les difficultés d'application de la notion concernent toutefois les contrats à exécution instantanée (A) ainsi que les contrats *intuitu personae* (B).

## A. Les cas des contrats à exécution instantanée

■ 198

Les contrats à exécution instantanée devraient, en raison de leur nature, être exclus du champ d'application du principe de continuation des contrats en cours. Mais, on peut s'interroger sur l'application de ce principe lorsque le contrat à exécution instantanée n'a pas encore produit l'intégralité de ses effets au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Tel sera, par exemple, le cas d'un contrat de vente dont le prix est payable par mensualités ou n'a pas encore été versé au jour du jugement d'ouverture. Ou bien encore celui dont le transfert de propriété est différé en raison notamment d'une clause de réserve de propriété. Dans tous ces cas, le contrat peut-il être considéré comme un « contrat en cours » ? Au terme de la jurisprudence rendue sous la loi du 25 janvier 1985 et qui demeure applicable, une distinction doit être faite selon la nature de l'obligation non encore exécutée au jour du jugement d'ouverture.

■ 199

Selon la Cour de cassation, un contrat à exécution instantanée constitue un contrat en cours d'exécution lorsque la prestation principale et caractéristique du contrat n'a pas encore été fournie au débiteur au jour du jugement d'ouverture.

En présence d'un contrat de vente, ce principe conduit à exclure la qualification de « contrat en cours », lorsque le prix de vente n'a pas été intégralement versé par le débiteur lors du jugement d'ouverture car la prestation principale et caractéristique réside dans le transfert de propriété et non dans le paiement du prix. Il a été ainsi jugé que lorsque le transfert de propriété s'est réalisé avant l'ouverture de la procédure, le contrat n'est plus en cours même si la vente a été consentie moyennant le paiement d'une rente viagère (Com. 28 févr. 1995, *JCP E* 1995. I. 487. n° 11, obs. Ph. Pétel ; Aix 23 mai 2001, *Rev. proc. coll.* 2002. 189, n° 2, obs. Ph. Roussel Galle) ou en contrepartie d'une dation en paiement (Civ. 3<sup>e</sup>, 18 juill. 1995, *D.* 1996. 70, note F. Derrida).

En revanche, la qualification de contrat en cours a été retenue lorsque les parties ont convenu de retarder la date du transfert de propriété au paiement complet du prix (Com. 1<sup>er</sup> févr. 2000, *D.* 2000. AJ 144, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2000. 444, obs. A. Laude). La vente constitue alors une vente à terme. Sa continuation peut en conséquence être exigée par l'administrateur moyennant le paiement du prix de vente restant dû par le débiteur. Toutefois, selon la jurisprudence, *cette solution n'a vocation à s'appliquer qu'aux seules ventes immobilières*. Pour les ventes mobilières conclues avec clause de réserve de propriété, la qualification de contrat en cours a été exclue au motif que le transfert de propriété est en cette hypothèse différé à titre de garantie (Com. 5 mai 2004, *D.* 2004. AJ 1525, obs. A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 2004,

n° 11, obs. F. Pérochon). La vente avec clause de réserve de propriété est alors régie par un régime spécifique organisé par l'article L. 624-16 du Code de commerce (v. ss chapitre 10).

La qualification de « contrat en cours » peut également être appliquée en présence d'un contrat de prêt. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe du 2 mars 1993, a jugé que les contrats de prêts constituent des contrats en cours dès lors que « les fonds n'ont pas été *intégralement* remis à l'emprunteur avant l'ouverture du redressement judiciaire » (Com. 2 mars 1993, *D.* 1993. 572, note Ph. Devesa).

La solution malmène cependant le caractère réel du contrat de prêt. La qualification de contrat en cours devrait en effet être exclue puisque le contrat de prêt n'est pas conclu tant que la chose prêtée n'a pas été remise par le prêteur à l'emprunteur. Cependant, il faut ici relever que le caractère réel du contrat de prêt est aujourd'hui de plus en plus contesté. En ce sens, la Cour de cassation a jugé que les contrats de prêt conclus par un professionnel du crédit constituent un contrat consensuel formé dès l'échange des consentements du prêteur et de l'emprunteur (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, *D.* 2000. 482, note S. Piedelièvre; *D.* 2001. Somm. 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachelier).

200 ■

## B. Le cas des contrats *intuitu personae*

Quelle que soit sa nature, tout contrat en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture relève du régime institué par l'article L. 622-13 du Code de commerce. La généralité de ce principe englobe les *contrats conclus intuitu personae*.

La possibilité pour l'administrateur d'en exiger la continuation a été admise dès 1987 par la Cour de cassation (Com. 8 déc. 1987, *JCP* 1988. II. 20927, note M. Jeantin). Sous l'empire de la loi de 1967, une solution contraire prévalait. Désormais, la Cour de cassation décide que « l'administrateur a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, *sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne, en fonction de "l'intuitu personae"* ».

Bien que critiquée, l'application de la continuation des contrats en cours aux contrats *intuitu personae* se justifie. Tout d'abord, le principe de continuation des contrats en cours a un caractère d'ordre public et n'autorise, nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 622-13, I) ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14, I).

201 ■

Par ailleurs, la solution a pour avantage la poursuite de plein droit des conventions de compte courant et des contrats d'ouverture de crédit consentis à l'entreprise. Les avances et crédits accordés, en vertu de ces contrats, pendant la période d'observation seront considérés comme des *créances postérieures*<sup>9</sup>, et, bénéficieront par conséquent d'un règlement prioritaire en vertu de l'article L. 622-17 du Code de commerce (v. ss chapitre 9).

202 ■

Toutefois, l'ouverture d'une procédure ne paralyse pas le jeu de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. La jurisprudence reconnaît la possibilité pour l'établissement de crédit de résilier, lors de la période d'observation et sans préavis, l'ouverture de crédit « en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement



compromise», ce qui ne peut résulter de la seule cessation des paiements (Com. 2 nov. 1994, *Rev. bancaire et bourse* 1995. 17, obs. F. Credot et Y. Gérard).

## § 2 L'exercice de l'option

- 203 Le titulaire de l'option n'est pas le même selon que le tribunal a décidé ou non de nommer un administrateur (A). La faculté de décider de la continuation d'un contrat en cours est d'ordre public (B). Son exercice peut être exprès ou simplement tacite (C).

### A. Le titulaire de l'option

- 204 Lorsque le tribunal a nommé un administrateur, le droit d'opter pour la continuation des contrats en cours appartient exclusivement à ce dernier. Il s'agit d'un *pouvoir propre*<sup>o</sup> inhérent à sa fonction (v. ss 169 s.), dont l'exercice est par conséquent indépendant de l'étendue de la mission qui lui a été confiée par le jugement d'ouverture : surveillance, assistance ou représentation (C. com., art. L. 622-13, I (S), L. 631-14, I (RJ)).

*L'exercice de ce pouvoir propre n'est cependant pas discrétionnaire.* La décision de l'administrateur de continuer ou non un contrat en cours d'exécution peut, tout d'abord, être l'objet d'un recours du cocontractant de l'entreprise. Par ailleurs, l'administrateur engage sa responsabilité s'il poursuit un contrat tout en sachant qu'il ne pourra pas l'exécuter (C. com., art. L. 622-13, II), ou, s'il renonce à poursuivre un contrat d'une importance primordiale pour la continuité de l'exploitation de l'entreprise (Com. 9 juin 1998, *D.* 1998. Somm. 329, obs. A. Honorat).

- 205 *En l'absence de nomination d'un administrateur,* les articles L. 627-2 (S) et L. 631-21, alinéa 1<sup>er</sup> (RJ) du Code de commerce réservent *au débiteur* le pouvoir d'exiger la continuation des contrats nécessaires à la poursuite de l'activité de son entreprise. Mais, il ne dispose pas, à la différence de l'administrateur, d'un monopole : la décision de continuer l'exécution d'un contrat est en effet subordonnée à l'avis préalable et conforme du *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> nommé par le tribunal lors de l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 627-2, L. 631-21). En cas de désaccord entre eux, le juge-commissaire doit être saisi, par tout intéressé, aux fins de statuer sur le sort du contrat (C. com., art. L. 627-2 *in fine*). Bien qu'aucun texte ne le prévoit, on peut penser que la décision du débiteur d'exercer l'option sans consulter le mandataire judiciaire est frappée de nullité (en ce sens : A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 2013, n° 400).

### B. Le caractère d'ordre public de l'option

- 206 L'option ouverte à l'administrateur, et le cas échéant au débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire, a un caractère d'ordre public. Aucune clause contractuelle ou disposition légale ne peut y faire échec. En ce sens, l'article L. 622-13, I du Code de commerce, applicable à la procédure de redressement judiciaire sur renvoi de l'article L. 631-14, I du Code de commerce, dispose que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation, résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ».

Le cocontractant de l'entreprise ne peut donc mettre un terme à la relation contractuelle en prenant prétexte de l'ouverture contre son débiteur d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Réciproquement, l'administrateur (ou le débiteur) peut valablement exiger la continuation du contrat alors même que le débiteur n'aurait pas exécuté ses obligations *avant* le jugement d'ouverture. L'interdiction faite au cocontractant du débiteur de mettre un terme à la relation contractuelle en arguant d'une inexécution passée ne joue toutefois qu'à la condition que cette inexécution n'ait pas été constatée par une décision de justice ayant, au jour du jugement d'ouverture, « force de chose jugée ». *En cette hypothèse, le contrat n'est plus un « contrat en cours » puisqu'il est définitivement, et irrévocablement, résolu ou résilié* (v. ss 197).

Le défaut d'inexécution ne permet pas non plus au cocontractant du débiteur de suspendre l'exécution de ses propres obligations en invoquant l'exception d'inexécution. L'article L. 622-13, I du Code de commerce lui impose de « remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture ». Le cocontractant n'a pas d'autre choix que de déclarer au passif de la procédure de son débiteur le montant des dommages et intérêts ou des pénalités résultant de l'inexécution du contrat (C. com., art. L. 622-13, I, al. 2 *in fine*).

### C. Les conditions d'exercice de l'option

*La décision de l'administrateur de continuer le contrat n'est subordonnée à aucune condition de forme.* Elle peut donc être expresse ou tacite. À titre d'exemple, l'administrateur qui continue à payer spontanément les loyers prévus au contrat manifeste sa volonté non équivoque de continuer le bail (Com. 20 mai 1997, *D. Affaires* 1997. 862, obs. A. Lienhard).

*Son exercice n'est pas non plus enfermé dans un délai.* La décision de continuer le contrat ou de renoncer à sa continuation peut intervenir à tout moment de la période d'observation. Par conséquent, tant que l'administrateur (ou le débiteur) n'a pas expressément décidé de renoncer à la continuation d'un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture, il se continue de plein droit (v. ss 212) et *les créances nées de cette exécution ont vocation à bénéficier du statut de créances postérieures privilégiées* (v. ss 212 et chapitre 9).

Pour lever toute incertitude sur le sort du contrat, le cocontractant du débiteur a cependant la possibilité de mettre en demeure l'administrateur de prendre parti sur la continuation du contrat (C. com., art. L. 622-13, III, 1° (S), L. 631-14, I (RJ)). À compter de cette mise en demeure, *l'administrateur dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur l'avenir du contrat*, c'est-à-dire le poursuivre ou y renoncer (sur les conséquences de cette renonciation : v. ss 217). Passé ce délai d'un mois, le silence conservé par l'administrateur emporte *renonciation implicite* à la continuation du contrat et sa résiliation de plein droit (C. com., art. L. 622-13, II).

Ce délai d'un mois peut, à *l'initiative du juge-commissaire*, être abrégé ou être prorogé d'une durée maximale de deux mois (C. com., art. L. 622-13, III, 1°).

*Une solution identique est posée lorsqu'aucun administrateur n'a été nommé par le juge.* En cette hypothèse, l'article L. 622-7 du Code de commerce prévoit que la mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat doit être adressée par le créancier au débiteur. Il doit également en informer le mandataire judiciaire puisque

207 ■

208 ■

la continuation du contrat ne peut être décidée qu'après avis conforme de ce dernier (C. com., art. R. 627-1 ; v. ss 205).

■ 209

*En l'absence de toute mise en demeure préalable du cocontractant du débiteur*, l'administrateur peut, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, saisir le juge-commissaire afin que celui-ci prononce la résiliation d'un contrat en cours (C. com., art. L. 622-13, IV).

*Cette faculté est strictement entendue*. Le juge-commissaire ne peut en effet faire droit à la demande de résiliation que si et seulement si deux conditions cumulatives sont réunies :

– 1<sup>re</sup> condition : la résiliation prématurée du contrat doit être « nécessaire à la sauvegarde du débiteur » ;

– 2<sup>de</sup> condition : cette résiliation ne doit pas porter « une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant ».

Cette faculté de résiliation judiciaire à la demande de l'administrateur a pour objet de délier le débiteur de l'exécution d'un contrat mettant à sa charge, non pas une obligation de payer une somme d'argent, mais une obligation de faire, telle qu'une obligation de jouissance. À titre d'exemple, lorsque le débiteur est propriétaire d'un bien meuble ou immeuble mis en location, la résiliation judiciaire peut être demandée par l'administrateur afin de procéder à sa vente dans le but de financer la période d'observation. Mais pour que le juge-commissaire puisse accéder à cette demande, encore faut-il que l'administrateur arrive à démontrer que la privation du bien loué n'est pas de nature à compromettre l'activité du locataire. En pratique, cette preuve sera difficile à rapporter si le bien est nécessaire à l'exploitation de l'entreprise du locataire.

À l'image de ce qui a été déjà été dit (v. ss 205), cette faculté de résiliation est exercée par le débiteur lorsqu'aucun administrateur n'a été nommé (C. com., art. R. 627-1). Mais l'exercice de cette faculté de résiliation n'est pas subordonné à l'avis conforme du mandataire judiciaire. *Le débiteur peut donc l'exercer seul*.

### § 3 Les conséquences de l'exercice de l'option

■ 210

Le sort des contrats en cours est entièrement dépendant de la décision de l'administrateur judiciaire, ou du débiteur, si aucun administrateur n'a été nommé. L'administrateur (ou le débiteur) peut en décider la continuation (B) ou renoncer pour l'avenir à leur exécution (C). Dans l'attente de cette décision, le contrat est continué de plein droit (A).

#### A. Le sort du contrat dans l'attente d'une décision de l'administrateur

■ 211

Tant qu'aucune décision n'a été prise quant à son avenir, le contrat en cours au jour du jugement d'ouverture est continué de plein droit sans que l'administrateur (ou le débiteur) n'ait besoin d'intervenir (En ce sens : Com. 20 juin 2000, D. 2000. AJ 343, obs. P. Pisoni ; RTD com. 2000. 1007, obs. A. Laude ; 7 nov. 2006, D. 2006. AJ 2846, obs. A. Lienhard ; JCP E 2007. 1003, note E. Le Corre-Broly).

Ce principe de continuation *a priori* du contrat oblige par conséquent le cocontractant à exécuter ses propres obligations sans pouvoir prétendre ni à la suspension, ni à la résolution du contrat (C. com., art. L. 622-13, I ; v. ss 206).

Réciproquement, le cocontractant a droit au paiement des prestations fournies postérieurement au jugement d'ouverture. Il bénéficiera pour celles-ci des dispositions protectrices de l'article L. 622-17 du Code de commerce (Com. 27 oct. 1998, *Act. proc. coll.* 1998, n° 159, obs. J. Vallansan). Les créances exécutées en vertu du contrat en cours sont en effet des créances dites « postérieures » car elles sont nées après le jugement d'ouverture (v. ss chapitre 9).

Il s'agit là d'une conséquence logique de l'inaction de l'administrateur ou du débiteur. Mais, elle est critiquée car elle conduit à gonfler le passif privilégié de l'entreprise alors que le contrat dont l'exécution est continuée n'est pas forcément nécessaire à la poursuite de son activité. La critique est d'autant plus justifiée que l'article L. 622-13 ne pose aucune obligation à la charge du cocontractant de mettre en demeure l'administrateur quant au sort du contrat. Il ne s'agit pour lui que d'une simple faculté (v. ss 208). De fait, force est de constater qu'en pratique la continuation des contrats en cours lors de la période d'observation résulte souvent moins d'un choix réfléchi et délibéré de l'administrateur, ou du débiteur, que de leur inaction à exercer l'option qui leur est offerte par la loi.

212 ■

## B. L'option en faveur de la continuation

Lorsque l'administrateur (ou le débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire) opte en faveur de la continuation du contrat, celui-ci doit alors être exécuté en son entier et dans le respect des clauses contractuelles.

L'article L. 622-13 du Code de commerce impose en effet de fournir « la prestation promise au cocontractant du débiteur », sans pouvoir en modifier unilatéralement les conditions d'exécution, notamment les conditions de règlement (Com. 17 févr. 1998, *R/JDA* 1998, n° 758). Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, il a été également jugé que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ne fait pas non plus obstacle au jeu des clauses pénales ou des clauses résolutoires prévues dans le contrat continué (Com. 3 mai 1994, *RTD civ.* 1995. 110, obs. J. Mestre ; Com. 3 déc. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 302) ou bien encore à l'application de l'exception d'inexécution (Com. 13 oct. 1998, *BRDA* 21/1998. 9).

Ces solutions demeurent applicables et doivent être étendues à la procédure de sauvegarde. Ni la loi du 26 juillet 2005, ni l'ordonnance du 18 décembre 2008, ni celle du 12 mars 2014 ne modifient, sur ce point, le régime de la continuation des contrats en cours. Cette continuité de régime juridique permet donc de reconduire les solutions jurisprudentielles antérieures.

213 ■

Pour sa part, « le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs » (C. com., art. L. 622-13, I). La décision de continuer le contrat a ainsi pour effet singulier d'emporter, selon l'expression de M. le professeur Pétel, une « purge des inexécutions antérieures » (Ph. Pétel, *Procédures collectives*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Cours », 2014, n° 250). En définitive, les créances inexécutées avant le jugement d'ouverture devront être déclarées au passif de la procédure dans les conditions et sous les effets définis par les articles L. 622-14 à

214 ■

L. 622-16 du Code de commerce. Elles constituent en effet des *créances antérieures*<sup>o</sup> (v. ss chapitre 8).

■ 215

*Lorsque la prestation due par le débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent, une distinction est opérée, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, selon que la procédure est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.*

En cas de procédure de redressement judiciaire, le paiement s'entend d'un paiement *au comptant* sauf si l'administrateur (ou le débiteur) obtient l'acceptation de délais de paiement par le cocontractant (C. com., art. L. 631-14, al. 4). Cette règle améliore singulièrement le sort du cocontractant du débiteur puisqu'*il recevra un paiement immédiat, même si le contrat, dont l'exécution est continuée, prévoyait un règlement à terme ou des facilités de paiement.*

À l'inverse, lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde, le contrat est continué selon les conditions contractuelles initiales. Autrement dit, l'administrateur n'est tenu de procéder à un paiement au comptant que si et seulement si aucun délai de paiement n'est stipulé dans le contrat continué (C. com., art. L. 622-13, II). L'ordonnance du 12 mars 2014 tient ici compte du caractère préventif de la procédure de sauvegarde, et du fait que le débiteur en sauvegarde n'est pas un débiteur en état de cessation des paiements.

■ 216

Que la procédure soit une procédure de sauvegarde ou une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur doit, dans les deux cas, toujours s'assurer qu'« au moment où il demande l'exécution du contrat, il disposera des fonds nécessaires à cet effet ». Cette vérification, qui s'impose également au débiteur lorsqu'aucun administrateur n'a été nommé, a pour but de garantir la bonne exécution du contrat dont la continuation est décidée.

L'administrateur (ou le débiteur) doit par conséquent mettre fin au contrat toutes les fois où il lui apparaît, « au vu des documents prévisionnels dont il dispose », qu'il n'aura pas les fonds suffisants pour remplir les obligations du terme suivant (C. com., art. L. 622-13, II, al. 2 *in fine*). À défaut de respecter cette obligation légale de vérification, sa responsabilité peut être engagée.

Outre une éventuelle action en responsabilité contre l'administrateur, d'autres sanctions sont applicables. Tout d'abord, l'article L. 622-13, III, 2<sup>o</sup> du Code de commerce prévoit que, *sauf accord du cocontractant à poursuivre les relations contractuelles, le défaut de paiement consécutif à la continuation du contrat est sanctionné par la résolution de plein droit de celui-ci.* Par ailleurs, le même texte autorise le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un *contrôleur*<sup>o</sup> à saisir le tribunal afin que celui-ci prononce la fin de la période d'observation.

## C. L'option en faveur de la renonciation

■ 217

*La renonciation à la continuation du contrat par l'administrateur (ou le débiteur) emporte sa résiliation.* Cependant, la nature de cette résiliation varie selon que la renonciation est ou non donnée après une mise en demeure par le cocontractant. Trois hypothèses sont à distinguer :

– 1<sup>re</sup> hypothèse : *en cas de mise en demeure par le cocontractant du débiteur (v. ss 208), la résiliation s'opère de plein droit à la date de réception par le cocontractant du refus de l'administrateur, ou du débiteur, de continuer le contrat (Com. 18 mars 2003, D. 2003. AJ 972, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2004. 152, obs. A. Martin-Serf).* Cette

résiliation de plein droit peut alors être constatée par le juge-commissaire, à la demande de tout intéressé (C. com., art. R. 622-13, al. 2) ;

– 2<sup>e</sup> hypothèse : *en l'absence de mise en demeure par le cocontractant*, la décision de l'administrateur de renoncer à la continuation du contrat emporte sa *résiliation judiciaire*. Cette résiliation doit être sollicitée par le créancier auprès du juge du contrat sur le fondement des dispositions des articles 1224 et 1227 du Code civil (C. civ., anc. art. 1184 ; Com. 19 mai 2004, D. 2004. AJ 1668, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2004, n° 146, obs. C. Regnault-Moutier). Le juge-commissaire est donc incompétent.

La solution repose sur l'article L. 622-13, II, 1<sup>o</sup> du Code de commerce qui prévoit que « le contrat est résilié de plein droit *après une mise en demeure* adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse ». Eu égard à cette rédaction, la jurisprudence en a déduit que le législateur avait entendu exclure le principe de la résiliation de plein droit du contrat en cas de renonciation *spontanée*, c'est-à-dire à l'initiative de l'administrateur (ou du débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire).

La décision de renoncer à la continuation d'un contrat en l'absence de toute mise en demeure préalable du cocontractant du débiteur peut avoir au moins deux raisons : *soit* le contrat n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation, *soit* l'administrateur (ou le débiteur) ne dispose pas des fonds nécessaires pour en garantir l'exécution à venir, ce qui l'oblige à en exclure la continuation (v. sur cette obligation : v. ss 216).

– 3<sup>e</sup> hypothèse : depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, *l'administrateur, comme le débiteur, ont la faculté de saisir le juge-commissaire afin qu'il prononce la résolution judiciaire du contrat* lorsque cette résiliation est « nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant (v. ss 209).

Lorsque l'administrateur (ou le débiteur) *soit* renonce, spontanément ou sur mise en demeure, à la continuation du contrat, *soit* saisit le juge-commissaire, la renonciation s'analyse en une inexécution qui ouvre droit à l'allocation de dommages et intérêts au profit du cocontractant. Depuis la loi du 26 juillet 2005, des dommages et intérêts peuvent également être alloués dans le cas où l'administrateur ou le débiteur décide de mettre fin à la continuation d'un contrat à exécution ou paiements échelonnés dans le temps lorsqu'il ne dispose pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant (C. com., art. L. 622-13, V).

Dans les deux cas, l'inexécution ne fait pas obstacle au jeu de la clause pénale stipulée dans le contrat (Com. 10 déc. 1991, JCP E 1992. I. 138. n° 14, obs. Ph. Pétel).

*Le montant des dommages-intérêts doit être déclaré au passif de la procédure* (C. com., art. L. 622-13, V). Il s'agit en effet d'une *créance antérieure*<sup>9</sup> qui trouve son origine dans un contrat conclu avant l'ouverture de la procédure collective. Cette créance de dommages et intérêts ne peut donc bénéficier du paiement préférentiel reconnu pour les créances nées après le jugement d'ouverture (v. ss chapitre 9).

Dans l'hypothèse où le cocontractant du débiteur aurait reçu des acomptes avant le jugement d'ouverture, il peut différer leur restitution « jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts ». Cette faculté est expressément offerte par l'article L. 622-13, V du Code de commerce. Elle a pour but de permettre la compensation des créances connexes que sont les acomptes et les dommages et intérêts. Ce mode de

218 ■

219 ■

paiement n'est pas paralysé par l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire bien qu'il conduise au paiement d'une créance antérieure (v. ss 189 s.) Toutefois, la jurisprudence subordonne le jeu de cette compensation à la déclaration préalable de la créance correspondante (Com. 23 juin 1990, *RTD com.* 1990. 479, obs. Y. Chaput). Cette déclaration doit être faite dans le délai d'un mois à compter de la date de la résiliation de plein droit du contrat, ou de la notification de la décision du juge-commissaire prononçant la résiliation (C. com., art. R. 622-21, al. 2 ; v. ss chapitre 8).

## section 2

# Les régimes spéciaux de continuation

- 220 À côté du régime général de continuation, le Code de commerce organise plusieurs régimes spéciaux destinés à tenir compte de la spécificité de certains contrats. Sont notamment visés les contrats de travail (§ 1), les contrats de bail (§ 2) et les contrats de fiducie (§ 3).

## § 1 La continuation des contrats de travail

- 221 L'article L. 622-13 VI du Code de commerce exclut expressément les contrats de travail du champ d'application des règles générales de la continuation. Ces derniers sont continués de plein droit sans que l'administrateur (ou le débiteur) puisse s'y opposer.

Le principe de continuation de plein droit des contrats de travail s'explique par la volonté de préserver et sauvegarder l'emploi qui constitue l'une des finalités du droit des procédures collectives (v. ss 10 s.). Mais, il serait faux de déduire de ce principe qu'aucun licenciement n'est possible durant la période d'observation.

Le régime applicable à la procédure de licenciement n'est cependant pas le même selon que l'entreprise est l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ainsi :

– *en cas de procédure de sauvegarde*, le droit commun du licenciement s'applique dans toute sa rigueur. Le Code de travail prévoit cependant que « les créances résultant de la rupture des contrats intervenant pendant la période d'observation » bénéficient de la garantie de l'AGS. Cette formule générale englobe notamment les indemnités consécutives à un licenciement au cours d'une procédure de sauvegarde ;

– *en cas de procédure de redressement judiciaire*, l'administrateur peut, en vertu des pouvoirs propres attachés à sa qualité d'organe de la procédure, décider de licencier (v. ss 168). Mais ce pouvoir est strictement encadré. Le licenciement pour motif économique doit présenter un caractère urgent, inévitable et indispensable. Il nécessite en outre l'autorisation du juge-commissaire (C. com., art. L. 631-17, al. 1<sup>er</sup>). Par ailleurs, l'administrateur doit préalablement à la saisine du juge-commissaire consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel et informer l'autorité administrative compétente (C. com., art. L. 631-17, al. 2).

## § 2 La continuation du contrat de bail

À l'image des autres contrats en cours au jour du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, *le contrat de bail portant sur les immeubles affectés à l'exploitation de l'activité du débiteur est continué de plein droit malgré le défaut de paiement des loyers antérieurs* (C. com., art. L. 622-14, al. 1<sup>er</sup>). Le bailleur ne peut donc pas se prévaloir de la clause résolutoire de plein droit pour non-paiement des loyers qui aurait été stipulée dans le contrat. L'article L. 145-41 du Code de commerce encadre en effet très strictement les effets de la mise en œuvre de ce type de clause.

En vertu de ce texte, la clause résolutoire de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement de payer resté infructueux. Mais, le bailleur doit faire constater par le président du TGI, statuant en la forme des référés, la résiliation du bail à l'issue de ce délai. En jurisprudence, il en a été déduit que la résiliation du contrat de bail n'est juridiquement acquise au jour du jugement d'ouverture que si la décision de résiliation est passée en force de chose jugée à cette date (En ce sens : Com. 12 juin 1990, *D.* 1990. 450, note F. Derrida). Si tel n'est pas le cas, notamment parce que l'ordonnance du président du TGI est frappée d'un appel, le contrat de bail constitue un « contrat en cours » dont la continuation peut être exigée par l'administrateur, ou à défaut par le débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire (C. com., art. L. 622-7). Cependant, à l'image des solutions précédemment exposées (v. ss 216), l'administrateur (ou le débiteur) devra s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires pour faire face aux échéances à venir. L'article L. 622-14 du Code de commerce prévoit en effet que les dispositions des I et II de l'article L. 622-13 sont applicables aux baux des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise du débiteur.

La loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 se sont attachées à clarifier le régime juridique de la résiliation du bail au cours de la période d'observation en opérant une distinction entre deux hypothèses de résiliation.

*1<sup>re</sup> hypothèse* : la résiliation du contrat de bail peut tout d'abord résulter d'une décision expresse de l'administrateur de ne pas en continuer l'exécution (C. com., art. L. 622-14, 1<sup>o</sup>). *Le bailleur ne peut en revanche le mettre en demeure d'opter*. L'article L. 622-13, III du Code de commerce n'est pas en effet applicable à la continuation du contrat de bail.

Cette résiliation s'opère de plein droit à compter du jour où le bailleur est informé de la décision de l'administrateur de ne pas continuer le contrat de bail. Avant 2008, la résiliation avait un caractère judiciaire (C. com., anc. art. L. 622-14, 1<sup>o</sup>). Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il est également prévu que l'inexécution du bail consécutive à la renonciation de l'administrateur d'en poursuivre la continuation peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du bailleur, dont le montant devra être déclaré au passif de la procédure (C. com., art. L. 622-14, 1<sup>o</sup> *in fine*).

*2<sup>de</sup> hypothèse* : la résiliation du contrat de bail peut également intervenir en période d'observation *à la demande du bailleur* (C. com., art. L. 622-14, 2<sup>o</sup>). Cette seconde hypothèse de résiliation est strictement limitée. En premier lieu, la demande de résiliation ne peut jouer que dans l'hypothèse d'un défaut de paiement des loyers et charges afférents à une *occupation postérieure au jugement d'ouverture* (C. com., art. L. 622-14, 2<sup>o</sup>). Ce qui exclut que la résiliation puisse avoir pour cause le défaut d'exploitation d'activité dans l'immeuble loué, lors de la période d'observation

222 ■

223 ■



(C. com., art. L. 622-14, al. 5) En deuxième lieu, la demande de résiliation ne peut être faite par le bailleur qu'au terme d'un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture. En troisième, et dernier lieu, l'article L. 622-14, 2° du Code de commerce prévoit que la demande de résiliation du bailleur est sans objet lorsque les sommes dues sont payées avant l'expiration du délai de trois mois précité. Autrement dit, le paiement des loyers fait obstacle à la résiliation du bail.

■ 224

Le Code de commerce déroge également aux règles posées par l'article 2102 du Code civil relatives au privilège du bailleur.

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le bailleur n'a de privilège que pour les deux dernières années de loyers précédant le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-16, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-14, I (RJ)). En revanche, s'agissant des loyers postérieurs, une distinction est opérée selon que le bail est ou non résilié. Ainsi :

– *si le bail est résilié*, le bailleur dispose d'un privilège destiné à garantir pour l'année courante toutes les sommes qui lui sont dues en exécution du contrat de bail ainsi qu'au titre des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice qu'il subit par suite de la résiliation du contrat (C. com., art. L. 622-16, al. 2) ;

– *si le bail se poursuit*, le bailleur ne peut plus exiger le paiement des loyers à échoir si les sûretés qui lui avaient été consenties dans le bail sont maintenues ou lorsque les sûretés qui lui ont été fournies après le jugement d'ouverture sont suffisantes (C. com., art. L. 622-16, al. 3).

### § 3 La continuation du contrat de fiducie

■ 225

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a introduit une nouvelle exception à l'application du régime des contrats en cours en excluant du champ d'application de l'article L. 622-13 du Code de commerce le *contrat de fiducie*<sup>9</sup>.

Il s'ensuit qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire du constituant, le sort du contrat de fiducie *échappe à toute action en résiliation à l'initiative de l'administrateur, voire du débiteur si aucun administrateur n'a été nommé lors du jugement d'ouverture* (C. com., art. L. 622-13, VI). L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective sur l'avenir du contrat de fiducie (continuation/résiliation) est donc directement fonction des stipulations prévues à cet effet par les parties au contrat. La solution garantit l'efficacité du contrat de fiducie puisque l'administrateur ne peut en renonçant à sa continuation obtenir la restitution des droits et/ou des biens transmis au fiduciaire par le débiteur constituant.

Cette exclusion comporte cependant un tempérament lorsque le contrat de fiducie s'accompagne d'une convention de mise à disposition en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance des biens ou droits dont il a transféré la propriété au fiduciaire. Tel sera en pratique le cas lorsque la fiducie est une fiducie-sûreté. En cette hypothèse, l'article L. 622-13, VI du Code de commerce reconnaît à l'administrateur un droit d'option entre la continuation ou la résiliation de la convention de mise à disposition. Cette option s'exercera dans les conditions et sous les effets prévus par l'article L. 622-13 du Code de commerce (v. ss 210 s.).

Il s'ensuit notamment que la convention de mise à disposition est continuée de plein droit, même si une clause de cette convention prévoyait sa résiliation pour cause d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire du





## Compléments pédagogiques

### Mémo

L'ouverture d'une *procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire* n'est pas une cause de *résiliation automatique des contrats en cours*.

Est un « *contrat en cours* », tout contrat en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture.

La notion de « contrats en cours » englobe les *contrats conclus intuitu personae*.

La décision de continuer ou de résilier un contrat en cours est un *pouvoir propre de l'administrateur*.

Lorsqu'aucun administrateur n'a été nommé, cette décision est prise *par le débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire*. En cas de différend entre eux, celui-ci est tranché par le *juge-commissaire*.

*Les cocontractants du débiteur peuvent mettre en demeure l'administrateur de se prononcer sur le sort du contrat*. Si l'administrateur ne répond pas dans un délai d'un mois, ou s'il décide de mettre expressément fin au contrat, *la résiliation du contrat s'opère alors de plein droit*.

La résiliation des contrats en cours a un *caractère judiciaire* lorsque la résiliation est faite spontanément par l'administrateur, c'est-à-dire sans que le cocontractant n'ait procédé à une mise en demeure.

Lorsque l'administrateur souhaite continuer un contrat ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent par le débiteur, il doit s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires pour en permettre l'exécution future. À défaut, il doit le résilier. La résiliation s'opère alors de plein droit.

*La résiliation judiciaire d'un contrat* peut être prononcée par le juge-commissaire quand deux conditions cumulatives sont réunies :

- la résiliation doit être *nécessaire à la sauvegarde du débiteur* ;
- elle *ne doit pas porter atteinte aux intérêts du cocontractant*.

Cette demande de résiliation ne peut être faite que par l'administrateur.

Des *régimes spéciaux de continuation* sont prévus pour les contrats de travail, le contrat de bail portant sur les immeubles affectés à l'activité du débiteur et le *contrat de fiducie*.

## Quid

### ■ Contrat de fiducie n° 225

Contrat translatif de propriété par lequel une personne (appelée constituant) transfère des biens, droits ou sûretés, ou un ensemble de biens, droits ou sûretés à une autre personne (appelée fiduciaire) soit à titre de garantie (fiducie-sûreté), soit à titre de gestion (fiducie-gestion).

### ■ Contrôleur n° 216

Créancier du débiteur désigné par le juge-commissaire et chargé d'assister le mandataire judiciaire ainsi que le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

### ■ Créance antérieure n°s 214, 218

Créance née avant le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

### ■ Créances postérieures n° 202

Créances nées après le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

### ■ Contrat en cours n° 197

Contrat en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture.

### ■ Mandataire judiciaire n° 205

Mandataire de justice, désigné avant la loi du 26 juillet 2005 sous le nom de « représentant des créanciers ». Il a pour mission de vérifier les créances mais aussi de représenter les créanciers et de défendre leurs intérêts. Il assume les fonctions de liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

### ■ Pouvoirs propres de l'administrateur n° 204

Pouvoir reconnu par la loi à l'administrateur judiciaire, en sa qualité d'organe de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, qu'il exerce seul ou sur autorisation du juge-commissaire pendant la période d'observation.

## Biblio

### 1) Sur la notion et le régime des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture

- C. Brunetti-Pons, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000. 783 s.

- Y. Guyon, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 405 s.

- E. Le Corre-Broly, « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficultés*, D. 2009. 663 s.

- F. Pérochon, « La continuation des concours bancaires », in *Droit bancaire et procédures collectives*, Bruylant, 2014, p. 33 s.
- Ph. Roussel Galle, « Les nouveaux régimes des contrats en cours et du bail », *Rev. proc. coll.* 2009, p. 55.

## 2) Sur la continuation des contrats de travail et le statut des salariés de l'entreprise

- P. Morvan, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005. 1751 s.
- R. Vatinet, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005. 1230. n° 7 s.

## 3) Sur la continuation du contrat de bail

- F. Aube, « La résiliation du bail commercial en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire du preneur », *RJ com.* 2005. 1751 s.
- F. Kandérian, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, coll. « Litec professionnels », 2015.
- Ph. Roussel Galle, « Risques et responsabilités des cocontractants », *Rev. proc. coll.* 2010. 89 s.

## 4) Sur la continuation du contrat de fiducie

- P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009. 1313.
- R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007. Chron. 1359 s.
- M. Grimaldi et R. Dammann « La fiducie sur ordonnances », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficultés*, *D.* 2009. 670 s.

# Quiz

## 1) Sujets corrigés

### A) Test de connaissances

#### Énoncé

1. La continuation des contrats en cours peut être décidée :
  - a. par l'administrateur ;
  - b. par le débiteur sur autorisation du juge-commissaire ;
  - c. par le débiteur avec l'accord du mandataire judiciaire.
2. L'administrateur peut renoncer à la continuation d'un contrat :
  - a. lorsqu'il a pour mission d'assister le débiteur ;
  - b. lorsqu'il a pour mission de représenter le débiteur ;
  - c. quelle que soit sa mission.

3. La renonciation par l'administrateur à l'exécution d'un contrat en cours est une cause de :

- a. résiliation de plein droit du contrat ;
- b. suspension de plein droit du contrat ;
- c. résiliation judiciaire du contrat.

4. Un contrat est un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture :

- a. lorsque la prestation principale et caractéristique du contrat n'a pas encore été fournie au débiteur ;
- b. lorsque le débiteur n'a pas encore exécuté ses obligations nées du contrat ;
- c. lorsqu'une clause du contrat autorise la poursuite de son exécution en cas de procédure collective de l'une ou l'autre des parties.

5. Un contrat de prêt est un contrat en cours :

- a. lorsque le débiteur ne l'a pas remboursé au jour du jugement d'ouverture ;
- b. lorsque l'intégralité des fonds n'a pas été remise au débiteur au jour du jugement d'ouverture ;
- c. lorsque le débiteur a sollicité un délai de paiement pour son remboursement avant le jugement d'ouverture.

6. En cas de désaccord entre le débiteur et le mandataire judiciaire pour continuer un contrat, le sort du contrat est fixé par :

- a. le tribunal ayant ouvert la procédure ;
- b. le mandataire judiciaire ;
- c. le juge-commissaire.

7. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, les contrats de travail sont :

- a. continués de plein droit ;
- b. continués après avis conforme du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ;
- c. continués sur décision dûment motivée du juge-commissaire.

8. Le bailleur d'un débiteur en procédure de sauvegarde peut demander la résiliation du bail pour :

- a. non-paiement des loyers antérieurs à l'ouverture de la procédure ;
- b. non-paiement des loyers postérieurs à l'ouverture de la procédure ;
- c. non-exploitation des locaux loués pendant la période d'observation.

9. Le régime de la continuation des contrats en cours s'applique :

- a. au contrat de fiducie ;
- b. à la convention de mise à disposition des biens transmis au fiduciaire ;
- c. au contrat de fiducie et à la convention de mise à disposition des biens transmis au fiduciaire

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Cas pratique

### Énoncé

En 1989, M. Arturo a créé la SARL Resto'Arturo dont il est le gérant. La société exploite son activité dans des locaux loués à la SCI Devolf. Le contrat de bail prévoit une clause de résiliation de plein droit qui, conformément aux dispositions de l'article L. 145-41 du Code de commerce, ne peut produire ses effets qu'un mois après un commandement de payer demeuré infructueux. Il y a deux mois, M. Arturo a conclu avec la Société Blisart un contrat de location et d'entretien portant sur du matériel frigorifique qui doit être prochainement livré. La SARL Resto'Arturo étant à court de trésorerie, M. Arturo a obtenu de la banque Leurvet un découvert en compte courant. Elle a également consenti à la SARL une promesse de prêt que l'épouse de M. Arturo a accepté de cautionner. M. Arturo espère ainsi pouvoir verser à la Société Blisart un acompte à valoir sur la première échéance de loyer. Il espère également payer les deux mois d'arriérés de loyers dus à la SCI Devolf, qui lui a envoyé, il y a plus d'un mois, un commandement de payer rappelant la clause de résiliation de plein droit. En dépit des efforts de son gérant, la SARL Resto'Arturo a sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le jugement d'ouverture a nommé un administrateur chargé d'une mission d'assistance. En outre, la société Blisart – qui n'a toujours reçu aucun acompte – menace de ne pas livrer le matériel promis. Pour sa part, la SCI a informé l'administrateur qu'elle avait, à la suite du commandement de payer resté sans réponse, introduit une procédure tendant à l'expulsion de son locataire. Enfin, en apprenant la mise en sauvegarde de la SARL, la banque a refusé de verser le montant du prêt accordé à M. Arturo. Elle a également résilié l'avance en compte courant. Que pouvez-vous conseiller à M. Arturo ?

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **a et c.** Tout dépendra si un administrateur a été nommé par le tribunal lors du jugement d'ouverture ; 2. **c.** Il s'agit d'un pouvoir propre de l'administrateur ; 3. **a et c.** La résiliation s'opérera de plein droit en cas de mise en demeure du cocontractant du débiteur. Elle aura un caractère judiciaire lorsqu'elle est décidée spontanément par l'administrateur ; 4. **a** ; 5. **b** ; 6. **c** ; 7. **a.** Le principe est identique en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ; 8. **b** ; 9. **b.**

### Cas pratique

Il faut envisager successivement l'incidence de l'ouverture de la procédure de sauvegarde sur la poursuite du contrat conclu avec la société Blisart (I), sur le sort du bail commercial (II), et, l'exécution par l'établissement de crédit de ses obligations (III).

#### I. Sort du contrat de location et d'entretien conclu avec la société Blisart

Le contrat conclu par les sociétés Resto'Arturo et Blisart constitue un contrat en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture car aucune des prestations nées de ce contrat n'a encore été exécutée à cette date. En vertu de l'article L. 622-13 du Code

de commerce, l'administrateur a seul la faculté de décider de renoncer à la continuation d'un tel contrat. Tant que l'administrateur n'a pas pris parti sur le sort du contrat, le cocontractant est tenu d'exécuter ses engagements sans pouvoir opposer l'inexécution par le débiteur en sauvegarde de ses engagements antérieurs (C. com., art. L. 622-13, I). Le principe de continuation des contrats paralyse ainsi le jeu de l'exception d'inexécution. En l'espèce, il convient de conseiller à la société Blisart de mettre en demeure l'administrateur de prendre parti sur l'avenir du contrat avant de procéder à la livraison du matériel frigorifique. En vertu de l'article L. 622-13, III, le silence conservé pendant plus d'un mois par ce dernier emportera alors la résiliation de plein droit du contrat. En cette hypothèse, la société Lino pourra obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi à raison de l'inexécution du contrat, consécutive à la renonciation de l'administrateur. Cette créance de dommages-intérêts constituera une créance antérieure soumise à déclaration (C. com., art. L. 622-13, V ; v. ss chapitre 8).

À la suite de la mise en demeure faite par la société Blisart, l'administrateur peut également décider de poursuivre le contrat. En l'espèce la prestation due par la SARL Resto'Arturo à la société Blisart a pour objet le paiement d'une somme d'argent. La question se pose de savoir si l'administrateur est alors obligé de procéder à un paiement au comptant ? Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la réponse à cette question dépend de la nature de la procédure ouverte contre le débiteur (v. ss 215). En effet, si le paiement au comptant est obligatoire lorsque la procédure est une procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14), le paiement au comptant ne s'applique, en procédure de sauvegarde, que si le contrat continué prévoit ce mode de paiement. Autrement dit, si des délais de paiement ont été convenus entre les parties, ils doivent être appliqués.

En l'espèce, faute d'éléments précis, rien ne permet de savoir si l'administrateur doit procéder au paiement au comptant de la créance, ou si le contrat, dont la continuation est envisagée, stipulent des délais de paiement.

Quoi qu'il en soit, comme le contrat de location est un contrat à exécution successive, l'administrateur devra obligatoirement s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires pour faire face aux échéances à venir. Si tel n'était pas le cas, il doit y mettre un terme (C. com., art. L. 622-13, II *in fine*).

## II. Sort du bail commercial

En l'espèce, la SCI Devolf a fait jouer la clause de résiliation de plein droit stipulée dans le contrat de bail. La question est ici de savoir si le contrat de bail était résolu au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. L'article L. 145-41 du Code de commerce régit strictement les effets attachés aux clauses de résiliation de plein droit stipulées dans les contrats de baux commerciaux. Selon ce texte, une telle clause ne produit ses effets qu'un mois après un commandement de payer demeuré infructueux. Mais, en vertu de l'article L. 145-41, alinéa 2, la résiliation n'est définitivement acquise qu'une fois qu'elle a été constatée par une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde de la SARL, la procédure introduite par la SCI Devolf n'était pas encore arrivée à son terme. Aucune décision passée en force de chose jugée n'avait été rendue.

La clause résolutoire n'étant pas définitivement acquise, l'administrateur de la société peut donc décider de la continuation du bail sur le fondement de l'article L. 622-13 du



Code de commerce. Mais il doit au préalable s'assurer qu'il disposera des fonds nécessaires pour exécuter le contrat dont la continuation est imposée (C. com., art. L. 622-14, al. 1<sup>er</sup>). Dans l'hypothèse où les loyers nés postérieurement au jugement d'ouverture ne seraient pas payés, le bailleur dispose du droit d'agir en résiliation du contrat de bail. Ce droit est strictement encadré par l'article L. 622-14, 2<sup>o</sup> du Code de commerce. L'action en résiliation du bailleur ne peut en effet être introduite qu'à l'expiration d'un délai de trois à compter du jugement d'ouverture. En outre, si les loyers impayés sont réglés avant l'expiration de ce délai, la demande en résiliation est alors privée d'objet.

### III. Sort des engagements souscrits par la banque avant le jugement d'ouverture

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne constitue pas une cause de résiliation de plein droit des ouvertures de crédit consenties par un établissement de crédit à une entreprise (Com. 8 déc. 1987, *D.* 1988. 52, note F. Derrida). Mais, la Cour de cassation admet que l'établissement de crédit conserve le droit de résilier unilatéralement, pendant la période d'observation, l'ouverture de crédit si le débiteur se rend coupable d'un comportement gravement répréhensible ou lorsque sa situation s'avère irrémédiablement compromise (Com. 2 nov. 1994, *Rev. banc. et bourse* 1995. 17, obs. F. Credot et Y. Gérard). Ce droit de résiliation unilatérale trouve son fondement dans l'article L. 313-12 du Code de commerce.

Le prêt accordé à la SARL Resto'Arturo constitue-t-il un contrat en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce ? Aux termes de la jurisprudence, le contrat de prêt est considéré en cours d'exécution lorsque le prêteur n'a pas remis l'intégralité des fonds à l'emprunteur avant l'ouverture de la procédure (Com. 2 mars 1993, *D.* 1993. 572, note Ph. Devesa). Tel est le cas en l'espèce. La banque a consenti une promesse de prêt qui n'a reçu aucun début d'exécution au jour du jugement d'ouverture. L'administrateur peut donc en demander l'exécution dans les conditions et sous les effets prévus par l'article L. 622-13 du Code de commerce.

ch a p i t r e



## La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés

## Plan analytique

### section 1

#### L'obligation de déclaration des créances

- § 1 Les créances soumises à déclaration
  - A. Les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture
  - B. Les créances antérieures dispensées de déclaration
  - C. Les créances postérieures soumises à l'obligation de déclaration
- § 2 Déclaration et théorie des coobligés
- § 3 La procédure de déclaration
  - A. Les personnes autorisées à déclarer la créance
  - B. Le contenu de la déclaration
  - C. Le délai de déclaration
- § 4 La sanction du défaut de déclaration
  - A. L'action en relevé de forclusion
  - B. L'inopposabilité de la créance non déclarée
- § 5 L'admission des créances déclarées
  - A. La vérification des créances
  - B. L'admission des créances par le juge-commissaire

### section 2

#### Les restrictions aux droits des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés

- § 1 L'arrêt des poursuites individuelles
  - A. Les actions interrompues
  - B. L'arrêt des procédures d'exécution
  - C. La suspension de la réalisation de la fiducie-sûreté sans dépossession
- § 2 L'interdiction des inscriptions
- § 3 L'arrêt du cours des intérêts
  - A. Le cas des contrats de prêt
  - B. La situation des coobligés et « garants »

#### Compléments pédagogiques

## La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés

À compter du jugement d'ouverture, les créanciers de l'entreprise sont désormais soumis à une discipline collective. Cependant tous les créanciers ne sont pas placés sur un même pied d'égalité.

Une première distinction doit être faite entre les *créanciers antérieurs*<sup>o</sup> et les créanciers dits « postérieurs ». Les premiers sont ceux dont la créance est née avant le jugement d'ouverture de la procédure. La notion de « créanciers postérieurs » englobe quant à elle les créanciers dont la créance prend naissance lors de la période d'observation, c'est-à-dire une fois que la procédure a été ouverte.

Depuis la loi du 26 juillet 2005, la notion de « créanciers postérieurs » ne constitue plus une notion homogène. Une distinction doit aujourd'hui être faite entre les *créanciers postérieurs privilégiés*<sup>o</sup> et les *créanciers postérieurs non privilégiés*<sup>o</sup>.

Les créanciers postérieurs *privilégiés* bénéficient d'un traitement de faveur qui se manifeste principalement par l'octroi d'un privilège leur permettant d'être payés par priorité non seulement pendant la période d'observation mais également à l'issue de la procédure (v. ss chapitre 9). Les créanciers postérieurs *non privilégiés* ont en revanche un statut identique à celui des créanciers antérieurs.

À l'image de ceux-ci, le Code de commerce leur impose de déclarer leurs créances pour pouvoir participer à la répartition et aux dividendes (section 1). Et organise en outre le gel de leurs droits : toute action en paiement est notamment suspendue (section 2).

### section 1

## L'obligation de déclaration des créances

À partir de la publication du jugement d'ouverture, *tous* les créanciers dont la créance est née *avant* le jugement d'ouverture doivent adresser la déclaration de leur créance au mandataire judiciaire.

Depuis la loi du 26 juillet 2005, la même obligation s'impose aux créanciers, dont le droit est né *après* le jugement d'ouverture, si leur créance ne bénéficie pas du privilège de procédure institué par le Code de commerce (v. ss chapitre 9).

L'obligation de déclaration, pesant sur les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés, *est commune à toutes les procédures* : procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 662-24, al. 1<sup>er</sup>), procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup>) et procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3, al. 5 ; v. ss chapitre 13).

Une exception concerne cependant la procédure de *sauvegarde financière accélérée*<sup>o</sup>. Cette procédure spéciale de sauvegarde a en effet pour originalité de ne

226 ■

227 ■

228 ■

produire d'effet qu'à l'égard des seuls créanciers financiers (ex. : les établissements de crédit) et des créanciers obligataires du débiteur (C. com., art. L. 628-1 ; v. ss 424). De ce fait, ils sont seuls obligés à procéder à la déclaration préalable de leur créance (C. com., art. L. 628-5 C. com).

■ 229

Techniquement, la *déclaration de créance*<sup>o</sup> est l'acte par lequel le créancier antérieur ou postérieur non privilégié manifeste sa volonté d'obtenir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure. *L'obligation de déclaration permet ainsi de dresser un état complet des dettes de l'entreprise*, et d'estimer le montant exact de son endettement afin d'éclairer le juge sur la nature des mesures à prendre à l'issue de la période d'observation (continuation de l'entreprise par le débiteur, cession ou liquidation de l'activité).

Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2014, la jurisprudence assimilait la déclaration de créance à une demande en justice, ce qui permettait d'interrompre la prescription jusqu'à la clôture de la procédure collective, tant à l'égard du débiteur que des cautions (Com. 26 sept. 2006, *D.* 2006, AJ 2460, obs. A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 2006/17, p. 1, obs. P.-M. Le Corre. Ass. plén. 4 févr. 2011, *Rev. sociétés* 2011. 387, note. Ph. Roussel Galle ; Com. 26 sept. 2006, *D.* 2006, AJ 2460, obs. A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 2006/17, p. 1, obs. P.-M. Le Corre). En dépit de cet avantage, l'assimilation de la déclaration à une demande en justice était l'objet de vives critiques. Principalement, il lui était reproché de subordonner la régularité de la déclaration faite par un tiers pour le compte du créancier (ex : un préposé) à la preuve d'un mandat spécial (v. J.-L. Vallens, « La déclaration de créance n'est pas une demande en justice », *RTD. com.* 2009. 214 s.).

L'ordonnance du 12 mars 2014 supprime cette exigence en prévoyant désormais que « le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la déclaration » (C. com., art. L. 622-24, al. 3 ; v. ss 242). *Ce nouveau principe met un terme à l'obligation d'un mandat spécial lorsque la déclaration est confiée à un tiers.*

À ce premier avantage s'en ajoute un second. L'article L. 622-25-1 du Code de commerce dispose en effet que « la déclaration interrompt la prescription jusqu'à la clôture de la procédure dispense de toute mise en demeure et vaut acte de poursuite ». *L'acquis de la jurisprudence antérieure est donc préservé : la déclaration de créance emporte interruption de la prescription mais désormais c'est par la détermination de la loi et non en raison de sa nature juridique.*

## § 1 Les créances soumises à déclaration

■ 230

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, l'obligation de déclaration n'était exigée que des créanciers antérieurs (A). La généralité de ce principe étant cependant tempérée par quelques exceptions (B). La loi du 26 juillet 2005 modifie ce principe. Désormais, certains créanciers postérieurs sont tenus de déclarer leur créance (C).

### A. Les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture

■ 231

Depuis la loi du 26 juillet 2005, une créance doit être considérée comme une créance antérieure dès lors qu'elle « est née » antérieurement au jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-24). Auparavant, la créance antérieure était définie comme la

créance ayant « son origine » antérieurement au jugement d'ouverture. La doctrine considère ce changement terminologique comme une correction formelle sans portée réelle. Toutefois il semble que, dans l'esprit du législateur, « naissance » et « origine » ne soient pas nécessairement synonymes (X. de Roux, Rapport AN, n° 2095, Commission des lois, févr. 2005, p. 241 s.). Alors que « l'origine » prendrait en compte « l'élément causal » de la créance (ex. : date de conclusion du contrat ou date de la commission du délit civil ou pénal), la « naissance » de la créance équivaldrait à « l'accession à la vie juridique » de la créance (ex. : exigibilité ou condamnation à des dommages-intérêts pendant la période d'observation) (en ce sens : P.-M. Le Corre, « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », *LPA* 10 juin 2004. 25 s.). À suivre ce raisonnement, on devrait alors considérer que la créance de dommages-intérêts pour vices cachés constitue une créance postérieure dès lors que le vice se révèle après le jugement d'ouverture, et cela, même si la vente a été conclue avant cette date. Pour l'heure, la jurisprudence s'est toujours farouchement refusée de consacrer une telle distinction. « Naissance » ou « origine » sont sous la plume de la Cour de cassation empreintes d'une parfaite synonymie. Ainsi, il a été jugé que la créance de dommages-intérêts constitue une créance antérieure soumise à déclaration, même si les dommages-intérêts ont été alloués après le jugement d'ouverture (en ce sens : Com. 8 juin 1999, *D. Affaires* 1999. 1116, obs. A. Lienhard). La solution est identique dans le cas du remboursement d'un crédit immobilier conclu avant le jugement d'ouverture. Le fait que le remboursement devienne exigible après l'ouverture de la procédure ne fait pas perdre à la créance sa nature de créance antérieure (Com. 11 févr. 2004, *D. 2004. AJ* 567, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2005. 171, obs. A. Martin-Serf). 228

Dès lors que la créance est née avant le jugement d'ouverture, l'obligation de déclaration s'impose aussi bien aux créanciers chirographaires qu'aux créanciers munis de sûretés personnelles ou réelles. Peu importe également que la créance soit une créance civile ou commerciale, liquide, exigible ou bien encore à terme.

Les créances doivent être déclarées alors même qu'elles ne sont pas encore établies par un titre (C. com., art. L. 622-24, al. 4). En l'absence de titre, les créanciers doivent alors fournir tous les éléments de nature à prouver l'existence et le montant de leur créance (C. com., art. R. 622-23, 1°). En outre, si la créance est l'objet d'un litige en cours, la déclaration devra être accompagnée de l'indication de la juridiction saisie (C. com., art. R. 622-23, 3°).

*La seule exigence posée par la loi tient à l'objet de la créance. Il doit s'agir d'une créance de somme d'argent* car la déclaration des créances est directement liée à la procédure de suspension des poursuites individuelles (v. ss 265 s.).

L'identification des créances antérieures soumises à obligation de déclaration se complique lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) car, en raison de l'effet sélectif de la procédure (v. ss 183), *l'obligation de déclaration ne s'impose pas à l'ensemble des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité mais seulement à ceux dont la créance est née à l'occasion de l'activité du patrimoine contre lequel la procédure est ouverte.*

Ce principe trouve son fondement dans l'article L. 680-3 du Code de commerce qui énonce que les dispositions du droit des entreprises en difficulté « qui intéressent les droits ou obligations des créanciers du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée s'appliquent, sauf dispositions contraires, dans les limites du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans

affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté » (F. Macorig-Venier, « EIRL : les créanciers de l'EIRL en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2011, Dossier 20)

Il s'ensuit que l'obligation de déclaration s'imposera, notamment, dans les cas suivants :

– 1<sup>er</sup> cas : aux créanciers dont la créance trouve directement sa cause dans l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine, objet de la procédure collective, a été affecté. Il s'agit là de la situation la plus simple. Elle résulte des articles L. 526-12 et L. 680-3 du Code de commerce qui disposent que « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ».

– 2<sup>e</sup> cas : aux créanciers dont la créance n'est pas née à l'occasion de l'activité à laquelle le patrimoine en procédure collective a été affecté mais à l'égard desquels la déclaration d'affectation est inopposable. Cette solution résulte de l'article L. 526-12 du Code de commerce qui dispose que l'assiette du droit de gage général des créanciers, à l'égard desquels l'affectation patrimoniale est inopposable, s'étend obligatoirement aux biens compris dans le patrimoine affecté. En conséquence, ces créanciers peuvent déclarer leur créance à la procédure collective pour en obtenir le paiement. Il s'ensuit que le passif du patrimoine affecté contre lequel une procédure collective a été ouverte n'est pas nécessairement un passif strictement lié à sa propre activité mais peut être grevé du passif né à l'occasion de l'activité des autres patrimoines de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Force est de reconnaître à la suite de Mme le professeur Monsérié-Bon que la tâche du mandataire chargé de la vérification des créances risque d'être ardue (M.-H. Monsérié-Bon, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté », *Bull. Joly* 2011. 270 s.).

– 3<sup>e</sup> cas : à l'EIRL lui-même lorsqu'il cumule la double qualité de débiteur et de créancier. Tel sera le cas lorsque l'EIRL a soutenu le patrimoine visé par la procédure collective grâce à des fonds provenant d'un de ses autres patrimoines. En conséquence, s'il veut obtenir le recouvrement des fonds ainsi avancés, il lui incombe comme tout autre créancier de déclarer sa créance.

## **B. Les créances antérieures dispensées de déclaration**

■ 233

Bien que l'obligation de déclaration ait un caractère général, certains créanciers antérieurs sont dispensés de cette obligation.

Quatre exceptions sont en effet prévues. Il s'agit :

– des *salariés* (C. com., art. L. 622-24, al. 1<sup>er</sup>).

La vérification des créances salariales est soumise à une procédure particulière. Leur relevé est effectué par le mandataire judiciaire chargé de représenter les créanciers puis est transmis pour vérification au représentant des salariés (C. com., art. L. 625-1 à L. 625-6). Toutefois, si les salariés sont expressément dispensés d'avoir à déclarer leur créance, les ASSEDIC intervenant au titre de l'AGS sont tenues de déclarer à la procédure les sommes qu'elles ont avancées aux salariés et qui leur sont remboursées dans les conditions prévues pour les créances antérieures (C. com., art. L. 622-24, al. 4) ;

– des *créanciers revendiquants*.

Ces derniers sont dispensés de toute déclaration lorsqu'ils mettent en œuvre leur droit de propriété (Com. 9 janv. 1996, *D.* 1996. 184, note F. Derrida ; *RTD civ.* 1996. 437, obs. M. Bandrac et P. Crocq). Cette exception concerne notamment les créanciers bénéficiant d'une clause de réserve de propriété (v. ss chapitre 10) ;

– des *créances qui peuvent être recouvrées auprès d'un tiers*.

À titre d'exemple, la victime d'un accident n'est pas tenue de déclarer sa créance à la procédure collective ouverte contre l'auteur de son dommage et peut exercer son recours directement contre l'assureur de celui-ci (Civ. 25 mars 1991, *Rev. proc. coll.* 1992. 77, obs. D. Dubreuil). Elle doit cependant attirer à l'instance les organes de la procédure, c'est-à-dire l'administrateur, s'il en a été nommé un, et le mandataire judiciaire (Com. 25 mars 1997, *D. Affaires* 1998. n° 19. 612).

– des *créances alimentaires (sur cette question : v. ss 236)*.

### C. Les créances postérieures soumises à l'obligation de déclaration

Depuis la loi du 26 juillet 2005, certaines créances nées *après* le jugement d'ouverture de la procédure sont désormais soumises à déclaration (C. com., art. L. 622-24, al. 5). Cette obligation est commune aux procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14) et de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3). Elle vise les créanciers dont la créance est née *régulièrement* après le jugement d'ouverture (c'est-à-dire durant la période d'observation) mais *qui ne bénéficient pas de la priorité de paiement* prévue par l'article L. 622-17 du Code de commerce (v. ss chapitre 9).

234 ■

En revanche, les créanciers postérieurs, titulaires d'une *créance alimentaire* à l'égard du débiteur personne physique, sont exemptés de toute obligation de déclaration alors que ces créances sont par nature étrangères à son activité professionnelle. La loi du 26 juillet 2005 consacre sur ce point les solutions jurisprudentielles antérieures adoptées par le Cour de cassation (Com. 8 oct. 2003, *préc.* ; v. ss 188).

235 ■

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a cependant élargi le domaine de cette exemption en y intégrant les créances alimentaires *nées avant* le jugement d'ouverture. Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 622-24, alinéa 7, du Code de commerce énonce en termes généraux que « Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article », c'est-à-dire à l'obligation de déclaration. Peu importe donc que la créance alimentaire soit née *avant* ou *après* le jugement d'ouverture. Il n'y a pas en effet à distinguer là où la loi ne distingue pas.

236 ■

Cet élargissement met un terme définitif aux interrogations nées de la rédaction de l'ancien article L. 622-24, issue de la loi du 26 juillet 2006. Une lecture *a contrario* de ce texte limitait l'obligation de déclaration aux seules créances alimentaires nées avant le jugement d'ouverture de la procédure. Cette interprétation avait été largement critiquée par la doctrine qui considérait, à juste titre, que l'exclusion opérée par la lettre de l'ancien article L. 622-24 du Code de commerce était contraire aux solutions jurisprudentielles antérieures. La Cour de cassation avait jugé que l'obligation de déclaration était par principe exclue en présence d'une créance alimentaire, et cela dans un but d'humanité (Com. 8 oct. 2003, *préc.*).

Au final, cette exemption générale de déclaration confère aux créanciers d'aliments un statut proprement dérogoire au droit commun du droit des entreprises en

237 ■



difficulté. Il convient en outre de rappeler que le paiement des créances alimentaires (antérieures ou postérieures) n'est pas paralysé par l'ouverture d'une procédure collective du débiteur (C. com., art. L. 622-7, I ; v. ss 188). Cependant, si ces créances peuvent spontanément être payées par le débiteur en procédure collective, ce dernier ne peut y être contraint. L'action en paiement introduite par les créanciers d'aliments est en effet automatiquement suspendue en vertu de l'article L. 622-21 du Code de commerce (v. ss 269 s). Néanmoins, cette suspension ne concerne que les actions visant à obtenir paiement sur les biens compris dans la procédure collective. Aussi, selon la jurisprudence, les créances alimentaires qui constituent des dettes personnelles au débiteur peuvent être payées durant la procédure grâce aux revenus dont le débiteur conserve la libre disposition (ex. : salaires ou pension de retraite ; en ce sens : Com. 8 oct. 2003, préc.). Elles peuvent également être recouvrées par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires (même arrêt).

## § 2 Déclaration et théorie des coobligés

■ 238

Il arrive souvent que plusieurs personnes soient obligées solidairement au paiement d'une même dette. Tel est le cas des cautions solidaires, des signataires d'un effet de commerce, des associés en nom collectif ou des membres d'un GIE.

La procédure collective de *l'un des codébiteurs* ne modifie pas les droits que le créancier peut exercer contre les autres. Il peut agir contre eux en paiement pour l'intégralité de la créance impayée sans que la procédure frappant l'un des codébiteurs puisse lui être opposée comme exception au paiement. Le créancier échappe ainsi aux conséquences liées à l'ouverture de la procédure collective, notamment à l'arrêt des poursuites individuelles ou à la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

■ 239

Lorsque *l'ensemble des codébiteurs solidaires* est l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la garantie offerte au créancier est renforcée par la *théorie des coobligés*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 622-31, L. 631-14). Le créancier dispose alors d'un *droit de déclaration cumulatif*<sup>o</sup>. Ce droit autorise le créancier à déclarer sa créance pour la valeur nominale de son titre dans chaque procédure, sauf à déduire les acomptes reçus de l'un ou plusieurs d'entre eux avant le jugement d'ouverture les concernant (C. com., art. L. 622-31, L. 622-33, al. 1<sup>er</sup>). En revanche, il n'a pas à déduire de sa déclaration les dividendes qu'il a pu percevoir dans l'une ou l'autre des procédures collectives ouvertes.

Exemple : une dette de 1 000 euros est contractée solidairement par quatre codébiteurs qui, avant l'arrivée du terme, sont tous mis en redressement judiciaire. Le créancier déclare sa créance dans chacune des quatre procédures pour sa valeur nominale. L'actif respectif de chacun des codébiteurs lui permet d'obtenir le versement des dividendes suivants dans chacune des procédures : 30 % chez A ; 15 % chez B ; 20 % chez C ; 50 % chez D.

Ces dividendes permettront au créancier de recevoir l'intégralité de la somme qui lui est due ainsi qu'un excédent de 150 euros (300 euros chez A ; 150 chez B ; 200 chez C et 500 chez D).

Sans l'aide de la théorie des coobligés, le créancier aurait dû déclarer, après avoir reçu paiement dans la procédure de A à hauteur de 300 euros, une créance de :

- 700 (1 000 - 300 de A) chez B et recevoir 15 % de 700, soit 105 ;
  - 595 (700 - 105 de B) chez C et recevoir 20 % de 595, soit 119 ;
  - 476 (595 - 119 de C) chez D et recevoir 50 % de 476, soit 238 ;
- soit un total de 762 euros.

Le droit de déclaration cumulatif reconnu au créancier a pour corollaire d'interdire les recours entre coobligés (C. com., art. L. 622-32). Cette interdiction fait exception au principe de droit commun selon lequel le coobligé qui a versé un acompte peut en principe exercer un recours contre son ou ses coobligés lorsqu'il a payé plus que sa part ou lorsqu'il n'avait pas à supporter la charge définitive de la dette (ex. : cas de la caution). En cas de procédure collective, le coobligé *solvens* ne pourra donc pas toucher de dividende dans les autres procédures. Cette règle, qui peut *a priori* sembler injuste, a en réalité pour but d'éviter qu'une même dette soit payée deux fois. En définitive, le droit au paiement intégral reconnu au créancier des coobligés implique une réduction des droits du coobligé *solvens*.

L'interdiction de tout recours entre coobligés comporte cependant une limite. Selon l'article L. 622-32 du Code de commerce, les coobligés recouvrent leur recours lorsque la réunion des sommes versées au créancier en vertu de chaque procédure excède le montant total de la créance, en principal et accessoire. En cette hypothèse, le créancier est alors tenu de reverser l'excédent qu'il a perçu. Mais, cette restitution est faite entre les mains des coobligés qui auraient les autres pour garants (C. com., art. L. 622-32 *in fine*). Ce dernier principe aura vocation à s'appliquer essentiellement dans les rapports cambiaires, notamment en présence d'une lettre de change qui a été l'objet d'un aval (v. ss chapitre 17). En cas de procédure collective frappant le tireur, le tiré et le donneur d'aval, l'excédent perçu par le créancier, porteur de la lettre de change, devra être dévolu à ce dernier. Le donneur d'aval dispose en effet en cas de paiement de la lettre de change d'un recours contre le tireur mais également contre le tiré (v. ss 625). Ainsi, dans l'exemple précédemment donné, les 150 euros d'excédent perçu par le créancier devraient être dévolus au donneur d'aval.

240 ■

### § 3 La procédure de déclaration

La déclaration de créance est une obligation du créancier mais d'autres personnes peuvent procéder à cette déclaration, notamment le débiteur lui-même (A). Son contenu est défini par la loi (B). Elle doit être faite dans un délai de deux mois (C).

241 ■

#### A. Les personnes autorisées à déclarer la créance

##### 1. La déclaration à l'initiative du créancier

C'est en principe au créancier qu'il incombe de déclarer sa créance car, comme il l'a été déjà dit (v. ss 229), la déclaration de créance est l'acte par lequel le créancier, antérieur ou postérieur non privilégié, manifeste sa volonté d'obtenir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure ouverte contre son débiteur.

Selon la nature de la procédure, la déclaration de créance doit être adressée au *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> désigné par le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-24 (S), art. L. 631-14 (RJ)) ou au liquidateur (C. com., art. L. 641-3, al. 4 ; v. ss chapitre 13).

242 ■

En principe, la déclaration est effectuée par le créancier lui-même (C. com., art. L. 622-24, al. 2). C'est l'hypothèse la plus simple. Mais elle peut aussi être faite « par tout préposé ou mandataire » choisi par lui (C. com., art. L. 622-24, al. 2). Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, la jurisprudence exigeait que le mandataire ou le préposé soit investi d'un *mandat spécial* l'autorisant à déclarer la créance aux lieu et place du créancier. À défaut, la déclaration était jugée irrégulière et la créance déclarée ne pouvait être admise à concourir à la répartition des dividendes et des produits (Com. 15 oct. 1991, *Rev. proc. coll.* 1992. 185, obs. B. Dubreuil). Cette exigence puisait son fondement dans l'assimilation de la déclaration de créance à une demande en justice (v. ss 229), soumise en conséquence aux exigences des articles 416 et 853 du Code de procédure civile. Objet de vives critiques (v. ss 229), cette qualification a été remise en cause par l'ordonnance du 12 mars 2014.

Désormais, la déclaration par un tiers n'est plus soumise à des conditions de forme spécifiques, et peut même être faite par une personne qui n'a pas le pouvoir de l'accomplir. En effet, selon la nouvelle rédaction de l'article L. 622-24, alinéa 2 du Code de commerce, le créancier peut, *en cas de contestation de la régularité de la déclaration faite en son nom*, la ratifier jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de sa créance au passif de la procédure du débiteur. La ratification confère alors rétroactivement le pouvoir nécessaire (Ph. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, coll. « Cours », 8<sup>e</sup> éd., 2014, n° 392 s.).

## 2. La déclaration à l'initiative du débiteur

■ 243

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, *la déclaration de créance peut être le fait du débiteur lui-même*. En ce sens, l'article L. 622-24 dispose en son alinéa 3 que « lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire (ou du liquidateur, si la procédure est une procédure de liquidation judiciaire), *il est présumé avoir agi pour le compte du créancier* tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au premier alinéa ».

Cette solution nouvelle présente l'indéniable avantage d'éviter la forclusion d'un créancier négligent ou mal informé de l'existence de l'ouverture d'une procédure collective contre son débiteur. Si la déclaration faite par le débiteur est inexacte ou incomplète, le créancier peut toujours écarter la déclaration accomplie en son nom : le pouvoir du débiteur n'est en effet que présumé par la loi (Ph. Pétel, *Procédures collectives*, *op. préc.*, n° 392). Néanmoins, le créancier doit effectuer sa propre déclaration en temps utile. Ce mode spécifique de déclaration par « mandat tacite du créancier au débiteur » confirme l'abandon de l'assimilation de la déclaration de créance en une demande en justice, et, milite en faveur d'une autre qualification : celle d'acte conservatoire (en ce sens : P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 733 s.).

## B. Le contenu de la déclaration

■ 244

La déclaration de créance a pour objet de fixer la prétention maximale du créancier. Elle doit par conséquent indiquer le principal et les intérêts (1) ainsi que les sûretés qui en garantissent le paiement (2). Elle ne peut être faite, sauf exception, à titre provisionnel (3). La déclaration de créance permet ainsi de connaître le montant total du passif qui pourra être réclaté à l'entreprise, une fois l'ensemble des créances vérifiées par le mandataire judiciaire et admises par le juge-commissaire (v. ss 260 s.).

Le Code de commerce n'impose en revanche le respect d'aucune forme particulière. La déclaration de créance peut donc être faite par lettre simple dès lors qu'elle manifeste clairement l'intention du créancier de faire reconnaître ses droits en vue de participer aux répartitions et dividendes (Com. 15 févr. 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n° 91, p. 32, obs. E. Le Corre-Broly ; *BJE* 2011. 133, note B. Brignon). Mais, dans un but probatoire, elle sera faite le plus souvent par lettre recommandée avec accusé de réception.

245 ■

### 1. Déclaration du principal et des intérêts

Le créancier doit déclarer le principal de sa créance avec indication des sommes à échoir et de la date de leur échéance (C. com., art. L. 622-25). Si la créance est libellée en monnaie étrangère, la conversion en euros a lieu selon le cours de change à la date du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-25, al. 2). Les variations de cours postérieures au jugement d'ouverture ne seront donc pas prises en considération, même si elles sont de nature à réduire le *quantum* de la dette de l'entreprise.

246 ■

Lorsque la créance n'est pas établie par un titre, le créancier doit mentionner dans sa déclaration tous les éléments de nature à en prouver l'existence et à en déterminer le montant. De même, lorsque son montant n'est pas encore définitivement fixé, la déclaration de créance peut être faite sur la base d'une évaluation (C. com., art. L. 622-24, al. 4).

247 ■

### 2. Déclaration des sûretés

Lorsque la créance est assortie de sûretés, le créancier doit également les déclarer et en préciser la nature (C. com., art. L. 622-25, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). À défaut, la jurisprudence considère que la créance ne peut alors être admise qu'à titre chirographaire (Com. 2 mai 1990, *Rev. proc. coll.* 1991. 352, obs. B. Dubreuil). Mais, cette sanction ne concerne pas le défaut de déclaration d'un *droit de rétention*<sup>o</sup> car celui-ci n'est pas une sûreté (Com. 20 mai 1997, *RTD civ.* 1997. 707, obs. P. Crocq).

248 ■

### 3. Déclaration à titre provisionnel des créances fiscales et sociales

La déclaration a un caractère définitif. Le Code de commerce n'admet pas la *déclaration de créance à titre provisionnel*<sup>o</sup> ou à titre indicatif. La rigueur de cette interdiction est assouplie pour les créances fiscales et sociales. Lorsqu'elles n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration, elles sont alors admises à titre provisionnel pour le montant déclaré (C. com., art. L. 622-24, al. 3). Leur établissement définitif doit cependant être effectué, à peine de forclusion, dans le délai imparti par le tribunal au mandataire judiciaire pour la vérification des créances (C. com., art. L. 622-24, al. 4 *in fine*; *adde*: Com. 3 mai 1994, *RTD com.* 1994. 787, obs. A. Martin-Serf).

249 ■

La sanction de la forclusion est écartée si une procédure judiciaire ou administrative est en cours (C. com., art. L. 622-24, al. 4). Cette notion a été précisée par la Cour de cassation. Elle « suppose que la créance, préalablement arrêtée par le créancier, fait l'objet d'une réclamation de la part du débiteur » (Com. 18 janv. 2000, *JCP E* 2000. 1330, note J. Casey). Il n'y a ainsi de procédure administrative en cours qu'en présence d'une contestation du contribuable sur une créance dont le montant fixé par le Trésor était connu avant que la contestation ne naisse. Ce qui n'est pas le cas en

250 ■

cas de contrôle fiscal (Com. 9 janv. 2001, *JCP E* 2001. 754. n° 12, obs. Ph. Pétel), ou d'une notification de redressement.

### C. Le délai de déclaration

■ 251

*Lorsque la créance est une créance antérieure*, la déclaration doit être faite dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au *BODACC* (C. com., art. R. 622-24). Ce même délai s'applique à la déclaration faite à l'initiative du débiteur (C. com., art. R. 622-24 réd. Décr. du 30 juin 2014; v. ss 243)

Le délai de deux mois ne court qu'à la condition que la publication du jugement d'ouverture au *BODACC* soit régulière et permette d'identifier sans équivoque l'entreprise contre laquelle une procédure collective est ouverte (Com. 14 févr. 1995, *D.* 1996. Somm. 85, obs. A. Honorat).

Le délai de deux mois est augmenté de deux mois en faveur des créanciers qui ne demeurent pas sur le territoire de France métropolitaine. Sont ainsi visés non seulement les créanciers demeurant dans un département ou une collectivité d'outre-mer mais également les créanciers étrangers du débiteur (C. com., art. R. 622-24, al. 2 et 3).

■ 252

*Les créanciers antérieurs, titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié* bénéficient d'un régime spécifique (ex. : contrat de crédit-bail, contrat de vente avec clause de réserve de propriété, contrat de location-gérance). Ils doivent en effet être *personnellement avertis* par le mandataire judiciaire de leur obligation de déclarer leur créance. Cette information doit intervenir dans un délai de quinze jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 622-21). Et ce n'est qu'à compter de la notification de cet avertissement que le délai de deux mois commencera à courir à l'égard des créanciers (C. com., art. L. 622-24, al. 1<sup>er</sup>).

L'obligation d'avertissement qui pèse sur le mandataire judiciaire a un caractère général : elle concerne toutes les sûretés réelles susceptibles d'être publiées, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur caractère mobilier ou immobilier, général ou spécial, légal ou conventionnel (Com. 4 juill. 2001, *RTD com.* 2001. 228, obs. A. Martin-Serf).

■ 253

*Lorsque la créance et une créance postérieure* qui ne bénéficie pas du droit de priorité de l'article L. 622-17 du Code de commerce (v. ss 234), la déclaration doit être faite dans les deux mois suivant la date d'exigibilité de la créance (C. com., art. L. 622-24, al. 6).

Une règle particulière est cependant posée lorsque la créance postérieure résulte d'un *contrat à exécution successive*. L'article R. 622-22 du Code de commerce opère en effet une distinction selon que le contrat a été conclu avant ou après à l'ouverture de la procédure collective. Ainsi :

– *si le contrat a été conclu avant le jugement d'ouverture*, le créancier doit déclarer l'intégralité des créances qui lui sont dues, sur la base d'une évaluation, dans les deux mois suivant la publication du jugement d'ouverture au *BODACC*. Cette déclaration doit ainsi porter sur les sommes échues mais également à échoir (C. com., art. R. 622-22, al. 1<sup>er</sup>);

– *si le contrat a été conclu postérieurement à l'ouverture de la procédure*, le délai de déclaration ne commencera à courir qu'à compter de la première échéance impayée sans qu'il y ait lieu de s'attacher au fait que le défaut de paiement ait été ou non

régularisé. La déclaration doit porter sur la totalité des sommes échues et à échoir (C. com., art. R. 622-22, al. 2).

## § 4 La sanction du défaut de déclaration

Le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai de deux mois est forclus. Avant la loi du 26 juillet 2005, la forclusion avait pour effet radical d'emporter l'extinction de la créance non déclarée. Aujourd'hui, le défaut de déclaration rend la créance simplement inopposable à la procédure (B), sauf à obtenir du juge-commissaire un *relevé de forclusion*<sup>o</sup> (A).

254 ■

### A. L'action en relevé de forclusion

La demande de *relevé de forclusion* peut être adressée au juge-commissaire par tout créancier qui n'a pas déclaré sa créance à temps, à la condition cependant d'établir que :

255 ■

- soit le défaut de déclaration n'est pas dû à son fait
- soit qu'il est dû à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste des créanciers remise au mandataire judiciaire (ou liquidateur).

La preuve de l'absence de toute faute du créancier en cas de défaut de déclaration ou de déclaration tardive n'est pas facile à rapporter eu égard au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en la matière. À titre d'exemple, la jurisprudence a refusé, dans le passé, le bénéfice du relevé de forclusion alors que le créancier était dans l'impossibilité d'agir (Com. 30 oct. 2000, *RTD com.* 2001. 236, obs. A. Martin-Serf) ou bien encore en cas d'envoi de la lettre d'avertissement à une adresse erronée (Com. 23 janv. 2001, *Act. proc. coll.* 2001, n° 86).

L'action en relevé de forclusion est enserrée dans un *délai de six mois* qui court à compter de la publication du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-26, al. 3), sauf Cependant, lorsque le créancier est titulaire d'un contrat ou d'une sûreté publiée. En ce cas, le point de départ du délai de six mois est expressément reporté à la date de réception de l'avertissement personnel du créancier par le mandataire judiciaire.

256 ■

Ce délai de six mois est un *délai préfix* qui ne peut en conséquence être suspendu ou interrompu (Com. 1<sup>er</sup> juill. 1997, *D.* 1998. Somm. 96, obs. A. Honorat ; Com. 2 mai 2001, *D.* 2001. AJ 1725, obs. A. Lienhard). C'est pourquoi, la loi du 26 juillet 2005 avait porté, exceptionnellement, le délai à un an en faveur des créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois normalement applicable. Cette exception devait en pratique bénéficier aux créanciers titulaires d'indemnités contractuelles inconnues au jour de la publication du jugement d'ouverture. (ex : créances de restitution consécutive à l'annulation d'un contrat : Com. 30 oct. 2000, *D.* 2000. AJ 427, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2001. 536, obs. A. Martin-Serf). Cependant, elle présentait l'inconvénient d'interdire toute demande de relevé de forclusion des créanciers dont la créance n'était établie que postérieurement à l'expiration du délai d'un an. C'est la raison pour laquelle, à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Chambre commerciale avait estimé, par application de l'adage *contra non valentem*, que le créancier qui ne connaissait pas l'existence de sa créance à l'expiration du délai de six mois pour former un relevé de forclusion pouvait néanmoins présenter une demande à cette fin

(Com. avis, 15 sept. 2013 : *D.* 2013. 1020, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2014, 1020, § 7, obs. Ph. Pétel).

Cette solution est aujourd'hui expressément consacrée par l'ordonnance du 12 mars 2014. Dans sa nouvelle rédaction, l'alinéa 3 de l'article L. 622-26 du Code de commerce dispose que « *par exception*, si le créancier justifie avoir été placé dans l'impossibilité de connaître l'obligation du débiteur avant l'expiration du délai de six mois, le délai court à compter de la date à laquelle il est établi qu'il ne pouvait ignorer l'existence de sa créance ».

Le relevé de forclusion n'exempte pas le créancier de son obligation d'avoir à déclarer sa créance. Selon l'article L. 622-24 alinéa 1<sup>er</sup>, la déclaration doit être faite – par dérogation aux règles de droit commun – dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision de relevé de forclusion. À défaut, la créance non déclarée sera inopposable à la procédure.

## B. L'inopposabilité de la créance non déclarée

■ 257

Avant la loi du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration, comme le refus de relevé de forclusion, avait un effet radical pour le créancier : celui de l'extinction de sa créance. Cette extinction emportait dans son sillage, par le jeu du principe de l'accessoire, celle des droits et recours du créancier contre la ou les cautions du débiteur. L'extinction pour défaut de déclaration était en effet analysée en jurisprudence comme une exception inhérente à la dette et non pas comme une exception personnelle au débiteur (Com. 17 juill. 1990, *JCP E* 1991. II. 101, note G. Amlon).

La solution était différente lorsque la créance était l'objet d'une garantie dite « autonome » (ex. : lettre de confort, garantie à première demande ou certaines garanties professionnelles prévues par la loi) car, en cette hypothèse, l'obligation de garantie souscrite par le garant est indépendante de la dette principale qui lui sert de cause (Ass. plén. 4 juin 1999, *JCP* 1999. II. 10152, note M. Béhar-Touchais). De même, l'extinction de la créance ne pouvait être invoquée par les codébiteurs solidaires du débiteur en procédure collective au motif que l'extinction de la créance pour défaut de déclaration ne constituait pas une exception « commune à tous les codébiteurs » au sens de l'article 1208 du Code civil (Com. 19 janv. 1993, *D.* 1993. 331, note A. Honorat et J. Patarin). L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'un des codébiteurs ne modifiait donc pas les droits que le créancier pouvait exercer contre les autres demeurés *in bonis* (sur la théorie des coobligés : v. ss 238 s.).

La sanction du défaut de déclaration par l'extinction de la créance non déclarée a été abandonnée par la loi du 26 juillet 2005, qui a fait le choix de lui substituer la sanction de l'inopposabilité (C. com., art. L. 622-26, al. 2).

La portée de cette nouvelle sanction varie selon que le défaut de déclaration est apprécié à l'égard du débiteur (1) ou à l'égard des garants (2).

### 1. Portée de l'inopposabilité à l'égard du débiteur

■ 258

À l'égard du débiteur en procédure collective, l'inopposabilité consécutive au défaut de déclaration exclut seulement le créancier du droit de participer aux répartitions et aux dividendes (C. com., art. L. 622-26, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-14 (RJ), L. 641-3, al. 4 (LJ)).

Son droit à obtenir le paiement de sa créance est donc maintenu mais son exercice est doublement limité. Il ne joue pas :

– pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 622-26, al. 2 (S), L. 631-14 al. 1<sup>er</sup> (RJ));

– et après l'exécution de ce plan lorsque le débiteur a exécuté les engagements énoncés dans le plan ou prononcés par le tribunal (C. com., art. L. 622-26, al. 2). Autrement dit, si l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement est couronnée de succès, les créanciers non déclarants perdent définitivement tout droit d'obtenir le paiement de leur créance auprès du débiteur.

De même, en cas de liquidation judiciaire, ce n'est qu'à la clôture de la procédure que le créancier recouvrera le droit d'agir en paiement contre le débiteur (Com. 3 nov. 2010, *Rev. sociétés* 2011. 194, note Ph. Roussel Galle). Tout dépendra cependant des conditions de la clôture de la liquidation (v. ss chapitre 13).

## 2. Portée de l'inopposabilité à l'égard des « garants » du débiteur

L'abrogation de la sanction de l'extinction pour défaut de déclaration emporte des conséquences importantes pour les garants du débiteur. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, une distinction doit être faite selon que la procédure ouverte contre le débiteur est une procédure de sauvegarde ou une procédure de redressement judiciaire.

– 1<sup>re</sup> hypothèse : lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde, l'article L. 622-26, alinéa 2 du Code de commerce prévoit que les créanciers non déclarants ne peuvent agir contre « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant transféré ou cédé un bien en garantie ». Cette impossibilité pour le créancier non déclarant d'agir en recouvrement de sa créance contre les garants du débiteur en sauvegarde est toutefois doublement limitée. En premier lieu, *elle ne profite qu'aux seuls garants/personnes physiques*. Ce qui veut donc dire que le défaut de déclaration ne peut être invoqué par les garants/personnes morales. *Le créancier non déclarant peut donc agir en paiement contre eux dès l'échéance de sa créance si elle n'est pas payée par le débiteur en sauvegarde*. En second lieu, *l'inopposabilité, prévue en faveur des garants/personnes physiques, a un caractère temporaire, en vertu de la loi*. Elle ne les protège que pendant la durée de la période d'observation et « pendant l'exécution du plan » de sauvegarde (C. com., art. L. 622-26, al. 2). En revanche, une fois le plan de sauvegarde exécuté par le débiteur, le créancier non déclarant recouvre le droit de demander aux garants/personnes physiques le paiement de la créance due par le débiteur. Comme il l'a déjà été dit, dès lors que le débiteur a exécuté le plan de sauvegarde, l'inopposabilité ne joue plus alors qu'en sa seule faveur (v. ss 259). – 2<sup>de</sup> hypothèse : Lorsque la procédure ouverte est une procédure de redressement judiciaire, les solutions sont diamétralement différentes. L'article L. 631-14, alinéa 6 du Code de commerce prévoit que « les personnes (physiques ou morales) coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie *ne bénéficient pas de l'inopposabilité* » résultant du défaut de déclaration. Les créanciers non déclarants, conservent donc intact leur droit d'action.

Cependant, la rigueur de ce principe doit être combinée avec les dispositions de l'article L. 622-28, alinéa 2, du Code de commerce qui prévoient que lorsque le « garant » est une personne physique, les poursuites contre lui sont suspendues jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement, ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur (v. ss 267). Les garants personnes physiques bénéficient donc d'un répit pendant la période d'observation (sur la suspension des poursuites pendant la période d'observation : v. ss 267) Mais, une fois que la période d'observation est



achevée, les créanciers recouvrent leur droit d'obtenir paiement contre eux ; même si le plan de redressement est correctement exécuté par le débiteur.

## § 5 L'admission des créances déclarées

- 260 Une fois déclarées, les créances sont l'objet d'une vérification (A). Cette vérification précède leur admission définitive par le juge-commissaire (B).

### A. La vérification des créances

- 261 La mission de *vérification des créances*<sup>o</sup> incombe au mandataire judiciaire. En cas de liquidation judiciaire, cette mission est confiée au liquidateur.

Au terme de la vérification opérée en présence du débiteur et des contrôleurs (C. com., art. R. 624-1), le mandataire judiciaire établit une liste des créances déclarées, avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente ainsi que les observations du débiteur.

La vérification doit être faite dans le délai imparti expressément par le tribunal (C. com., art. L. 624-1). Avant la loi du 26 juillet 2005, ce délai ne pouvait être inférieur à six mois à compter de l'expiration du délai de déclaration des créances. Aujourd'hui, il est fixé souverainement par le tribunal.

### B. L'admission des créances par le juge-commissaire

- 262 Une fois dressée, la liste des créances déclarées est transmise sans délai au juge-commissaire (C. com., art. L. 624-1, R. 624-2). Ce dernier décide de l'*admission ou du rejet des créances*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 624-2), sans avoir l'obligation de suivre les propositions du mandataire judiciaire (Com. 8 mars 1994, D. 1994. IR 79).

Lorsqu'une créance est admise, elle ne peut plus être contestée ni dans son existence, ni dans son montant, ni dans sa nature (Com. 14 oct. 1997, D. 1998. Somm. 96, obs. A. Honorat).

- 263 La décision d'admission ou de rejet de la créance peut faire l'objet d'un recours ouvert au débiteur, au créancier, à l'administrateur lorsqu'il a pour mission d'assurer l'administration de l'entreprise ou au mandataire judiciaire (C. com., art. L. 624-3, al. 1<sup>er</sup>). La contestation est portée directement devant la cour d'appel (C. com., art. R. 624-7). Le délai pour interjeter appel est de dix jours. Ce délai très bref court, pour le créancier et le débiteur, à compter de la notification de la décision (C. com., art. R. 661-3).

section **2****Les restrictions aux droits des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés**

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation restreint substantiellement les droits des créanciers antérieurs ainsi que des créanciers postérieurs exclus du bénéfice du droit de priorité prévu par l'article L. 622-17 du Code de commerce. Il a déjà été vu qu'à compter de la publication du jugement d'ouverture, et pendant toute la durée de la période d'observation, ces derniers ne peuvent plus obtenir paiement de leur créance (v. ss 185 s.). Cette interdiction est complétée par l'arrêt des poursuites individuelles (§ 1), l'interdiction de solliciter l'inscription de nouvelles sûretés (§ 2) ainsi que par l'arrêt du cours des intérêts (§ 3).

L'ensemble de ces restrictions a pour objet d'assurer un règlement collectif, ordonné et égalitaire des créanciers. Dès l'ouverture de la procédure, il est ainsi fait échec à un paiement des créances « au prix de la course » : toute initiative individuelle destinée au paiement d'une somme d'argent est désormais exclue.

**§ 1 L'arrêt des poursuites individuelles**

L'arrêt des poursuites individuelles<sup>o</sup> est posé par l'article L. 622-21 du Code de commerce. Il s'agit d'une règle d'ordre public destinée non seulement à garantir un paiement ordonné et égalitaire des créanciers mais aussi à préserver les actifs de l'entreprise et donc son éventuel sauvetage.

Le principe d'interruption des poursuites concerne l'ensemble des créanciers antérieurs, à l'exception toutefois des salariés. Face au principe d'interruption des poursuites, l'égalité entre créanciers antérieurs est une égalité parfaite. Aucune distinction n'est en effet opérée selon qu'ils sont créanciers chirographaires ou créanciers munis d'une sûreté spéciale ou d'un privilège général.

La loi du 26 juillet 2005 a élargi le cercle des créanciers frappés par l'interdiction de toute poursuite individuelle. Celle-ci concerne dorénavant tous les créanciers « dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 » du Code de commerce (C. com., art. L. 622-21, al. 1<sup>er</sup>). Outre les créanciers antérieurs, cette expression vise les créanciers postérieurs dont la créance n'est pas née « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période ». À l'égard de cette catégorie particulière de créanciers postérieurs, le principe d'interruption des poursuites individuelles n'est guère surprenant. Il est en effet le corollaire de l'interdiction des paiements posée par l'article L. 622-7 du Code de commerce (v. ss 185 s.).

L'article L. 622-21 du Code de commerce ne dit mot en revanche des créanciers alimentaires du débiteur personne physique. Compte tenu de ce silence, cette catégorie de créanciers ne peut, à l'instar des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés, prétendre exercer une procédure de recours contre le débiteur pour

264 ■

265 ■

266 ■

obtenir paiement de leur créance. Cette interdiction ne s'applique toutefois que pour les biens du débiteur, qui font l'objet de la procédure collective. En vertu de la jurisprudence, les créanciers d'aliments conservent le droit d'obtenir le recouvrement de leur créance sur les biens du débiteur, placés hors procédure, c'est-à-dire ceux dont il conserve la libre disposition. Sont ici visés les salaires mais également les pensions de retraite perçus par le débiteur (sur cette question, v. ss 237).

■ 267

L'interruption des poursuites individuelles ne profite en principe qu'au seul débiteur. La caution ne peut en conséquence l'invoquer pour s'opposer à l'action en paiement introduite à son encontre par le créancier car la règle constitue une exception purement personnelle au débiteur principal au sens de l'article 2036 du Code de commerce (Com. 27 mars 1990, D. 1990. 494, note A. Honorat). Cependant, cette solution a été jugée sévère lorsque la caution est une personne physique. Aussi, lors de la loi du 10 juin 1994, la rigueur de la solution avait été tempérée par le principe selon lequel « le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend, jusqu'au jugement adoptant le plan de redressement ou prononçant la liquidation, toute action contre les cautions personnelles personnes physiques ». Demeuraient en revanche exclues du bénéfice de l'arrêt des poursuites les cautions personnes morales ainsi que les garants autonomes et coobligés que ceux-ci soient des personnes physiques ou des personnes morales.

La loi du 26 juillet 2005, puis l'ordonnance du 18 décembre 2008, ont prolongé l'assouplissement réalisé en 1994 en élargissant le cercle des « garants » personnes physiques autorisés à se prévaloir de la suspension des poursuites dont bénéficie le débiteur en procédure collective.

Par une formule volontairement générale, le bénéfice de l'arrêt des poursuites profite à toutes « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » (C. com., art. L. 622-28, al. 2). Sont visés non seulement les cautions personnelles et les garants autonomes mais aussi les auteurs d'une lettre d'intention ainsi que les cautions réelles et les personnes physiques ayant cédé un bien dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie.

Le jeu de cette suspension des poursuites au profit des « garants » personnes physiques appelle les observations suivantes :

*1<sup>re</sup> observation* : elle intervient de plein droit dès le jugement d'ouverture et jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement, ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur (C. com., art. L. 622-28, al. 2) ;

*2<sup>e</sup> observation* : elle ne joue que si la procédure ouverte contre le débiteur est une procédure de sauvegarde ou une procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 622-28, al. 2 (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ)). En revanche, elle est exclue si la procédure est une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> ; v. ss 491).

*3<sup>e</sup> observation* : elle n'interdit pas au créancier de prendre des mesures conservatoires afin de préserver ses droits (C. com., art. L. 622-28, al. 3).

## A. Les actions interrompues

■ 268

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 622-21, I), de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup>) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3, al. 1<sup>er</sup>) suspend ou arrête deux catégories d'actions (1). L'interruption n'a cependant qu'un caractère provisoire (2).

## 1. Les actions concernées par l'interruption

Sont tout d'abord concernées toutes les *actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent*. Cette première interdiction oblige le créancier à déclarer sa créance en vue de sa vérification et, en cas d'admission de celle-ci, à attendre les distributions organisées dans le cadre de la procédure.

L'arrêt des poursuites individuelles concerne également *les actions en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent*. Par une interprétation *contrario*, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire n'interdit pas la poursuite ou l'introduction lors de la période d'observation d'une action en résolution fondée sur l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation non pécuniaire. Pareillement, l'action fondée sur une clause résolutoire n'est pas concernée. Mais, la jurisprudence vérifie, en cette hypothèse, que le jeu de la clause résolutoire est acquis avant l'ouverture de la procédure collective (Com. 25 nov. 1997, *Rev. proc. coll.* 1999. 117, obs. Macorig-Venier).

Cette exigence explique que s'agissant de la résiliation d'un contrat de bail commercial, la mise en œuvre d'une clause résolutoire antérieure au jugement d'ouverture ne soit pas suffisante. La législation propre aux baux commerciaux impose en effet que le jeu de la clause résolutoire soit constaté par le juge. Or, si au jour du jugement d'ouverture, aucune décision passée en force de chose jugée n'a constaté l'acquisition de la clause résolutoire, le bailleur ne peut poursuivre son action, une fois la procédure contre le locataire ouverte (Com. 12 juin 1990, *D.* 1990. 450, note F. Derrida).

Le domaine d'application de l'interruption des poursuites doit être interprété strictement. Seules les actions expressément énumérées par l'article L. 622-21, I du Code de commerce sont interrompues.

Il s'ensuit que les actions en justice n'ayant pour objet ni le paiement d'une somme d'argent, ni la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent échappent à l'interdiction légale. Tel sera le cas d'une action en nullité. La solution est en revanche moins claire en présence d'une action en résolution pour inexécution d'une obligation de faire. En cette hypothèse, la Cour de cassation tend à les assimiler à des actions ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent. Cette assimilation repose sur le fait que l'inexécution d'une obligation de faire se résout, en application de l'article 1221 du Code civil (C.civ. anc. art. 1142), par l'allocation de dommages-intérêts au créancier de l'obligation inexécutée (en ce sens : Com. 9 juill. 1996, *JCP E* 1997. 623, n° 2, obs. M. Cabrillac ; Com. 17 juin 1997, *D.* 1997. Somm. 311, obs. A. Honorat).

## 2. La reprise des actions interrompues

Le principe d'interruption des poursuites a toutefois un caractère temporaire. Les actions introduites, avant l'ouverture de la procédure, sont simplement *suspendues*. Elles *reprennent de plein droit dès que le créancier poursuivant a procédé à la déclaration de sa créance* (C. com., art. L. 622-22 (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)).

La reprise de l'action nécessite cependant que le créancier mette en cause le mandataire judiciaire, et le cas échéant, l'administrateur s'il en a été nommé un par le jugement d'ouverture. En outre, l'action reprise ne peut tendre qu'à la constatation des créances et à la fixation de leur montant (C. com., art. L. 622-22 *in fine*). En

269 ■

270 ■

271 ■

d'autres termes, la juridiction saisie ne peut ni prononcer une condamnation au paiement d'une somme d'argent, ni la résolution d'un contrat.

Ces principes ne connaissent qu'une exception. Elle concerne les instances en cours devant le conseil des prud'hommes. En vertu de l'article L. 625-3 du Code commerce, celles-ci se poursuivent de plein droit, en présence du mandataire judiciaire, ou celui-ci dûment appelé.

## B. L'arrêt des procédures d'exécution

■ 272

Outre l'interruption des poursuites individuelles, le jugement d'ouverture emporte également l'arrêt de toute procédure d'exécution de la part des créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur ainsi que toute procédure de distribution dès lors que celle-ci n'a pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-21, II (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)).

Lorsque le débiteur est une personne physique, l'interdiction concerne non seulement les biens affectés à l'exercice de l'activité de son entreprise mais également ceux qui ne le sont pas (Com. 27 nov. 1991, D. 1992. 81, note F. Derrida). Cette solution se justifie par le principe d'unité du patrimoine consacré par le droit français (v. ss 182). Par ailleurs, si le débiteur est marié sous le régime de la communauté, l'arrêt des poursuites individuelles s'oppose à l'exercice des voies d'exécution sur ses biens propres comme sur les biens communs des époux. Aux termes de l'article 1413 du Code civil, les biens communs répondent en effet du passif propre de chacun des époux. L'arrêt des poursuites va ainsi frapper non seulement les créanciers du conjoint contre lequel une procédure collective a été ouverte mais également les créanciers personnels du conjoint *in bonis* dès lors que les créanciers entendent saisir un bien commun pour être payé de leur créance. En outre, la jurisprudence décide que les créanciers personnels du conjoint du débiteur en procédure collective doivent déclarer leur créance à la procédure de ce dernier (Com. 14 mai 1996, D. 1996. 460, note F. Derrida).

■ 273

Les procédures d'exécution en cours au jour du jugement d'ouverture sont *définitivement arrêtées*. De même, aucune procédure d'exécution ne peut être introduite, une fois la procédure collective ouverte, pour obtenir paiement d'une créance antérieure ou d'une créance postérieure non privilégiée.

Ces solutions se justifient par le principe d'interdiction de paiement qui frappe ces deux catégories de créances dès l'ouverture de la procédure collective (v. ss 185 s.)

L'arrêt des procédures d'exécution ne joue cependant qu'à la condition que la procédure d'exécution n'ait pas produit son effet légal au moment du jugement d'ouverture (C. com., art. R. 622-20). Cette condition explique que le principe de l'arrêt des voies d'exécution ne peut faire échec aux effets de la saisie-attribution introduite avant l'ouverture de la procédure. La loi du 9 juillet 1991 prévoit en effet que la saisie-attribution emporte attribution immédiate de la créance saisie au créancier saisissant dès la signification de l'acte de saisie. De surcroît, la jurisprudence considère que lorsque la créance naît d'un contrat à exécution successive, l'effet attributif attaché à la saisie englobe les sommes échues après le jugement d'ouverture. Ainsi en cas de contrat de bail, le montant des créances de loyers postérieures au jugement d'ouverture sera attribué au créancier (Ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2003. 445, note Ch. Larroumet ; RTD civ. 2003. 331, obs. P. Crocq).

## C. La suspension de la réalisation de la fiducie-sûreté sans dépossession

Dans le but de préserver les chances de sauvetage de l'entreprise, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire restreint les effets attachés à la fiducie-sûreté consentie par le débiteur, en qualité de constituant.

L'article L. 622-23-1 du Code de commerce, introduit par l'ordonnance du 18 décembre 2008, interdit au créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de réaliser par voie de « cession ou transfert » les biens ou droits qui ont été transmis à titre de garantie de sa créance dans un patrimoine fiduciaire, du seul fait *soit* de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire contre le débiteur constituant, *soit* de l'arrêt d'un plan de sauvegarde ou de redressement, *soit* enfin « d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture ». *Toute réalisation faite en violation de ces interdictions est frappée de nullité.*

L'interdiction a un domaine d'application *rationae materiae* strictement limité. Elle ne joue qu'à la condition que les biens ou droits transmis à titre de garantie fassent « l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance ». Tel sera le cas lorsque la fiducie est une fiducie-sûreté. L'objectif poursuivi par l'ordonnance est d'éviter que la réalisation d'une fiducie ne conduise à priver le débiteur de droits ou de biens nécessaires à la poursuite de son activité pendant la période d'observation et, ce faisant, à compromettre son redressement par la voie d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

L'interdiction faite au créancier de réaliser sa sûreté pour obtenir paiement de sa créance est cependant directement dépendante du sort réservé par l'administrateur à la convention de mise à disposition pendant la période d'observation. Elle ne peut s'appliquer qu'à la condition que l'administrateur ait opté en faveur de la continuation de cette convention (C. com., art. L. 622-13, VI; v. ss 225). En revanche, si l'administrateur opte pour la renonciation à cette continuation, la convention de mise à disposition est alors résolue. La fiducie-sûreté à l'origine faite sans dépossession se « transforme » en une fiducie-sûreté avec dépossession, ce qui autorise le créancier à la réaliser en dépit de l'ouverture de la procédure collective et le principe de l'arrêt des procédures d'exécution. Ce dernier principe ne s'applique pas puisque la propriété des biens ou des droits, affectés en garantie, ont été transmis dans un patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du débiteur (C. civ., art. 2011).

### § 2 L'interdiction des inscriptions

À compter du jugement d'ouverture, aucune sûreté ne peut plus être inscrite (C. com., art. L. 622-30 (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)).

L'*interdiction des inscriptions*<sup>9</sup> complète l'interdiction faite au débiteur en procédure collective d'accorder de nouvelles sûretés sur ses biens à compter du jugement d'ouverture (v. ss 193). Elle permet en outre de fixer la consistance du patrimoine de l'entreprise et d'en favoriser ainsi le redressement. L'interdiction relègue le créancier qui n'a pas procédé à l'inscription de sa sûreté avant le jugement d'ouverture, au rang de simple créancier chirographaire et permet, dans le même temps, d'affecter les biens (sur lesquels aurait dû normalement porter la sûreté) en garantie des dettes nées après le jugement d'ouverture. Le crédit de l'entreprise se trouve ainsi renforcé.

274 ■

275 ■

L'interdiction a une portée générale. Elle concerne les hypothèques (conventionnelles, judiciaires ou légales), les gages, les nantissements et les privilèges *constitués avant le jugement d'ouverture*. Cette interdiction ne fait pas obstacle au renouvellement d'une inscription antérieure au jugement d'ouverture. Elle ne s'oppose pas non plus à ce qu'une inscription conservatoire prise *avant* le jugement d'ouverture donne lieu à une inscription définitive après celui-ci (Com. 17 nov. 1992, D. 1993. 96, note F. Derrida). Dans les deux cas, l'inscription requise après l'ouverture de la procédure fait corps avec l'inscription opérée avant cette date. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle inscription.

L'article L. 622-30, alinéa 2, du Code de commerce pose une exception à l'interdiction de toute nouvelle inscription au profit du Trésor public. Celui-ci conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture ainsi que pour les créances mises en recouvrement après cette date mais à la condition que ces créances aient été déclarées dans les conditions prévues par l'article L. 622-24 du Code de commerce (v. ss 249 s.).

- 276 La loi du 26 juillet 2005 a étendu l'interdiction des inscriptions aux actes et décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels (C. com., art. L. 622-30, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Cette interdiction qui figurait dans la loi du 25 janvier 1985 avait été abrogée lors de l'adoption de la loi du 10 juin 1994.

Cette interdiction est toutefois assortie d'une exception. L'inscription demeure possible, en dépit du jugement d'ouverture, lorsque l'acte a acquis date certaine ou que la décision judiciaire est devenue exécutoire avant le jugement d'ouverture.

### § 3 L'arrêt du cours des intérêts

- 277 Le jugement d'ouverture emporte également l'*arrêt du cours des intérêts*<sup>o</sup> légaux et conventionnels ainsi que tous les intérêts de retard et majorations (C. com., art. L. 622-28, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)). *Cette règle a pour but de fixer le passif du débiteur à un moment donné et identique à tous les créanciers*. Elle permet aussi d'éviter une aggravation du passif et de faciliter par conséquent le redressement de l'entreprise. Les intérêts courants après le jugement d'ouverture ne sont pas simplement suspendus. Ils ne sont en réalité plus dus et sont en conséquence éteints.

#### A. Le cas des contrats de prêt

- 278 L'arrêt du cours des intérêts concerne toutes les créances porteuses d'intérêts, qu'elles soient chirographaires ou assorties de sûretés, dès lors que la créance est une créance antérieure au jugement d'ouverture (Com. 20 juin 2000, JCP E 2001. 221, n° 14, obs. M. Cabrillac) ou une créance postérieure non privilégiée.

Mais, ce principe ne s'applique pas aux contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an, ni aux contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus (C. com., art. L. 622-28, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-3, al. 1<sup>er</sup> (LJ)). Cette exception est destinée à ne pas décourager les prêts bancaires à moyen ou long terme ainsi que la pratique des délais de paiement.

- 279 Le domaine de cette exception est interprété de manière assez large par la jurisprudence. Tout d'abord, elle s'applique à l'ouverture de crédit conclue pour une durée

égale ou supérieure à un an (Com. 9 janv. 2001, *D.* 2001. AJ 923, obs. V. Avena-Robardet) mais elle ne concerne pas, en revanche, l'avance en compte courant d'associé lorsque cette avance ne précise pas la durée de mise à disposition des fonds à la société (Com. 23 avr. 2013, *JCP E* 2013, 1414, obs. critique Ph. Pétel). Par ailleurs, le maintien des intérêts concerne aussi bien les intérêts *stricto sensu* ayant pour objet de rémunérer l'activité du prêteur que les intérêts de retard et les majorations de retard (Com. 27 nov. 1991, *RJDA* 1992, n° 192).

## B. La situation des coobligés et « garants »

La loi du 10 juin 1994 avait introduit l'interdiction pour les cautions et coobligés de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts (C. com., anc. art. L. 621-48, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Si la solution ne soulevait guère de difficulté s'agissant des coobligés à une même dette, son application aux cautions remettait en cause le caractère accessoire de leur engagement. Celui-ci interdit en effet au créancier de demander à la caution les intérêts qu'il ne peut plus exiger du débiteur principal (C. civ., art. 2290). Or, la solution posée par la loi du 10 juin 1994 conduisait à maintenir à la charge de la caution des intérêts éteints à l'égard du débiteur.

La loi du 26 juillet 2005 avait souhaité rompre partiellement avec cette solution en introduisant une distinction selon la nature de la procédure collective ouverte contre le débiteur. Au terme de cette distinction, si les cautions et coobligés (personnes physiques et non pas personnes morales) bénéficiaient de plein droit de l'arrêt du cours des intérêts lorsque la procédure était une procédure de sauvegarde ou de liquidation judiciaire, ils étaient en revanche privés de ce droit en cas de redressement judiciaire du débiteur. La solution avait été vivement critiquée. Rien ne justifiait en droit que les garants d'un débiteur en redressement judiciaire soient moins bien traités que les garants d'un débiteur en liquidation judiciaire.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 remédie à cette anomalie en introduisant deux innovations.

*1<sup>re</sup> innovation* : l'ordonnance *élargit le cercle des « garants »/personnes physiques* autorisés à invoquer l'arrêt du cours des intérêts prévu en faveur du débiteur. L'arrêt du cours des intérêts profite désormais aux « personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Par cette formule volontairement générale, il a été souhaité embrasser tout type de sûretés, tant personnelles que réelles, et cela afin de couper court aux politiques de contournement des établissements de crédit pour échapper à la rigueur des effets de la procédure collective ouverte contre leur débiteur.

En pratique, l'arrêt du cours des intérêts pourra être opposé au créancier non seulement par les cautions personnelles et les garants autonomes mais aussi par les auteurs d'une lettre d'intention, les cautions réelles ainsi que les personnes physiques ayant cédé un bien dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie.

*2<sup>de</sup> innovation* : si l'ordonnance du 18 décembre 2008 a élargi le domaine *rationae personae* des « garants »/personnes physiques autorisés à se prévaloir de l'interruption du cours des intérêts, elle en restreint dans le même temps le domaine *rationae materiae*. Désormais, l'interruption du cours des intérêts ne peut profiter aux « garants »/personnes physiques que *dans le seul cas où le débiteur est l'objet d'une procédure de sauvegarde* (C. com., art. L. 622-28).



Il s'ensuit donc qu'en cas de procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14, al. 6) et de procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3, al. 1<sup>er</sup>), *l'arrêt du cours des intérêts ne profite qu'au débiteur, et à lui seul.*



## Compléments pédagogiques

### Mémo

L'ouverture d'une procédure collective (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation) oblige à distinguer entre trois catégories de créanciers : les *créanciers antérieurs*, les *créanciers postérieurs non privilégiés* et les *créanciers postérieurs privilégiés*.

Les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs non privilégiés doivent *déclarer leur créance* pour pouvoir participer aux répartitions et distributions.

La déclaration de créance peut être faite par le créancier lui-même, par l'un de ses préposés ou par un mandataire.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, *la déclaration faite par un tiers* choisi par le créancier *n'est enserrée dans aucune forme spécifique*.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, *la déclaration de créance peut être le fait du débiteur* qui est présumé agir pour le compte du créancier.

*La déclaration de créance doit être faite dans un délai de deux mois*. Le *défaut de déclaration* n'emporte plus l'extinction de la créance mais son *inopposabilité à la procédure*.

Les créanciers non déclarants peuvent bénéficier d'un *relevé de forclusion* s'ils en font la demande auprès du juge-commissaire *dans un délai de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture*.

La créance déclarée est vérifiée par le mandataire judiciaire. Elle est définitivement admise à participer aux répartitions et distributions après son admission par le juge-commissaire.

Le *droit de poursuite des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés* est interrompu de plein droit pendant toute la période de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

L'interruption des poursuites ne concerne que les actions tendant au paiement d'une somme d'argent ou les actions en résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

La suspension des poursuites profite aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, *sauf lorsque la procédure ouverte est une procédure de liquidation judiciaire*.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire emporte l'interdiction pour les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés d'exercer des procédures d'exécution sur le patrimoine du débiteur.

L'ouverture d'une procédure collective arrête le cours des intérêts au profit du débiteur mais non à l'égard des personnes physiques coobligées ou ayant consenti

une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, *sauf si la procédure est une procédure de sauvegarde*.

Une fiducie-sûreté sans dépossession ne peut être réalisée en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire contre le débiteur constituant.

## Quid

### ■ Admission ou rejet des créances n° 262

Décision du juge-commissaire d'admettre ou de refuser au passif de la procédure les créances déclarées dont la liste a été établie, après vérification, par le mandataire judiciaire.

### ■ Arrêt du cours des intérêts n° 277

Mesure arrêtant, au jour du jugement d'ouverture, le cours des intérêts légaux et conventionnels produits par une créance dont le fait générateur est antérieur à l'ouverture de la procédure du débiteur.

### ■ Arrêt des poursuites individuelles n° 265

Mesure interdisant aux créanciers antérieurs ou postérieurs non privilégiés d'introduire ou de poursuivre toute procédure d'exécution ainsi que toute action tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

### ■ Créanciers antérieurs n° 226

Créanciers dont la créance est née avant le jugement d'ouverture.

### ■ Créanciers postérieurs privilégiés n° 226

Créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture soit pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, soit en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation. Ils bénéficient du privilège de procédure prévu par les articles L. 622-17 (sauvegarde et redressement judiciaire) et L. 641-13 (liquidation judiciaire) du Code de commerce.

### ■ Créanciers postérieurs non privilégiés n° 226

Créanciers dont la créance est née après le jugement d'ouverture et qui ne bénéficient pas du privilège de procédure prévu par les articles L. 622-17 (procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire) et L. 641-13 du Code de commerce (procédure de liquidation judiciaire).

### ■ Déclaration de créance n° 229

Acte par lequel le créancier antérieur ou postérieur non privilégié manifeste sa volonté d'obtenir paiement de sa créance dans le cadre de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte contre son débiteur.

■ **Déclaration de créance à titre provisionnel n° 249**

Déclaration de créance faite dans l'attente d'une déclaration définitive. Elle est réservée aux seules créances fiscales et sociales.

■ **Droit de déclaration cumulatif n° 239**

Droit pour le créancier de déclarer le montant nominal de sa créance, sous déduction des acomptes déjà reçus, dans chacune des procédures ouvertes contre les codébiteurs (v. ss théorie des coobligés).

■ **Droit de rétention n° 248**

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 (*Voc. Jur. Capitant*).

■ **Interdiction des inscriptions n° 275**

Interdiction faite aux créanciers antérieurs d'inscrire après le jugement d'ouverture une sûreté constituée avant cette date.

■ **Relevé de forclusion n° 254**

Action du créancier ayant omis de déclarer sa créance lorsque le défaut de déclaration ne résulte pas de son fait.

■ **Mandataire judiciaire n° 242**

Mandataire de justice, désigné avant la loi du 26 juillet 2005 sous le nom de « représentant des créanciers ». Il a pour mission de vérifier les créances mais aussi de représenter les créanciers et de défendre leurs intérêts. Il assume les fonctions de liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

■ **Théorie des coobligés n° 239**

Garantie offerte au créancier lui permettant de déclarer sa créance dans chacune des procédures ouvertes contre ses codébiteurs (v. ss droit de déclaration cumulatif).

■ **Sauvegarde financière accélérée n° 228**

Procédure spécifique de sauvegarde ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de ses créanciers pour en rendre vraisemblable son adoption une fois la procédure de sauvegarde accélérée ouverte.

■ **Vérification des créances n° 261**

Mission du mandataire judiciaire consistant à établir la liste des créances déclarées et dont l'admission définitive est proposée au juge-commissaire.

## Documents

### 1) Déclaration de créance par télécopie

Com. 17 déc. 2003 (extraits)

(D. Affaires 2004. AJ 137, obs. A. Lienhard)

« Mais attendu que le Code de commerce ne prévoit la forme que doit revêtir la déclaration de créances, ce dont il résulte que la déclaration faite par télécopie n'est pas, en soi, irrégulière ; que la cour d'appel, qui a relevé que le représentant des créanciers avait accusé réception de la déclaration de créances dans le délai de trois jours, ce dont il ressortait qu'elle lui était bien parvenue, a pu décider que la créance avait été régulièrement déclarée ».

### 2) Conséquence du défaut de déclaration de créance

Civ. 1<sup>re</sup> 3 nov. 2010, n° 09-70312, P+B (extraits)

(Rev. sociétés 2011. 194, note Ph. Roussel Galle)

« Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 622-26 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 que, si les créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance ne sont pas, sauf à être relevés de la forclusion encourue, admis dans les répartitions et les dividendes, cette créance n'est pas éteinte ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que la créance de la FCI, qui n'avait pas été déclarée au passif de M<sup>me</sup> Rebecca X..., était inopposable à sa liquidation judiciaire ».

### 3) Arrêt des procédures d'exécution et saisie-attribution

Ch. mixte, 22 nov. 2002 (extraits)

(D. 2003. 445, note Ch. Larroumet)

« Mais attendu qu'il résulte des articles 13 et 43 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 69 et suivants du décret du 31 juillet 1992, que la saisie-attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement ; que, dès lors, la cour d'appel, qui a retenu que la saisie avait définitivement produit son effet attributif avant le jugement prononçant la mise en liquidation judiciaire de la société, a décidé, à bon droit, qu'il n'y avait pas lieu d'en ordonner la mainlevée et a rejeté la demande de remboursement des loyers ».

## Biblio

### 1) Sur la déclaration des créances

- A. Ghozi, « La nature juridique de la production des créances dans les procédures de règlement du passif », *RTD com.* 1978. 1 s.

- E. Le Corre-Broly, « L'inopposabilité à la procédure collective de la créance non déclarée », *Gaz. Pal.* 2011, n° 7, p. 18 s.
- P.-M. Le Corre, « La créance non déclarée au passif et le jeu de la prescription », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 469 s.
- F. Macorig-Venier, « Les créanciers antérieurs hors comités après l'ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance », *BJE* 2014. 185.
- J.-L. Vallens, « La déclaration de créance n'est pas une demande en justice », *RTD com.* 2009. 214 s.

## 2) Sur les créanciers tenus de déclarer leurs créances

- J.-Ch. Boulay, « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2006. 135 s.
- F. Macorig-Venier, « Les créanciers de l'EIRL en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2011, Dossier 17.
- M.-H. Monsérié-Bon, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté », *BJS* 2011. 270 s.
- Ph. Pétel, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006. 142 s.

## 3) Sur le sort des actions contre les « garants » du débiteur

- P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009. 1313.
- C. Houin-Bressand, « Cautions, garants et coobligés », *Rev. proc. coll.* 2008. 112 s., n° 2.
- F. Pérochon, « Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles », in *Dossier Réformes du droit des entreprises en difficulté*, *D.* 2009. 651 s.
- D. Robine, « Les conséquences du défaut de déclaration de créance sur les garanties dont dispose le créancier », *Journ. Sociétés* 2012, 22 s.

## 4) Sur l'arrêt des poursuites individuelles et des procédures d'exécution

- Ch. Garreau, « La saisie-attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2004. 413 s.
- A. Ghelfi-Tastevin, « Le principe de l'effet attributif immédiat des saisies et le droit des entreprises en difficulté », *LPA* 18 oct. 1999. 6 s.
- Ph. Roussel Galle, « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », *Gaz. Pal. proc. coll.* 8-10 mars 2009, p. 21 s.
- E. Scholastique, « Les titres exécutoires en matière de procédures collectives », *Dr. et proc. janv.* 2005. 7 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. La déclaration de créance est une obligation :
  - a. pour tous les créanciers ;
  - b. pour les créanciers antérieurs ;
  - c. pour les créanciers postérieurs non privilégiés.
2. Le délai de déclaration de créance court à compter :
  - a. du prononcé du jugement d'ouverture ;
  - b. de l'admission de la créance par le juge-commissaire ;
  - c. de la publicité du jugement d'ouverture.
3. Le délai de déclaration des créances est de :
  - a. un mois ;
  - b. deux mois ;
  - c. trois mois.
4. La vérification des créances relève de la compétence :
  - a. du juge-commissaire ;
  - b. de l'administrateur ;
  - c. du mandataire judiciaire
5. La suspension des poursuites individuelles suspend les actions tendant :
  - a. à l'exécution d'un contrat antérieur ;
  - b. au paiement d'une somme d'argent ;
  - c. à l'inscription d'une sûreté constituée avant le jugement d'ouverture.
6. En présence d'une procédure de sauvegarde financière accélérée, l'obligation de déclaration s'impose :
  - a. à tous les créanciers du débiteur ;
  - b. aux seuls créanciers financiers ayant participé à la procédure de conciliation précédant le jugement d'ouverture de la sauvegarde ;
  - c. aux seuls créanciers financiers n'ayant pas participé à la procédure de conciliation précédant le jugement d'ouverture de la sauvegarde.
7. L'admission des créances relève de la compétence :
  - a. du juge-commissaire ;
  - b. de l'administrateur ;
  - c. du mandataire judiciaire.

8. La suspension provisoire des poursuites interdit au créancier d'agir contre le débiteur et :

- a. les cautions personnes physiques ;
- b. les cautions personnes morales ;
- c. toutes les cautions.

9. Le défaut de déclaration emporte :

- a. l'extinction de la créance non déclarée ;
- b. l'interdiction pour le créancier de participer aux répartitions et aux dividendes ;
- c. la réduction du montant de la créance.

10. En cas d'ouverture d'une procédure contre le patrimoine professionnel d'un EURL, sont soumis à l'obligation de déclaration de leur créance :

- a. tous les créanciers de l'entrepreneur individuel ;
- b. les créanciers dont la créance est née à l'occasion de l'activité pour laquelle le patrimoine en procédure collective a été affecté ;
- c. les créanciers auxquels le patrimoine affecté est inopposable

11. La demande de relevé de forclusion doit être adressée :

- a. au mandataire judiciaire ;
- b. au juge-commissaire ;
- c. au tribunal ayant ouvert la procédure.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Tests de compréhension

### Énoncé n° 1

La SA Blansec est depuis trois mois en procédure de sauvegarde. La banque Leurvet, qui lui a consenti un prêt, a omis de déclarer sa créance, et, a formé une demande en relevé de forclusion devant le juge-commissaire. Au soutien de sa demande, elle invoque la faute du mandataire judiciaire. Selon elle, celui-ci aurait dû l'informer de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire contre la SA Blansec et de son obligation de devoir déclarer sa créance à la procédure. *La banque Leurvet a-t-elle des chances d'obtenir satisfaction ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

### Énoncé n° 2

La SA Hautogonal est en procédure de sauvegarde. Deux mois avant l'ouverture de la procédure, la banque Lavar lui a consenti une ouverture de crédit en compte courant d'un montant de 50 000 euros remboursable en six mois. Le taux d'intérêt avait été fixé à 5 %. Mme Adèle, présidente du conseil d'administration de la société Hautogonal, a accepté de s'en porter caution. La banque Lavar, dont la créance a été déclarée par le directeur de son service juridique, a demandé à la caution le paiement du principal ainsi que des intérêts échus depuis l'ouverture de la procédure. Pour s'opposer à cette demande, Mme Adèle invoque l'irrégularité de la déclaration



qui, selon elle, ne pouvait être faite que par le directeur général de la banque Lavar, seul à pouvoir agir au nom et pour le compte de la banque. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

### c) Commentaire d'arrêt

#### **Cour de cassation, chambre commerciale, 12 juillet 2011 (n° 09-71113, P+B+R+I, BJS 2011. 816, note J-J. Barbiéri)**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt déferé (Colmar, 12 août 2009) et les productions, que MM. X... et Y... (les cautions) se sont rendus cautions solidaires du paiement des sommes pouvant être dues au titre d'un bail consenti à la société MS Parquets (la société) par M. et M<sup>me</sup> Z..., sur un immeuble que ceux-ci ont ensuite vendu à SCI Franpublique (la SCI) ; que celle-ci n'a pas déclaré sa créance à la liquidation judiciaire de la société, prononcée le 11 avril 2006 ; qu'une ordonnance d'injonction de payer a, le 25 juillet 2006, condamné les cautions à payer, à M. et M<sup>me</sup> Z..., une certaine somme représentant des loyers impayés ; qu'un jugement du 13 juin 2007 a, pour partie, mis à néant cette décision, dit la demande de M. et M<sup>me</sup> Z... irrecevable et prononcé la condamnation solidaire des cautions au profit de la SCI qui était intervenue dans l'instance ;

Attendu que les cautions font grief à l'arrêt de leur condamnation solidaire, au profit de la SCI, au paiement de la somme de 23 045,55 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 21 août 2006 et de celle de 400 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, du rejet de leur demande de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que devant la cour d'appel, les cautions invoquaient que, faute d'avoir déclaré sa créance au passif du débiteur principal, le créancier était forclo et que cette forclusion devait leur bénéficier en qualité de cautions recevables à se prévaloir de toute exception inhérente à la dette ; qu'en laissant ce moyen sans réponse, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce qu'à défaut de déclaration dans les délais, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes, à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion ; que, conformément aux dispositions de l'article 2313 du code civil, l'exception prise de la forclusion résultant de l'absence de déclaration de créance dans les délais requis, inhérente à la dette, peut être opposée au créancier qui prétend actionner la caution en paiement après la mise en liquidation judiciaire du débiteur principal ; qu'en condamnant les cautions, bien que la créance n'ait pas été déclarée à la procédure du débiteur principal, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 2313 du code civil, ensemble l'article L. 622-26 du code de commerce ;

3°/ qu'à défaut de déclaration dans les délais, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes et que la caution est déchargée lorsque la subrogation dans un droit exclusif ou préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance ne peut plus, par son fait, s'opérer en faveur de la caution ; qu'en retenant, pour refuser de décharger les cautions de leur engagement, qu'en dépit de l'absence de déclaration de créance les cautions exposantes pourront bénéficier de la subrogation instaurée par l'article 2306 du code civil ; la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 2314 du code civil ;

4°/ qu'en retenant qu'il était établi, au vu de la lettre de M<sup>me</sup> A... en date du 25 février 2008 que la liquidation judiciaire n'avait pas permis le règlement des créances chirographaires, la cour d'appel a dénaturé cette lettre et violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce, que la défaillance du créancier ayant pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement ;  
Attendu, ensuite, que si la caution est déchargée de son obligation, lorsque la subrogation dans un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en faveur de la caution, pareil effet ne se produit que si cette dernière avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation ; que la cour d'appel qui, analysant, sans la dénaturer, la lettre du liquidateur, a retenu qu'il était établi que les créanciers chirographaires n'avaient pas été réglés, a, par ce seul motif faisant ressortir que les cautions n'auraient pas été désintéressées, légalement justifié sa décision ;  
D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;  
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi  
*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **b et c** ; 2. **c** ; 3. **b** ; 4. **c** ; 5. **b** ; 6. **c** ; 7. **a** ; 8. **a**. Si la procédure ouverte contre le débiteur est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ; 9. **b** ; 10. **b et c** ; 11. **b**.

### Test de compréhension n° 1

En vertu de l'article L. 622-26 du Code de commerce, tout créancier dont la créance ne bénéficie pas du droit de priorité prévu par l'article L. 622-17 du Code de commerce et qui n'a pas déclaré en temps et en heure sa créance peut obtenir du juge-commissaire un relevé de forclusion, s'il établit que « le défaut de déclaration n'est pas dû à son fait ou est dû à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de liste de ses créanciers ». Cette demande doit aujourd'hui être présentée dans un délai de six mois à compter de la publicité de la décision d'ouverture.

En l'espèce, la banque reproche au mandataire judiciaire de ne pas l'avoir personnellement avertie de l'ouverture de la procédure. L'article L. 622-24 du Code de commerce impose en effet au mandataire judiciaire d'informer les « créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié » de l'obligation de déclarer leur créance. Cette information doit être faite dans les quinze jours de l'ouverture de la procédure.

En l'espèce, la banque Leurvet ne justifie d'aucun contrat ou sûreté publié. Le mandataire judiciaire n'avait donc pas l'obligation de l'informer personnellement de l'existence de la procédure de sauvegarde. Le bénéfice d'un relevé de forclusion est donc plus que compromis.

### Test de compréhension n° 2

Deux questions distinctes se posent en l'espèce : celle, d'une part, de la régularité de la déclaration faite par un préposé du créancier (I) ; celle, d'autre part, de la recevabilité de l'action en paiement contre la caution d'un débiteur en procédure collective (II).

## I. Conditions de régularité de la déclaration faite par un préposé du créancier

Si, en principe, la déclaration de créance doit être faite par le créancier lui-même, et donc par ses représentants légaux ou tout organe habilité par la loi à le représenter, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, rien n'interdit que la déclaration soit également confiée par le créancier à un tiers qui peut, selon les cas, être un mandataire ou plus simplement l'un de ses préposés.

Cette possibilité est prévue par l'article L. 622-24 du Code de commerce, sans que la loi ne précise cependant les conditions de forme s'imposant au mandat de déclaration confié au tiers ou à la délégation de pouvoir accordée au préposé.

Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2014, ces conditions avaient été posées par la jurisprudence. Celle-ci considérait que la déclaration de créance « équivalait à une demande en justice » (v. Ass. plén. 4 févr. 2011 : *BJE* 2011. 130, note P.-M. Le Corre) et en concluait que le mandat ou la délégation de pouvoir devait être donné par écrit et avoir nécessairement un caractère spécial. À défaut, la déclaration de créance était jugée irrégulière.

Dans un souci de simplification et de protection des droits des créanciers, l'ordonnance du 12 mars 2014 met un terme à ces exigences en condamnant l'assimilation de la déclaration de créance à une demande en justice. Ainsi, si comme hier, il est certain que la déclaration continue d'emporter interruption de la prescription jusqu'à la clôture de la procédure, cet effet n'est plus attaché à sa nature juridique mais à une volonté de la loi (C. com., anc. art. L. 622-25-1).

Par ailleurs, la déclaration de créance n'étant plus assimilable à une demande en justice, il s'ensuit que l'exigence prétorienne d'un mandat écrit et spécial à peine de régularité de la déclaration est désormais caduque. Nulle forme particulière ne s'impose donc aujourd'hui à la déclaration faite par un tiers au nom du créancier. En outre, si la déclaration est faite par une personne sans pouvoir, l'alinéa 2 de l'article L. 622-24 du Code du commerce prévoit, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, que « le créancier peut (alors) ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission » de sa créance.

Ces nouvelles solutions rénovent en profondeur la déclaration de créance, en en allégeant et sécurisant substantiellement les conditions.

## II. Conditions de la recevabilité de l'action contre la caution d'un débiteur en procédure collective

En vertu de l'article L. 622-28, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce, la créance née avant le jugement d'ouverture cesse définitivement de produire tout intérêt dès le jugement d'ouverture (intérêts légaux et conventionnels ; intérêts de retard et majorations). Ce principe évite que la prolongation de la procédure ne profite aux créanciers et allège d'autant le passif de l'entreprise. Une exception est apportée à ce principe pour les prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an. Cette exception profite, selon la jurisprudence, à l'ouverture de crédit au motif qu'elle est assimilable à un prêt (Com. 9 janv. 2001, *D.* 2001. AJ 923, obs. V. Avena-Robardet).

En l'espèce, l'ouverture de crédit n'a pas été consentie pour une durée égale ou supérieure à un an mais pour six mois. L'arrêt du cours des intérêts est donc

applicable. L'ouverture de crédit ne produit plus aucun intérêt à la charge de la SA Hautogonal depuis le jugement d'ouverture.

La caution peut-elle invoquer à son profit l'arrêt du cours des intérêts ? Avant la loi du 26 juillet 2005, l'ancien article L. 621-49 du Code de commerce interdisait à la caution et aux coobligés de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts résultant de la procédure collective. Cette solution a été abandonnée par la loi du 26 juillet 2005. L'article L. 622-28, alinéa 1<sup>er</sup>, prévoit désormais que « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir » de l'arrêt du cours des intérêts. Ce principe est spécifique à la procédure de sauvegarde et est expressément écarté en cas de procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14, al. 6) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3, al. 1<sup>er</sup>). En l'espèce, le cautionnement a été donné par le président du conseil d'administration qui est une personne physique et la société est l'objet d'une procédure de sauvegarde. Rien ne s'oppose donc à ce que ce dernier se prévale, en sa qualité de caution, de l'arrêt du cours des intérêts.

La caution peut en outre opposer au créancier la suspension des poursuites individuelles. L'article L. 622-28, alinéa 2, du Code de commerce prévoit que le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement, ou prononçant la liquidation judiciaire, toute action contre les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle. Ce que constitue un cautionnement. Ce texte offre un répit aux cautions personnes physiques pendant la durée de la période d'observation. En l'espèce, le président du conseil d'administration peut donc invoquer l'article L. 622-28 du Code de commerce pour s'opposer à la demande de paiement de la banque, tant que la période d'observation n'aura pas pris fin et que le tribunal n'aura pas statué sur le sort de la société.

### Commentaire d'arrêt

La loi du 26 juillet 2005 a sonné le glas de « l'âge d'or des cautions » en abolissant « la peine de mort qui frappait, depuis 1985, les créances non déclarées ». (F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, n° 1372 et n° 1384). Désormais, la créance non déclarée est seulement frappée d'inopposabilité (v. ss 257).

La réforme était depuis longtemps attendue.

L'automaticité de la libération du débiteur, du seul fait d'une négligence ou d'un retard dans l'accomplissement des formalités de déclaration, était en effet perçue, par de nombreux auteurs, comme une expropriation du créancier contraire aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme mais également à l'article 5 du Règlement européen n° 1346/2000 qui s'oppose à ce que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité affecte les droits réels d'un créancier ou d'un tiers sur les biens du débiteur se trouvant sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne différent de celui de l'État d'ouverture (F. Pérochon, *op. préc.*, n° 1372 ; C. Saint Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficultés*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 2014, n° 779).

De surcroît, le créancier se trouvait automatiquement privé de recours contre la caution : la Cour de cassation jugeant que l'extinction de la créance pour défaut de déclaration relevait, non pas de la catégorie « des exceptions personnelles au débiteur », mais de celle des « exceptions inhérentes à la dette » dont la caution pouvait dès lors se prévaloir contre le créancier non déclarant (Com. 17 juill. 1990 : *RTD com.*

1990. 643, obs. Y. Chaput ; D. 1990. 494, obs. A. Honorat). Autrement dit, la libération du débiteur avait pour effet d'emporter dans son sillage celle de la caution par application du principe de l'accessoire.

Aujourd'hui, l'extinction de la créance pour défaut de déclaration n'est plus la règle. L'article L. 622-26 du Code de commerce dispose que le défaut de déclaration prive seulement le créancier du droit d'être « admis dans les répartitions et dividendes » (C. com., art. L. 622-26, al. 1<sup>er</sup>), et que les créances non déclarées régulièrement sont en conséquence « inopposables au débiteur » pendant toute la durée de la procédure collective (C. com., art. L. 622-26, al. 2).

Ce changement ne pouvait être sans incidences pour la caution, ce que confirme la décision de la chambre commerciale du 12 juillet 2011, estampillée des quatre lettres : P+B+R+l.

L'apport de cette décision est double. Il confirme la fin de la protection automatique de la caution par le droit des procédures collectives (I) tout en affirmant que cette protection peut être puisée du côté du droit commun du cautionnement (II).

## **I. La fin de la protection de la caution par le droit des procédures collectives**

### **A. L'inopposabilité de la créance non déclarée : une exception personnelle au débiteur**

#### **1. Le rejet par la Cour de cassation de la qualification d'exception inhérente à la dette**

Selon la chambre commerciale « la défaillance du créancier, ayant pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement ».

#### **2. Une solution qui repose sur l'analyse dualiste de l'obligation**

La solution repose sur la distinction classique entre le pouvoir de contrainte du créancier et la dette elle-même. Si le pouvoir de contrainte est paralysé en cas de défaut de déclaration, puisque le créancier ne peut participer aux répartitions et dividendes (donc recevoir paiement dans le cadre de la procédure collective), la dette subsiste, pour sa part, et avec elle l'ensemble des sûretés et garanties qui lui sont attachées. Autrement dit, l'impossibilité d'agir en paiement contre le débiteur, n'interdit pas au créancier d'obtenir paiement de la dette de ce dernier contre la caution qui s'est engagée à la payer.

La solution est en outre conforme à la finalité du cautionnement qui est de garantir le paiement d'une créance.

### **B. Un droit au paiement du créancier non déclarant dépendant de la nature de la procédure collective ouverte contre le débiteur**

#### **1. Les droits du créancier non déclarant en cas de procédure de sauvegarde**

Lorsque la procédure collective ouverte contre le débiteur est une procédure de sauvegarde, l'article L. 626-22, al. 2, du Code de commerce dispose que pendant l'exécution du plan de sauvegarde, les créances non déclarées sont également

« inopposables aux personnes physiques, coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

Le Code de commerce établit donc une distinction selon que la caution est une personne physique ou une personne morale, en interdisant au créancier non déclarant le droit de poursuivre en paiement la première tant que dure la procédure de sauvegarde, c'est-à-dire tant que le juge n'a pas arrêté au bénéfice du débiteur un plan de sauvegarde. Ce n'est qu'à l'issue de la procédure que le créancier pourra agir en paiement contre la caution personne physique pour obtenir ce que lui devait le débiteur.

## **2. Les droits du créancier non déclarant en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire**

En cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, la situation de la caution est beaucoup moins enviable. L'article L. 631-14, al. 6, du Code de commerce prévoit que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 ». Dit autrement, le créancier non déclarant peut donc demander paiement de la créance non déclarée contre la caution, sans avoir à attendre le sort réservé au débiteur. Peu important que la caution soit alors une personne physique ou une personne morale.

## **II. Le droit commun du cautionnement au secours de la caution**

### **A. Le droit de participer aux répartitions et dividendes : un droit préférentiel conférant un avantage particulier au sens de l'article 2314**

#### **1. Le refus d'une interprétation stricte de la notion de « droit préférentiel »**

En vertu de l'article 2314 du code civil, la caution est déchargée de son obligation de garantie (et donc de paiement) vis-à-vis du créancier lorsque ce dernier, à par sa faute, rendu impossible le recours subrogatoire de la caution à l'égard du débiteur, et l'a ainsi empêchée d'obtenir du débiteur le paiement de ce qu'elle a payé au créancier.

La décharge de la caution est cependant subordonnée à la perte d'un droit préférentiel dont disposait le créancier. En l'espèce, la question était de savoir si l'impossibilité pour la caution de pouvoir participer aux répartitions et dividendes de la procédure collective du débiteur en raison du défaut de déclaration par le créancier s'analysait en la perte d'un droit préférentiel au sens de l'article 2314 du Code civil.

La Cour de cassation répond par l'affirmative en estimant que la notion de perte d'un droit préférentiel n'est pas seulement réductible à la perte d'un privilège au sens du droit des sûretés mais recouvre également la perte d'un droit « conférant un avantage particulier », tel que le droit d'obtenir paiement de la créance en participant aux répartitions et aux dividendes organisées dans le cadre de la procédure collective du débiteur.

#### **2. Une interprétation indépendante de la nature de la créance**

Le droit préférentiel — que constitue la possibilité de participer aux répartitions et dividendes — est donc attaché à toute créance, même aux créances chirographaires.

Ce principe implicitement affirmé dans l'arrêt du 12 juillet 2011 a été expressément consacré depuis par la chambre commerciale (Com. 19 févr. 2013 : D. 2013. AJ. 565,







## Plan analytique

### section 1

#### Le domaine du droit de priorité

- § 1 La date de naissance de la créance postérieure
  - A. Le fait générateur des créances extra-contractuelles
  - B. Le fait générateur des créances contractuelles
- § 2 La régularité de la créance postérieure
- § 3 L'utilité de la créance née régulièrement après le jugement d'ouverture
  - A. Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur
  - B. Les créances nées pour les besoins de la procédure ou de l'activité du débiteur

### section 2

#### Les effets du droit de priorité

- § 1 Le droit au paiement à échéance
- § 2 Le droit à un paiement privilégié lors des répartitions
  - A. La portée du privilège en cas de plan de sauvegarde ou de redressement
  - B. La portée du privilège en cas de liquidation judiciaire
- § 3 L'ordre de paiement des créanciers postérieurs privilégiés

#### Compléments pédagogiques

## Le droit de priorité au paiement des créanciers postérieurs

Les créanciers dont le droit est né postérieurement au jugement d'ouverture ont toujours bénéficié d'un traitement de faveur par rapport aux créanciers antérieurs. Les créances postérieures bénéficient en effet d'un *droit de priorité au paiement*<sup>o</sup> qui est destiné non seulement à permettre le financement de l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation mais également à faire fonctionner la procédure collective et assurer la préservation des actifs du débiteur au profit de tous les créanciers. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, il avait été jugé que ce droit de priorité au paiement « ne constitu(ait) pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil » (Com. 5 févr. 2002, v. ss « Documents »). *Depuis la loi du 26 juillet 2005, la priorité de paiement accordée aux créanciers postérieurs est expressément qualifiée de privilège* (C. com., art. L. 622-17, II, L. 641-13, II).

281 ■

En vertu de ce privilège de procédure, les créanciers postérieurs ont vocation à être désintéressés avant les créanciers antérieurs selon un ordre de paiement prédéfini par la loi. Le Code de commerce établit en effet une hiérarchie au sein de la catégorie des créances postérieures. Certaines ont vocation à être payées par priorité à d'autres. Les créanciers postérieurs ne sont donc pas tous placés sur un même pied d'égalité.

282 ■

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, la hiérarchie de paiement entre les créanciers postérieurs trouvait son siège dans un article unique (C. com., anc. art. L. 621-32). Aujourd'hui, elle est l'objet de deux textes distincts : l'article L. 622-17 du Code de commerce, d'une part, l'article L. 641-13, d'autre part. Le premier de ces textes établit *un ordre de paiement unique et commun aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire*. Pour sa part, l'article L. 641-13 du Code de commerce fixe *un ordre de paiement propre et spécifique à la procédure de liquidation judiciaire* (v. ss chapitre 13). Cette scission de l'ancien article L. 621-32 du Code de commerce est une manifestation de la volonté du législateur de faire de la procédure de liquidation judiciaire une procédure pleinement autonome, soumise à des règles totalement propres (v. ss 19 s.).

La loi du 26 juillet 2005 n'a pas véritablement modifié le régime juridique du paiement des créances postérieures qu'il s'agisse de la priorité de paiement par rapport aux créanciers antérieurs ou de la hiérarchie de paiement entre créanciers postérieurs (section 2). En revanche, elle a profondément limité son domaine d'application (section 1). Aujourd'hui, la priorité de paiement, prévue par les articles L. 622-17 et L. 641-13, n'a plus vocation à profiter à tous les créanciers postérieurs. Une distinction est désormais faite entre les *créanciers postérieurs privilégiés*<sup>o</sup> et les *créanciers postérieurs non privilégiés*<sup>o</sup>. Cette distinction a pour finalité de limiter le passif privilégié aux seules créances postérieures réellement utiles au déroulement de la procédure collective et à la poursuite de l'activité lors de la période d'observation.

283 ■

section

1

## Le domaine du droit de priorité

■ 284

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, deux conditions étaient nécessaires pour qu'une créance puisse bénéficier de la priorité de paiement instituée par la loi. La créance devait, tout d'abord, être née après le jugement d'ouverture (§ 1); elle devait ensuite être née régulièrement (§ 2). La loi nouvelle ajoute à ces deux critères chronologique et organique, un critère téléologique : *seules les créances utiles ou liées à la poursuite de l'activité de l'entreprise bénéficient du droit de priorité au paiement* (§ 3).

§

### 1 La date de naissance de la créance postérieure

■ 285

Une créance est « née après le jugement d'ouverture » lorsque son fait générateur est postérieur à cette date. L'application de ce principe ne soulève pas de difficultés particulières lorsque la créance est une créance extra-contractuelle (A). Elle est en revanche plus délicate s'agissant des créances d'origine contractuelle (B).

#### A. Le fait générateur des créances extra-contractuelles

■ 286

Une créance née d'un délit ou d'un quasi-délit ne bénéficie de la priorité de paiement, prévue par les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce qu'à la condition que le délit lui donnant naissance ait eu lieu *après* le jugement d'ouverture (Crim. 5 févr. 1998, *RTD com.* 1998. 945, obs. A. Martin-Serf). Cependant, s'agissant des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence, la chambre commerciale a jugé que le fait générateur de la créance résidait dans la date de la décision de condamnation alors que les agissements sanctionnés étaient antérieurs au jugement d'ouverture (Com. 4 mars 1997, *RTD com.* 1998. 944, obs. A. Martin-Serf). Cette solution s'explique par la nature particulière des sanctions pécuniaires prononcées par cette autorité administrative indépendante. Elles ont un objet répressif (sanctionner l'atteinte à la concurrence sur un marché de produits ou de service déterminé). Elles n'ont donc pas de fonction réparatrice. Sous la loi du 25 janvier 1985, la question s'est alors posée de savoir si ces amendes devaient bénéficier du droit de priorité prévu pour les créances postérieures. Cette question est aujourd'hui sans objet : la loi du 26 juillet 2005 exige en effet que la créance née après le jugement d'ouverture soit liée à la période d'observation et soit donc utile à celle-ci. Ce critère téléologique conduit, en toute vraisemblance, à ranger les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence après le jugement d'ouverture dans la catégorie des créances postérieures non privilégiées (v. ss 293 s.). Un raisonnement identique doit être adopté pour les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité des marchés financiers. Ces sanctions ont, elles aussi, un caractère répressif et non indemnitaire.

■ 287

S'agissant du cas particulier des cotisations sociales, la jurisprudence décide que leur fait générateur est le travail fourni et non le paiement des salaires. Par conséquent, seules les cotisations afférentes au travail exécuté après le jugement d'ouverture

peuvent bénéficier de la priorité de paiement prévue par le Code de commerce (Com. 8 nov. 1988, *JCP E* 1989. II. 15648, note M. Cabrillac et D. Vivant). Une solution identique a été retenue pour les indemnités de congés payés (Soc. 21 nov. 1989, *JCP E* 1990. II. 15832, note Ph. Pétel).

## B. Le fait générateur des créances contractuelles

Le fait générateur des créances contractuelles soulève des difficultés différentes. Celles-ci concernent principalement les contrats à exécution successive, conclus avant le jugement d'ouverture, mais exécutés postérieurement à cette date (abonnement, crédit-bail, prêt, location, etc.).

En vertu de la théorie générale du contrat, ce type de contrat ne peut en principe être considéré comme donnant naissance à des créances postérieures car leur fait générateur réside dans la conclusion du contrat lui-même, même si l'exécution des prestations qu'il fait naître a lieu, pour partie ou en totalité, après le jugement d'ouverture.

Pendant, l'application de ce principe a été l'objet d'une interprétation fluctuante et contradictoire sous la loi du 5 janvier 1985. Certaines décisions avaient en effet jugé que les créances exécutées postérieurement au jugement d'ouverture devaient bénéficier de la priorité de paiement même si le contrat avait été conclu avant l'ouverture de la procédure. Au terme de ces décisions, le fait générateur des créances résultait donc de l'exécution de la prestation et non de la conclusion du contrat. D'autres décisions excluaient en revanche cette qualification et considéraient que les créances exécutées postérieurement relevaient de la catégorie des créances antérieures au motif que leur fait générateur résidait dans la conclusion du contrat leur donnant naissance et non dans leur exécution ou exigibilité.

Avant la loi du 26 juillet 2005, un arrêt de la Chambre mixte avait cependant mis un terme à cette divergence de jurisprudence en décidant qu'en présence d'un contrat à exécution successive conclu avant le jugement d'ouverture, les créances exécutées postérieurement constituaient obligatoirement des créances antérieures (Ch. mixte, 22 nov. 2002, *JCP E* 2003. 398, note D. Legeais ; *adde*, Com. 8 juill. 2003, *JCP E* 2004. 262. n° 16, obs. M. Cabrillac ; Com. 7 déc. 2004, *Act. proc. coll.* 2005, n° 17, obs. C. Régnault-Moutier).

Depuis la loi du 26 juillet 2005, ce principe de solution doit être partiellement reconsidéré au regard du critère téléologique posé par les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce (v. ss 293). Ce critère permet en effet d'appliquer le principe de priorité de paiement aux créances nées après le jugement d'ouverture en exécution d'un contrat conclu avant cette date, lorsque ces créances « sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation » ou bien encore « nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation » (C. com., art. L. 622-17, I).

Au final, le critère chronologique n'a plus aujourd'hui qu'un rôle secondaire car ce qui importe avant tout c'est que la créance soit née régulièrement (v. ss 290 s) et soit surtout utile à la poursuite de l'activité de l'entreprise, et donc à la procédure (v. ss 293). Ces deux critères constituent désormais la clef de voûte de la distinction entre créances antérieures et créances postérieures. Et, ils permettent également d'intégrer dans le giron de la notion de « créances postérieures privilégiées » des créances qui hier auraient été qualifiées de « créances antérieures » car nées de

288 ■

289 ■

l'exécution d'un contrat conclu avant le jugement d'ouverture (A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 435 s.).

## § 2 La régularité de la créance postérieure

■ 290

La créance doit être « née régulièrement après le jugement d'ouverture » pour pouvoir bénéficier de la priorité de paiement des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce. La régularité de la créance s'apprécie au regard des pouvoirs du débiteur et de l'administrateur, s'il en a été nommé un.

Plus précisément, une créance née régulièrement est celle née conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur, ou le cas échéant de l'administrateur (Com. 13 oct. 1998, *RTD com.* 1999. 979, obs. A. Martin-Serf). En pratique, il faudra tenir compte de la nature de la procédure ouverte : s'agit-il d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ? En outre, lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire et qu'un administrateur a été nommé, il conviendra de tenir compte de la nature de la mission qui lui a été confiée par le tribunal : mission de surveillance, d'assistance ou de représentation (v. ss 171 s.).

■ 291

À titre d'exemple, lorsque l'administrateur a reçu pour mission d'assister le débiteur dans tous les actes concernant la gestion de l'entreprise, les créances nées d'actes conclus directement avec le débiteur, sans consulter l'administrateur, ne sont pas nées régulièrement (Com. 29 févr. 2000, *RJDA* 2000. n° 556). Une solution identique prévaudra lorsque l'administrateur est investi d'une mission de représentation.

Cependant, dans les deux cas, une réserve doit être faite lorsque l'acte accompli seul par le débiteur constitue un acte de gestion courante. *Ce type d'acte est en effet toujours valable à l'égard des tiers de bonne foi* (v. ss 178). En conséquence, un acte de gestion courante accompli seul par le débiteur sera considéré comme donnant naissance à une créance régulière, même si l'administrateur a été chargé d'une mission d'assistance ou de représentation.

Enfin, en cas de liquidation judiciaire, le dessaisissement automatique qui frappe le débiteur rendra irréguliers tous les actes accomplis personnellement par ce dernier. Une créance ne sera née régulièrement que si elle résulte d'un acte conclu par le liquidateur et lui seul (v. ss chapitre 13).

■ 292

L'exigence de la régularité de la naissance de la créance conduit à opérer une distinction pour les contrats à exécution successive conclus antérieurement au jugement d'ouverture. Cette distinction est liée directement au principe, déjà étudié, de continuation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective (v. ss chapitre 7).

L'application de ce principe oblige en effet à réserver la qualification de « créances nées régulièrement » aux seules créances nées d'un contrat dont l'exécution est continuée sur décision de l'administrateur (ou à défaut du débiteur, après avis conforme du mandataire judiciaire) ou, en cas de liquidation judiciaire, du liquidateur (sur cette question, v. ss 294).

### § 3 L'utilité de la créance née régulièrement après le jugement d'ouverture

Par une formule identique, les articles L. 622-17 (S et RJ) et L. 641-13 (LJ) qualifient de *créances postérieures privilégiées*, deux catégories de créances nées après l'ouverture de la procédure.

Il s'agit des créances nées :

- pour *les besoins du déroulement* de la procédure, de la période d'observation (S et RJ) ou du maintien provisoire de l'activité (LJ) » ;
- ou *en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur* pendant la période d'observation (S et RJ) ou pendant le maintien provisoire de l'activité (LJ).

Cette gémellité de rédaction avait fort logiquement conduit la Cour de cassation à refusé le bénéfice du traitement préférentiel de l'article L. 641-13 au bailleur d'habitation pour des créances nées lors d'une procédure de liquidation judiciaire *mais sans maintien d'activité* (Com. 12 mars 2013 : *RTD. com.* 2013, p. 349, obs. A. Martin-Serf ; *D.* 2013. Pan. 2374, note P-M. Le Corre). En d'autres termes, si les critères chronologique et organique étaient en l'occurrence réunis (la créance était née régulièrement et postérieurement au jugement d'ouverture), le critère tenant à l'utilité de la créance faisait pour sa part défaut. La solution avait été critiquée par une partie de la doctrine au motif que la solution conduisait à priver de la qualité de créanciers postérieurs méritant les créanciers dont le contrat avait été continué mais sans que cette continuation ne soit liée au maintien de l'activité de l'entreprise.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a cherché à répondre à ces critiques en introduisant, *dans le seul cas d'une procédure de liquidation judiciaire*, deux nouveaux critères d'éligibilité.

Au terme de la nouvelle rédaction de l'article L. 641-13, I du Code de commerce, le droit de priorité au paiement s'applique, *comme hier*, aux créances postérieures nées :

- pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité ;
- ou en, contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité.

Mais, il joue également, *aujourd'hui*, en faveur des créances postérieures nées :

- en exécution d'un contrat en cours décidée par le liquidateur
- ou pour les besoins de la vie courante du débiteur, si ce dernier est une personne physique.

Par cette réécriture de l'article L. 641-13, I, l'ordonnance du 12 mars 2014 élargit considérablement le cercle des créances postérieures privilégiées lorsque la procédure ouverte contre le débiteur est une procédure de liquidation judiciaire. Au point de faire perdre au traitement privilégié, l'intérêt que la loi de sauvegarde avait voulu lui donné à l'origine. Comme le souligne M. le professeur J-M. Le Corre, « plus le nombre de privilégiés est important, moins le privilège est intéressant » (P-M. Le Corre, « Les créances postérieures et l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE* 2014. 191 s.).

293 ■

294 ■

## A. Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur

■ 295

La notion de « créances nées régulièrement en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur » s'applique aux contrats régulièrement conclus après le jugement d'ouverture ainsi qu'aux contrats conclus avant cette date et continués régulièrement.

Rappelons qu'il y a continuation régulière d'un contrat lorsque son exécution est poursuivie à l'initiative de l'administrateur ou après mise en demeure par le cocontractant du débiteur (*sur les modalités de la continuation des contrats* : v. ss chapitre 7). Les créances résultant de la continuation du contrat seront des créances postérieures privilégiées.

Au terme de la jurisprudence, les créances d'origine légale (ex : créances sociales, créances fiscales) nées après le jugement d'ouverture constituent également des créances privilégiées lorsqu'elles relèvent de l'activité professionnelle du débiteur (Com. 15 juin 2011 : *D.* 2011. 1677, obs. A. Lienhard ; *RTD. com.* 2011, p. 640, obs. A. Martin-Serf).

En revanche, les indemnités de résiliation ou de rupture de contrat sont exclues du bénéfice des articles L. 622-17, I et L. 641-13 (Com. 5 oct. 2010 : *D.* 2010. 2081, obs. P.-M. Le Corre ; *RTD. com.* 2011, p. 173, obs. A. Martin-Serf). Cette exclusion est générale et vaut, notamment, pour les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement continué (en ce sens : C. com., art. L. 622-17, II, 2° *in fine*, L. 641-13).

## B. Les créances nées pour les besoins de la procédure ou de l'activité du débiteur

■ 296

Pour sa part, la notion de « créances nées régulièrement pour les besoins de la procédure ou la période d'observation » englobe les frais occasionnés par la procédure, tels les frais de justice, les honoraires des organes de la procédure ainsi que des experts et auxiliaires de justice. Elle englobe aussi, selon la jurisprudence, les créances qui sont « inhérentes » à l'activité du débiteur ou aux opérations de la procédure (Ph. Pétel, *Procédures collectives*, préc., n° 215). Telles que, notamment, les indemnités liées aux licenciements prononcés par le liquidateur (Soc. 16 juin 2010, *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2010, p. 27, obs. L.-C. Henry) ou les cotisations sociales (Com. 15 juin 2011, *D.* 2011. 1677, obs. A. Lienhard.).

À l'opposé, elle exclut du bénéfice du régime de faveur les créances qui, bien que nées après le jugement d'ouverture, n'ont aucun lien avec la procédure ou l'exploitation de l'entreprise. À titre d'exemple : la dette de restitution consécutive à l'annulation d'une convention lors de la période d'observation.

section **2****Les effets du droit de priorité**

Les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce accordent aux créanciers postérieurs un double avantage : le droit d'être payé à échéance (§ 1) et un privilège de procédure en cas de non-paiement à l'échéance convenue (§ 2). Il institue également un ordre de paiement entre les différents créanciers postérieurs privilégiés pour la participation aux répartitions (§ 3).

297 ■

**§ 1 Le droit au paiement à échéance**

À la différence des créanciers antérieurs et des créanciers postérieurs non privilégiés qui sont de plein droit soumis au principe de l'arrêt des poursuites individuelles à compter du jugement d'ouverture (v. ss 265 s.), les créanciers postérieurs privilégiés ont le droit d'être payés à l'échéance de leur créance (C. com., art. L. 622-17, I, L. 641-13, I). Ce paiement est fait sur les fonds disponibles et peut se faire par voie de compensation (Com. 19 mars 1991, *JCP E* 1991. II. 174, note D. Legeais).

298 ■

À ce stade, aucun ordre de paiement n'est appliqué. Les créances sont payées au fur et à mesure de leur échéance. Le principe est donc celui du prix de la course (Com. 13 nov. 2001, v. ss « Documents »). Pour recouvrer leurs créances, les créanciers postérieurs peuvent exercer toute voie d'exécution contre le débiteur, telle qu'une saisie-attribution (Com. 20 juin 1989, *JCP E* 1990. II. 15658, n° 5, obs. M. Cabrillac). En revanche, ils ne peuvent pas saisir les sommes consignées à la Caisse des dépôts et consignations qui sont, en vertu de l'article L. 662-1 du Code de commerce, insaisissables. Ces sommes doivent en effet faire l'objet d'une répartition conforme aux causes de préférence légitime et à la hiérarchie de paiement établie entre les créanciers postérieurs privilégiés. Cette insaisissabilité affecte cependant l'efficacité de la priorité de paiement reconnue aux créanciers postérieurs en réduisant substantiellement son assiette.

**§ 2 Le droit à un paiement privilégié lors des répartitions**

Lorsque leurs créances ne sont pas réglées à l'échéance en raison d'une insuffisance de fonds disponibles, les créanciers postérieurs privilégiés bénéficient du droit d'être payés par privilège avant toutes les autres créances (C. com., art. L. 622-17, II, L. 641-13, II). Ce droit s'exerce sur les répartitions auxquelles procèdent les organes de la procédure à l'issue de la période d'observation.

299 ■

La portée de ce privilège n'est cependant pas la même selon que le tribunal adopte un plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise (A) ou décide sa liquidation judiciaire (B).



## A. La portée du privilège en cas de plan de sauvegarde ou de redressement

■ 300

Lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement est adopté, les créanciers postérieurs privilégiés sont payés avant toute autre créance, même assortie d'un privilège ou munie de sûreté (C. com., art. L. 622-17, II). L'expression « toutes les autres créances » visent non seulement les créances antérieures mais également les créances postérieures non privilégiées. Elles excluent en revanche, le *superprivilège des créanciers*<sup>o</sup>, le privilège des frais de justice « nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure » ainsi que le nouveau privilège de conciliation, institué par l'article L. 611-11 du Code de commerce depuis la loi du 26 juillet 2005 (v. ss 68 s.). Ces différentes créances privilégiées, bien que pour certaines antérieures à l'ouverture de la procédure (cas du privilège de conciliation), seront donc payées obligatoirement avant les créanciers privilégiés postérieurs.

Il s'ensuit qu'en cas de non-paiement à échéance et si des répartitions sont faites notamment si un bien du débiteur est vendu, l'ordre de paiement à suivre sera schématiquement le suivant :

- créances salariales garanties par le superprivilège des créanciers,
- créanciers antérieurs bénéficiant du privilège de conciliation prévu par l'article L. 611-11 du Code de commerce ;
- créanciers postérieurs admis au bénéfice du privilège de la procédure ;
- créanciers antérieurs et créanciers postérieurs non privilégiés.

■ 301

Depuis la loi du 26 juillet 2005, le bénéfice du privilège institué par l'article L. 622-17, II du Code de commerce est désormais subordonné à une condition de déclaration. En vertu de l'article L. 622-17, IV, elles doivent en effet être portées, dans un délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation, à la connaissance de l'administrateur judiciaire, ou, à défaut, du mandataire judiciaire. Lorsque ces organes ont cessé leur fonction, cette déclaration doit alors être faite auprès du commissaire à l'exécution du plan, si un plan de sauvegarde ou de redressement a été adopté, ou du liquidateur, si la procédure initialement ouverte a été convertie en procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 622-17, IV in fine).

Cette obligation de déclaration ne concerne toutefois que les seules créances postérieures impayées à leur échéance (v. ss 303).

Le défaut de déclaration fait l'objet d'une sanction drastique : les créances non déclarées perdent le privilège de procédure et se trouvent reléguées au rang de simples créances postérieures non privilégiées. Elles participeront donc en cette qualité à la répartition des fonds détenus par les organes de la procédure.

## B. La portée du privilège en cas de liquidation judiciaire

■ 302

En cas de liquidation judiciaire, les créanciers postérieurs privilégiés sont également payés par *privilège* avant « toutes les autres créances » (C. com., art. L. 641-13, II).

Leur situation est cependant moins enviable que celle des créanciers postérieurs privilégiés en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Certes, comme ces derniers, les créanciers postérieurs privilégiés seront primés par les créances salariales bénéficiant du superprivilège des salariés, les créances garanties par le privilège des frais de justice « nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure » ainsi que les

créanciers antérieurs bénéficiant du privilège de conciliation. Mais, à la différence des solutions applicables en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, les créanciers postérieurs privilégiés seront également primés par les créances antérieures garanties :

- soit par des sûretés immobilières (ex. : hypothèque légale, conventionnelle ou judiciaire) ;
- soit par les créanciers titulaires de droits de rétention opposables à la procédure collective.

La différence de traitement selon que la procédure est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou, au contraire, une procédure de liquidation judiciaire s'explique par la finalité de cette dernière procédure. Lorsque le tribunal décide de liquider l'entreprise, le sacrifice des créanciers antérieurs n'a plus autant de raison d'être puisqu'il est mis fin à l'activité de l'entreprise pour l'avenir. La solution apparaît cependant bien sévère lorsque la liquidation a été ouverte par conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Car, en cette hypothèse, les créanciers postérieurs ont pu croire que leurs efforts pour participer au maintien de l'activité de l'entreprise (et donc à son éventuel redressement) seraient récompensés à l'issue de la procédure. Un tel espoir ne peut qu'être brisé, lorsque le tribunal décide de convertir la procédure en une procédure de liquidation judiciaire. La rétrogradation du créancier postérieur privilégié dans l'ordre de paiement sera certainement amèrement ressentie par celui-ci.

Lorsque les créances postérieures privilégiées n'ont pas été payées à leur échéance, l'article L. 641-13, IV du Code de commerce impose à leur titulaire d'en informer le mandataire judiciaire et l'administrateur, s'il en a été désigné un, ou le liquidateur. Cette déclaration doit être faite au plus tard dans un délai de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant la procédure ou prononçant la liquidation, en cas de conversion. Ce délai de six mois est porté à un an lorsqu'un plan de cession de l'entreprise a été arrêté au cours de procédure de liquidation (C. com., art. L. 641-13, IV *in fine*).

À défaut de déclaration, les créances impayées perdent leur privilège et sont donc reléguées au rang de créances postérieures non privilégiées en cas de répartition de fonds.

### § 3 L'ordre de paiement des créanciers postérieurs privilégiés

Les articles L. 622-17, III et L. 641-13, III du Code de commerce instituent, au sein des créances postérieures privilégiées, un ordre de paiement qui est destiné à résoudre les *conflits de priorité*<sup>o</sup> et illustre l'idée que les créanciers postérieurs privilégiés ne sont pas placés sur un même pied d'égalité.

Cet ordre de paiement est différent selon que la procédure est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 622-17, III) ou au contraire de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-13, III).

En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'ordre de paiement est le suivant :

303 ■

304 ■

– *les créances postérieures privilégiées de premier rang.* Les articles L. 622-17, III et L. 641-13, III du Code de commerce placent au premier rang des créances postérieures « les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 143-11-1 à L. 143-11-3 du Code de travail ». Sont ici visées les créances salariales, qui, nées postérieurement au jugement d'ouverture, n'ont pas été prises en charge par l'AGS ;

– *les créances postérieures privilégiées de deuxième rang.* La loi place en deuxième rang les prêts que ceux-ci aient ou non été accordés par un établissement de crédit.

Sont également placées en deuxième rang les créances résultant de la continuation des contrats en cours, lorsque les cocontractants ont accepté de recevoir un paiement différé.

*Dans les deux cas le bénéfice de ce rang est subordonné à un certain nombre de conditions.* Tout d'abord, les prêts et délais de paiements doivent avoir été autorisés par le juge-commissaire (C. com., art. L. 622-17, III, 2°). Par ailleurs, cette autorisation ne peut être valablement donnée qu'à la condition que ce financement soit nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Enfin, les prêts et délais de paiement autorisés par le juge-commissaire doivent avoir fait l'objet d'une publicité. *Il s'agit là de conditions cumulatives.*

En revanche, la loi exclut expressément du bénéfice du deuxième rang les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi. Ces créances ne constituent pas en effet des créances utiles à la poursuite de l'activité de l'entreprise et reçoivent donc la qualification de créances postérieures non privilégiées. Par conséquent, elles sont soumises aux principes d'interdiction des paiements et de suspension des poursuites (C. com., art. L. 622-7, L. 622-21 ; v. ss chapitre 8) mais également à l'obligation de déclaration à peine d'inopposabilité (C. com., art. L. 622-24, al. 5 ; v. ss chapitre 8) ;

– *les créances postérieures privilégiées de troisième rang.* Les créances classées au dernier et troisième rang sont toutes « les autres créances » nées régulièrement après le jugement d'ouverture, à l'exception, rappelons-le, des indemnités et pénalités afférentes à la résiliation d'un contrat continué lors de la période d'observation. Les créances de troisième rang sont payées « selon leur rang ».

*En cas de procédure de liquidation judiciaire,* le paiement des créances postérieures privilégiées s'effectue dans l'ordre suivant :

*Les créances postérieures privilégiées de premier rang et de deuxième rang* sont identiques aux créances de premier rang et de deuxième rang visées par l'article L. 622-17, III en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 641-3, III, 1° et 2°)

*Les créances postérieures privilégiées de troisième rang* recouvrent les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L. 143-11-1 du Code du travail.

*Les créances postérieures privilégiées de quatrième et dernier rang* correspondent aux créances postérieures privilégiées de troisième rang en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.



## Compléments pédagogiques

# Mémo

*Toutes les créances postérieures ne sont pas des créances privilégiées.*

Les « *créances postérieures privilégiées* » sont :

- les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation ;
- les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation.

*Lorsque la procédure est une procédure de liquidation judiciaire*, sont aussi des « créances postérieures privilégiées » :

- les créances nées en exécution d'un contrat en cours décidée par le liquidateur ;
- les créances nées des besoins de la vie courante du débiteur, s'il est une personne physique.

Les créanciers postérieurs privilégiés sont *payés à échéance* de leur créance.

*En cas de non-paiement à échéance*, les créances postérieures privilégiées *doivent être déclarées*.

Les créances postérieures privilégiées non déclarées perdent leur *droit de priorité* lors de la répartition des fonds.

Lors de la répartition des fonds, l'ordre de paiement des créances postérieures privilégiées dépend de la nature de la procédure ouverte contre le débiteur.

Les créances postérieures privilégiées sont *payées après* :

- le *superprivilège des salariés* ;
- les *frais de justice* nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ;
- les *créanciers antérieurs bénéficiant du privilège de conciliation*.

## Quid

### ■ Conflits de priorité n° 304

Conflits opposant des créances postérieures privilégiées quant à leur ordre de paiement.

### ■ Créanciers postérieurs non privilégiés n° 283

Créanciers dont la créance est née après le jugement d'ouverture et qui ne bénéficient pas du privilège de procédure prévu par les articles L. 622-17 (procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire) et L. 641-13 du Code de commerce (procédure de liquidation judiciaire).

### ■ Créanciers postérieurs privilégiés n° 283

Créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture soit pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, soit en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation. Ils bénéficient du privilège de procédure prévu par les articles L. 622-17 (sauvegarde et redressement judiciaire) et L. 641-13 (liquidation judiciaire) du Code de commerce.

### ■ Droit de priorité au paiement n° 281

Droit attaché aux créances postérieures privilégiées leur permettant d'être payées à échéance et par préférence à tous les autres créanciers (antérieurs mais aussi postérieurs non privilégiés).

### ■ Superprivilège des créanciers n° 300

Droit attaché aux créances salariales nées avant le jugement d'ouverture leur garantissant un paiement avant tout autre créancier, même postérieur privilégié.

## Documents

### 1) Nature du droit de priorité accordé aux créanciers postérieurs : solution antérieure à la loi du 26 juillet 2005

Com. 5 févr. 2002 (extraits)

(*RTD civ.* 2002. 337, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2002. 542, obs. A. Martin-Serf)

« Mais attendu que la priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable à la cause qui ne dépend pas de la qualité de la créance ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux de la cour d'appel, l'arrêt se trouve justifié ; que le moyen n'est pas fondé ».

### 2) Conditions du paiement à échéance des créances privilégiées

Com. 13 nov. 2001 (extraits)

(*Act. proc. coll.* 2002, n° 41)

« Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que la notification de l'avis à tiers détenteur avait un effet d'attribution immédiate des fonds détenus pour le compte du contribuable et fait ressortir que seul le receveur avait engagé une procédure d'exécution forcée, la cour d'appel,

répondant aux conclusions invoquées, a justement décidé que le créancier qui a exercé le premier son droit de poursuite individuelle est le premier payé, peu important l'ordre de paiement établi par l'article 40, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994 [devenu depuis la loi du 26 juillet 2005 : art. L. 622-17, III C. com.] ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

## Biblio

### 1) Sur la notion de « créances postérieures »

- G. Berthelot, « Les créanciers postérieurs méritants », *Rev. proc. coll.* 2011, Dossier 35.
- D. Boustani, « Les créanciers postérieurs d'une procédure collective », *Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté*, t. IV, LGDJ-Lextenso, 2015.
- R. Guillou, « Fait générateur, origine, exigibilité de l'impôt dans les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 1999. 57 s.
- J.-M. Le Corre, « Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 2005, p. 17 s.
- J.-M. Le Corre, « Les créances postérieures et l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE* 2014. 191 s.
- F. Pérochon, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2005, p. 57 s.
- Ph. Pétel, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006. 142 s.
- Ph. Roussel Galle, « Risques et Responsabilités des cocontractants », *Rev. proc. coll.* 2010.89 s.
- C. Saint-Alary-Houin et F. Macorig-Venier, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2006 de sauvegarde des entreprises », *RD banc. fin.* 2007. 60 s

### 2) Sur le privilège de procédure

- L.-C. Henry, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008. 20 s.
- A. Lienhard, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in *Mélanges Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 475 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2006. 70 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

Vrai ou faux ?

1. Toutes les créances nées après le jugement d'ouverture sont privilégiées.
2. Les créances postérieures privilégiées sont payables à échéance.

3. Le superprivilège des salariés concerne les créances salariales nées avant le jugement d'ouverture de la procédure.
4. Les créanciers antérieurs titulaires d'un droit de rétention priment toujours les créanciers postérieurs.
5. Les créances résultant de la continuation d'un contrat en cours ne sont pas des créances postérieures privilégiées.
6. L'indemnité due en cas de résiliation d'un contrat régulièrement continué est une créance postérieure non privilégiée.
7. Les honoraires des organes de la procédure sont des créances postérieures de dernier rang.
8. En cas de procédure de sauvegarde, les créances postérieures privilégiées de troisième rang sont payées selon leur rang.
9. Les créanciers antérieurs bénéficiant du privilège de conciliation sont payés après les créanciers postérieurs privilégiés.
10. Les créanciers postérieurs privilégiés doivent déclarer leur créance.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Cas pratique

### Énoncé

Le 12 avril dernier, M. Darmon, qui exploite une entreprise de plomberie, a été mis en redressement judiciaire. Le tribunal de commerce a nommé M<sup>e</sup> Dampier comme administrateur en lui confiant la mission d'assister M. Darmon dans la gestion de son entreprise.

M. Dampier souhaiterait connaître votre opinion sur les problèmes suivants.

- I. Il y a deux jours, M. Darmon a été condamné par le tribunal de grande d'instance de Toulouse à verser 4 000 euros de dommages-intérêts à M. Dumoulin qu'il avait renversé à vélo trois jours après l'ouverture de la procédure. Cette créance constitue-t-elle une créance postérieure bénéficiant du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce ?
- II. M. Darmon a acquis, sans en avertir M<sup>e</sup> Dampier, deux nouvelles camionnettes, dont le vendeur lui réclame aujourd'hui le paiement. L'article L. 622-17 est-il applicable ?
- III. Par lettre en date du 31 juillet dernier, M<sup>e</sup> Dampierre a informé la société Loutou, spécialisée dans la location de matériel, de la résiliation du contrat qui la liait depuis plus de deux ans avec M. Darmon et qui avait été l'objet d'une décision expresse de continuation de la part de l'administrateur. La société Loutou souhaiterait savoir, d'une part, si elle peut bénéficier du privilège de procédure attachée aux créances postérieures privilégiées pour le paiement de la pénalité due au titre de la clause pénale prévue dans le contrat ainsi que de la mensualité échue avant la décision de résiliation et, d'autre part, s'il lui est possible de procéder à une saisie-conservatoire sur le compte bancaire de M. Darmon.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. Faux.
2. Faux.
3. Vrai.
4. Vrai.
5. Faux.
6. Vrai.
7. Faux.
8. Vrai.
9. Faux.
10. Vrai, s'ils ne sont pas payés à échéance.

### Cas pratique

I. En vertu de l'article L. 622-17 du Code de commerce applicable sur renvoi de l'article L. 631-14 à la procédure de redressement judiciaire, seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période » sont payées à leur échéance.

En l'espèce, la créance est sans conteste une créance née postérieurement au jugement d'ouverture, le délit ayant été accompli pendant la période d'observation. Mais, cette créance postérieure ne peut bénéficier du droit à un paiement prioritaire car elle n'est née ni pour le besoin du déroulement de la période d'observation ou de la procédure de redressement judiciaire, ni en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Faute de répondre au critère téléologique introduit par la loi du 26 juillet 2005, elle constitue une créance postérieure non privilégiée, dont le régime juridique est aligné sur celui des créances antérieures (v. ss chapitre 8). En conséquence, elle est soumise au principe d'interdiction des paiements (C. com., art. L. 622-7) et doit être déclarée pour pouvoir être opposée à la procédure (C. com., art. L. 622-24).

II. Le tribunal a chargé M<sup>e</sup> Dampierre d'assister M. Darmon dans la gestion de son entreprise pendant toute la durée de la période d'observation. En vertu de cette mission d'assistance, l'administrateur aurait dû cosigner l'acte de vente (v. ss chapitre 6). Le défaut de co-seing est sanctionné par l'inaoposabilité de l'acte conclu seul par le débiteur (v. ss chapitre 6). La créance n'est donc pas née régulièrement et ne peut dès lors bénéficier du privilège de procédure de l'article L. 622-17.

Toutefois, la sanction de l'inaoposabilité est exclue lorsque l'acte accompli seul par le débiteur est *un acte de gestion courante* conclu avec un tiers de bonne foi (v. ss chapitre 6). Cette exception est prévue par l'article L. 622-7 du Code de commerce et s'applique sur renvoi de l'article L. 631-14 à la procédure de redressement judiciaire. En l'espèce, rien ne permet d'affirmer que le vendeur était de mauvaise foi et savait que l'acheteur était en redressement judiciaire. Mais, si la bonne foi du vendeur semble difficilement contestable, il n'est pas sûr que le contrat conclu puisse s'analyser comme un acte de gestion courante. L'achat de deux camionnettes ne rentre pas nécessairement dans l'activité ordinaire de l'entreprise.



III. Le statut des indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement continué est fixé par l'article L. 622-17, III, 2° *in fine* du Code de commerce. Ce texte exclut expressément ce type de créance du bénéfice du privilège de procédure (*adde* : Com. 15 juin 2011 : D. 2011. 1677, obs. A. Lienhard).

*La créance d'indemnités ou de pénalités constitue donc une créance postérieure non privilégiée dont le régime juridique est aligné sur celui des créances antérieures.* Il s'ensuit que le cocontractant ne peut exiger le paiement de sa créance en raison du principe d'interdiction de paiement posé par l'article L. 622-7, alinéa 2. Il ne peut pas davantage exercer des procédures d'exécution en vue de recouvrer sa créance. Cette impossibilité résulte de l'article L. 622-21, II du Code de commerce qui dispose que le jugement d'ouverture interdit toute voie d'exécution de la part de « tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 ». Peu importe donc que la créance soit née avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure.

Une solution différente doit être retenue pour la créance de loyer impayée avant la décision de résiliation. Cette créance bénéficie du privilège de procédure car il s'agit d'une créance née régulièrement en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation. Le recouvrement de cette créance échappe dès lors à l'interdiction de suspension des poursuites et à l'arrêt des voies d'exécution. Rien n'interdit donc à la société Loutou d'exercer une saisie-conservatoire sur les comptes bancaires de M. Darmon pour la recouvrer.

Si la créance de loyer ne peut être recouvrée, la société Loutou pourra être payée par privilège sur les répartitions faites en cours de procédure par le mandataire judiciaire. Ce paiement privilégié lui permettra d'être payé avant toutes autres créances antérieures ou postérieures non privilégiées, même munies de privilège ou de sûreté (v. C. com., art. L. 622-17, II). En revanche, selon l'article L. 622-17, II, la créance de loyer de la société Loutou sera primée par certaines créances antérieures limitativement énumérées par ce texte. Il s'agit des créances salariales garanties par le superprivilège des salariés ainsi que par des créances garanties par le privilège des frais de justice et, enfin, des créanciers antérieurs titulaires du privilège de conciliation, dans l'hypothèse où la procédure de redressement judiciaire a été précédée de cette procédure.

*Pour préserver son droit de priorité, la société Loutou devra cependant porter, à la connaissance de l'administrateur, l'absence de paiement à échéance.* Cette information doit être faite dans le délai d'un an à compter de la fin d'observation. À défaut, l'article L. 622-17, IV prévoit que la créance postérieure privilégiée impayée perd le bénéfice de son privilège et dégénère en une créance postérieure non privilégiée.

ch a p i t r e



## Les actions en revendication

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:889457667:88866152:196.200.176.177:880837690

## Plan analytique

### section 1

#### Le régime général des revendications

- § 1 Le délai d'exercice de l'action en revendication
- § 2 La forme de l'action en revendication
- § 3 L'objet de l'action en revendication
  - A. La revendication d'un bien se trouvant entre les mains du débiteur au jour du jugement d'ouverture
  - B. La revendication d'un bien vendu par le débiteur avant le jugement d'ouverture
  - C. La revendication des effets de commerce
  - D. La reprise des biens inclus dans un patrimoine affecté

### section 2

#### La situation du vendeur de meuble impayé

- § 1 Le droit de rétention du vendeur en possession
- § 2 La situation du vendeur dessaisi
- § 3 Le droit du vendeur avec clause de réserve de propriété

#### Compléments pédagogiques

## Les actions en revendication

L'ouverture d'une procédure collective n'interdit pas l'action en revendication du propriétaire d'un bien détenu à titre précaire par le débiteur. *Le droit de propriété est un droit opposable à tous qui échappe par conséquent au principe de la suspension des poursuites individuelles* (v. ss 265 s.). Il s'agit là d'un principe commun à toutes les procédures collectives, à l'exception cependant de la procédure de sauvegarde accélérée, que celle-ci soit ou non financière (en ce sens : C. com., art. L. 628-1). La possibilité d'une revendication dès l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est cependant critiquable. L'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements. La revendication risque donc de compromettre sa réorganisation si elle se trouve privée des biens nécessaires à l'exercice de son activité.

305 ■

*Les conditions d'exercice de l'action en revendication sont différentes selon que le bien est un immeuble ou un meuble.* S'agissant des immeubles, l'opération ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière et obéit donc aux règles du droit commun. À l'opposé, lorsque le bien revendiqué est une chose mobilière, l'exercice de l'action en revendication est soumis à une réglementation rigoureuse. Cette rigueur s'explique en partie par la solvabilité apparente (et donc trompeuse) créée aux yeux des créanciers du débiteur, par les biens meubles en sa possession, au jour du jugement d'ouverture. Ici, comme ailleurs, cette possession vaut titre à l'égard des tiers (C. civ., art. 2276). Aussi, pour fixer au plus vite l'étendue exacte des actifs de l'entreprise, la loi impose aux propriétaires de faire vérifier leurs droits dès le jugement d'ouverture de la procédure. À défaut de toute diligence, les biens non revendiqués seront alors réputés appartenir au débiteur.

Le Code de commerce institue deux catégories de règles relatives à la revendication mobilière. Les premières sont communes à l'ensemble des revendications (section 1). Les secondes ne concernent que l'exercice du droit de revendication du vendeur de meuble impayé (section 2).

### section 1

## Le régime général des revendications

La revendication est une obligation pour tout propriétaire de biens meubles « remis à titre précaire au débiteur » (ex. dépôt, prêt, location), « vendus avec clause de réserve de propriété » ou bien encore « transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant » (C. com., art. L. 624-16, al. 1<sup>er</sup> et al. 2). Le Code de commerce définit précisément, le délai (§ 1), la forme (§ 2) et l'objet (§ 3) de l'action en revendication.

306 ■

## § 1 Le délai d'exercice de l'action en revendication

■ 307

L'obligation de revendiquer a une portée générale. Elle s'applique à tout propriétaire de biens corporels ou incorporels (Com. 14 nov. 2000, *D.* 2001. AJ 233, obs. P. Pisoni ; Com. 5 nov. 2013 : *D.* 2013. 2638, obs. A. Lienhard).

L'action en revendication doit être exercée dans un délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 624-9 C. com. applicable aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires sur renvoi des art. L. 631-18, al. 1<sup>er</sup> (RJ), L. 641-14, al. 1<sup>er</sup> (LJ)). Il s'agit d'un délai *préfix* qui n'est par conséquent susceptible ni de suspension, ni d'interruption.

*L'absence de revendication a pour effet de rendre le droit de propriété inopposable à la procédure collective* (Com. 4 janv. 2000, *D.* 2000. 533, note E. Le Corre-Broly). Le bien non revendiqué devient ainsi le gage des créanciers de la procédure, ce qui autorise les organes de la procédure à l'aliéner (Com. 23 mai 1995 : *Rev. proc. coll.* 1995, p. 488, obs. B. Soinne).

Ces restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété (obligation de revendication dans le délai impératif de 3 mois/inopposabilité du droit de propriété à la procédure du débiteur) ne sont pas contraires à la Constitution. Dans une décision du 15 mars 2011, la Cour de cassation a en effet jugé que les restrictions apportées par l'article L 624-9 du Code de commerce répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée (Com. QPC, 15 mars 2011 : *Rev. sociétés* 2011. 387, obs. Ph. Roussel Galle ; *BJE* 2011. 194, note M. Laroche).

■ 308

L'obligation de revendication dans le délai préfix de 3 mois ne s'applique pas lorsque le contrat portant sur le bien a été publié *avant le jugement d'ouverture* (C. com., art. L. 624-10, R. 624-15).

En cas de publication, les créanciers de l'entreprise ne peuvent pas en effet légitimement prétendre ignorer que le bien n'appartient pas à leur débiteur. La publication s'oppose à toute solvabilité apparente puisqu'aucun doute n'est permis sur le véritable propriétaire du bien. En pratique, la dispense de revendication s'applique :

– aux contrats de crédit-bail mobilier. Ces contrats doivent être publiés pour que le droit de propriété du crédit-bailleur soit opposable aux créanciers et ayants cause à titre onéreux du preneur (C. mon. fin., art. L. 313-10, R. 313-10) ;

– aux propriétaires de biens mobiliers donnés en location par la voie d'un contrat publié (ex. : contrat de location-gérance d'un fonds de commerce : (Com. 15 mars 2005, *D.* 2005. 890, obs. A. Lienhard) ;

– aux vendeurs de meubles avec clause de réserve de propriété lorsqu'ils ont fait le choix de publier leurs contrats ;

– aux contrats de fiducie-sûreté dès lors que le contrat de fiducie a fait l'objet d'une publicité au registre national des fiducies prévu à l'article 2220 du Code civil.

Dans toutes ces hypothèses, le propriétaire, dispensé de l'obligation de revendication, obtiendra la restitution de son bien à condition d'en faire la demande par lettre recommandée avec accusé de réception (C. com., art. R. 624-14).

Cette demande devra être adressée, selon les cas :

– soit à l'administrateur ou, s'il n'en a pas été nommé, au débiteur, avec copie au mandataire judiciaire, lorsque la procédure ouverte est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ;

– soit à l'administrateur judiciaire ou, à défaut, au liquidateur, si le débiteur est en liquidation judiciaire (C. com., art. R. 641-31).

En cas de refus de l'administrateur ou du débiteur (voire du liquidateur) de procéder à la restitution du bien, le propriétaire doit alors saisir le juge-commissaire afin qu'il soit statué sur ses droits (C. com., art. R. 624-13, al. 2).

## § 2 La forme de l'action en revendication

À l'image de la demande en restitution (v. ss 308), la demande de revendication doit être adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur ou, s'il n'en a pas été nommé un, au débiteur en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, ou au liquidateur en cas de liquidation judiciaire (C. com., art. R. 624-14, R. 641-31).

À ce stade, la demande en revendication revêt un caractère amiable (C. com., art. L. 624-17). Elle ne constitue donc pas une action en justice et peut être faite par un préposé du propriétaire, sans qu'il soit nécessaire qu'il justifie d'une délégation de pouvoir (Com. 6 mars 2001, D. 2001. AJ 1099, obs. A. Lienhard).

L'acquiescement à la demande en revendication par l'administrateur, ou à défaut par le mandataire de justice, est toujours subordonné à l'accord du débiteur (C. com., art. L. 624-17).

En cas de refus d'acquiescement ou de contestation, la demande en revendication devra être portée devant le juge-commissaire par le propriétaire revendiquant, ou toute personne de son choix munie d'un mandat spécial (C. com., art. L. 624-17). La demande en revendication revêt à ce stade un caractère contentieux et constitue donc une demande en justice. La compétence du juge-commissaire est, en la matière, une compétence exclusive.

Le juge-commissaire, saisi de la requête en revendication, doit statuer sur le sort du contrat, au vu des observations du créancier, du débiteur ainsi que du mandataire de justice qui a été saisi initialement de la demande (C. com., art. L. 624-17).

## § 3 L'objet de l'action en revendication

La revendication ne peut en principe porter que sur les biens qui ont été « remis à titre précaire au débiteur », « vendus avec clause de réserve de propriété » ou bien encore « transférés dans un patrimoine fiduciaire et dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant » (C. com., art. L. 624-16, al. 1<sup>er</sup> et al. 2) (A). Toutefois, elle peut exceptionnellement être exercée sur le prix de ce bien, lorsqu'il a été revendu par le débiteur avant le jugement d'ouverture de la procédure (B). Des règles spéciales sont posées pour la revendication des effets de commerce (C) mais également lorsque l'entreprise est exploitée par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) (D).

309 ■

310 ■

311 ■

## A. La revendication d'un bien se trouvant entre les mains du débiteur au jour du jugement d'ouverture

■ 312 Le succès de l'action en revendication est subordonné à une condition : *le bien revendiqué doit « se retrouver en nature » dans le patrimoine du débiteur au jour du jugement d'ouverture*. Cette condition, posée par l'article L. 624-16 du Code de commerce, est sanctionnée de manière drastique car si elle n'est pas remplie, le revendiquant perd alors la propriété de son bien.

■ 313 Un bien se retrouve en nature entre les mains du débiteur lorsqu'il n'a été ni transformé en un autre bien, ni incorporé à un autre bien, ni enfin mélangé avec d'autres biens de même espèce. Autrement dit, la transformation et l'incorporation font par elles-mêmes obstacle à la revendication car celle-ci ne peut porter que sur le bien livré ou remis au débiteur.

Toutefois, si la restitution matérielle est impossible, le propriétaire revendiquant dispose néanmoins d'une créance correspondant au prix ou à la valeur de son bien. Cette créance a normalement vocation à bénéficier de la priorité de paiement prévue par l'article L. 622-17, I (sauvegarde ou redressement judiciaire) ou l'article L. 641-13, I (liquidation judiciaire) du Code de commerce. Sous la loi du 25 janvier 1985, la jurisprudence considérait en effet que l'utilisation ou l'aliénation du bien postérieurement au jugement d'ouverture faisait naître une dette de la procédure (Com. 11 juill. 1995, *JCP E* 1995. I. 513, n° 5, obs. M. Cabrillac). Dans son ensemble, la doctrine se montre favorable au maintien de cette jurisprudence (v. not. A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 700). Il reste que la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question, et que rien ne permet donc de dire si la créance de prix ou de valeur est susceptible d'être qualifiée de « créance postérieure privilégiée ».

■ 314 *L'incorporation du bien revendiqué à un autre bien mobilier ou immobilier ne fait pas systématiquement obstacle à sa revendication*. L'article L. 624-16, alinéa 3, du Code de commerce prévoit que la revendication en nature peut s'exercer lorsque « la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage », ce qui est apprécié souverainement par le juge (pour ex. : Com. 11 mars 1997, *D.* 2000, Cah. dr. aff. 69, obs. F. Pérochon et D. Mainguy). Il en est de même *lorsque le bien a été transformé* mais à la condition que la transformation n'ait pas modifié les caractères et les propriétés du bien revendiqué (pour ex. : Com. 11 juill. 2006, *D.* 2006. AJ 2462, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2007. 1004, obs. M. Cabrillac).

■ 315 La revendication en nature peut également s'exercer *sur des biens fongibles* lorsque le débiteur a, entre ses mains, des biens de même nature et de mêmes qualités (C. com., art. L. 624-16, al. 3). La notion de « biens fongibles » a été précisée par la jurisprudence.

Selon la Cour de cassation, des biens sont fongibles lorsqu'ils sont interchangeables en raison notamment de leur identité, de leur nature, de leur origine, de leur conditionnement ou de leur marque (Com. 5 mars 2002, *RTD com.* 2002. 545, obs. A. Martin-Serf). C'est au vendeur qu'il appartient de démontrer le caractère fongible des biens vendus et de ceux qui se trouvent entre les mains du débiteur. La fongibilité des biens est appréciée souverainement par les juges du fond.

Si la fongibilité est admise, le revendiquant pourra alors obtenir la « restitution » de biens qui en réalité ne lui ont jamais appartenu, ce qui conduit, selon le mot d'un auteur, à une « néo-revendication » (F. Pérochon, « La revendication de choses fongibles par le vendeur », *LPA* 14 sept. 1994. 82 s.).

La revendication en nature suppose également que le bien revendiqué se retrouve, dans le patrimoine du débiteur, *au jour du jugement d'ouverture*. Si tel est le cas, le bien doit être restitué à son propriétaire.

La restitution revêt un caractère immédiat, *sauf dans deux cas* :

*1<sup>re</sup> exception* : lorsque le bien revendiqué fait l'objet d'un contrat en cours. En cette hypothèse, il est prévu que « la restitution effective » est reportée « au jour de la résiliation ou du terme du contrat » (C. com., art. L. 624-10-1). Cette restitution différée permet au débiteur de conserver le bien pour l'exploitation de son activité.

*2<sup>de</sup> exception* : lorsque le bien revendiqué a été vendu avec clause de réserve de propriété. En ce cas, « il n'y a pas lieu à restitution [...] si le prix est payé immédiatement » (C. com., art. L. 624-16, al. 4). Ce paiement immédiat de la créance du prix de vente due par le débiteur a pour avantage de permettre de conserver le bien dans le patrimoine du débiteur lorsqu'il est, notamment, nécessaire à l'exploitation de l'activité de l'entreprise. Cette solution heurte cependant de plein front l'interdiction de paiement des créances antérieures (v. ss 185 s.). Aussi l'article L. 624-16 du Code de commerce prévoit que *ce paiement ne peut être fait que sur décision du juge-commissaire*. Selon l'expression utilisée par l'article L. 624-16, alinéa 4, ce paiement « est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17 ». En d'autres termes, il bénéficie du privilège de procédure réservé normalement aux seules créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période (v. ss chapitre 9).

316 ■

## B. La revendication d'un bien vendu par le débiteur avant le jugement d'ouverture

Lorsque le bien revendiqué a été vendu par le débiteur *avant* l'ouverture de la procédure collective, le propriétaire dépossédé peut revendiquer le prix ou la partie du prix de son bien qui n'a pas encore été payé par l'acquéreur ou le sous-acquéreur *à la date du jugement ayant ouvert la procédure* (C. com., art. L. 624-18).

Il s'opère donc une *subrogation réelle*<sup>o</sup> : le droit du revendiquant se reporte sur la créance qui a remplacé le bien entre les mains du débiteur. Le mandataire judiciaire doit remettre au créancier revendiquant, à concurrence de sa créance, les sommes payées par le sous-acquéreur après l'ouverture de la procédure (C. com., art. R. 624-16)

Le propriétaire dépossédé peut aussi agir directement en paiement contre le tiers acquéreur ou sous-acquéreur, sans subir la concurrence des autres créanciers.

317 ■

La revendication du prix entre les mains du tiers acquéreur est cependant soumise au respect de deux conditions. La première est d'origine légale. La seconde d'origine jurisprudentielle.

– *1<sup>re</sup> condition* : le prix dû par le tiers acquéreur ne doit pas avoir été payé par lui, réglé en valeur ou compensé *au jour du jugement d'ouverture* (C. com., art. L. 624-18). À titre d'exemple, si le sous-acquéreur a remis au débiteur une lettre de change

318 ■



acceptée à la date d'ouverture de la procédure, la revendication du prix est alors impossible même si la lettre de change n'est pas encore à échéance (Com. 9 janv. 1990, *D.* 1991. Somm. 48, obs. F. Pérochon). L'engagement cambiaire constitue un « règlement en valeur » équivalent à un paiement (sur les effets de l'acceptation d'une lettre de change : v. ss chapitre 17). En revanche, la dation en paiement ne fait pas obstacle à l'action en revendication du prix car ce mode de paiement ne constitue ni un paiement en valeur, ni un paiement par compensation (Com. 14 mai 2008, *D.* 2008. 2253, note H. Aubry ; *RTD civ.* 2008. 520, obs. P. Crocq).

– 2<sup>de</sup> condition : le bien doit avoir été vendu au tiers *dans son état initial*. Il ne doit donc avoir subi aucune transformation ou incorporation à un autre bien avant la revente (Com. 20 juin 1989, *D.* 1989. 431, note F. Pérochon). Cette exigence jurisprudentielle demeure de droit positif. L'article L. 624-18 se borne à reproduire à l'identique les termes de l'ancien article L. 621-124 du Code de commerce. Ce qui vaut donc pour l'un doit *a fortiori* valoir pour l'autre.

Si ces deux conditions sont remplies, le propriétaire du bien revendu pourra revendiquer, directement auprès du sous-acquéreur, le prix de la vente d'origine et non celui de la revente (Com. 15 janv. 1991, *D.* 1993. Somm. 297, obs. F. Pérochon ; *JCP E* 1991. I. 102, obs. M. Cabrillace et Ph. Pétel). Ce principe a été rappelé par la Chambre commerciale à propos de l'action en revendication du prix exercé par un vendeur avec clause de réserve de propriété (Com. 19 juin 2009, v. ss « Documents »). En l'espèce, après avoir souligné que l'action ouverte au propriétaire revendiquant porte sur le « prix tel que fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial », il a été décidé que le sous-acquéreur ne pouvait soustraire de l'assiette de la revendication les acomptes qu'il avait versés au débiteur en procédure collective.

## C. La revendication des effets de commerce

■ 319

L'article L. 624-15 permet la revendication des effets de commerce ou de tout autre titre non payé, s'ils se retrouvent dans le portefeuille du débiteur au jour du jugement d'ouverture. Cette action en revendication a pour but de protéger les titulaires d'un portefeuille de valeurs mobilières ou d'effets de commerce contre les conséquences de la procédure d'un établissement de crédit ou d'un agent de change. Elle est aujourd'hui en déclin en raison de la dématérialisation des instruments financiers, et notamment des valeurs mobilières.

Deux conditions sont posées pour que l'action en revendication puisse aboutir :

- il faut que les effets de commerce se trouvent encore dans le portefeuille du débiteur au jour du jugement d'ouverture ;
- il faut ensuite que les effets aient été remis par leur propriétaire pour être recouvrés ou pour être spécialement affectés à des paiements déterminés.

## D. La reprise des biens inclus dans un patrimoine affecté

■ 320

La revendication des biens inclus dans un patrimoine affecté appartenant à un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) ne soulève pas de difficulté particulière lorsque le propriétaire revendiquant est un tiers. En cette hypothèse, l'ensemble des principes qui viennent d'être étudiés s'applique.

En revanche, des solutions particulières sont posées lorsque le propriétaire revendiquant est l'EIRL lui-même (C. com., art. L. 624-19). Cette situation se rencontrera, toutes les fois, où des biens relevant d'un des autres patrimoines de l'EIRL sont

utilisés et détenus pour l'exploitation de l'activité du patrimoine contre lequel la procédure collective a été ouverte. S'agissant d'une simple mise à disposition d'un bien relevant d'un patrimoine à l'exploitation de l'activité d'un autre, il est logique que ce bien fasse retour au patrimoine dans lequel il est juridiquement inclus, c'est-à-dire affecté (A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 690).

Dans ce but, l'article L. 624-19 du Code de commerce reconnaît au débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée une *action en reprise*<sup>9</sup>.

L'exercice de cette action impose à l'EIRL :

- d'une part, d'établir la consistance des biens détenus dans le cadre du patrimoine en procédure collective mais compris dans un autre de ses patrimoines ;
- et d'autre part, de formuler une demande de reprise soit auprès de l'administrateur, soit auprès du juge-commissaire si aucun administrateur n'a été nommé. Comme en matière de revendication, la demande de reprise doit être faite dans le délai de trois mois après la publication du jugement d'ouverture.

L'administrateur ne peut acquiescer seul à cette demande de reprise mais doit obtenir l'accord du mandataire judiciaire. En cas de désaccord ou de refus d'acquiescement, la demande est portée devant le juge-commissaire (C. com., art. L. 624-19).

## section 2

# La situation du vendeur de meuble impayé

Le droit commun accorde au vendeur de meuble impayé plusieurs garanties : un droit de rétention dans la vente au comptant (C. civ., art. 1612), une action en résolution pour inexécution (C. civ., anc. art. 1184, devenu C. civ. art. 1217) ainsi qu'un privilège sur le prix de vente des meubles vendus (C. civ. art. 2332, 4<sup>o</sup>). L'exercice de ces garanties est de plein droit suspendu lorsque l'acheteur est l'objet d'une procédure collective (C. com., art. L. 624-11). Pour sa part, l'exercice du droit de revendication est strictement réglementé. Il varie selon que le vendeur impayé est en possession (§ 1) ou s'est dessaisi (§ 2) des marchandises au jour du jugement d'ouverture de la procédure. Son sort s'améliore en revanche lorsqu'il a pris la précaution d'insérer dans le contrat de vente le liant au débiteur, une clause de réserve de propriété (§ 3).

321 ■

## § 1 Le droit de rétention du vendeur en possession

Lorsque la marchandise vendue est encore en la possession du vendeur au jour du jugement d'ouverture de la procédure de l'acheteur, ce dernier peut refuser de la livrer et la conserver. L'article L. 624-14 du Code de commerce lui reconnaît expressément un droit de rétention que la vente ait été conclue au comptant ou à terme.

322 ■

Si l'administrateur souhaite obtenir la livraison du bien retenu par le vendeur, il devra par conséquent en payer le prix en respectant les conditions posées par l'article L. 622-7, alinéa 3 du Code de commerce. Rappelons que ce texte permet le paiement de créances antérieures pour retirer une chose *légitimement* retenue lorsque ce retrait

est justifié par la poursuite de l'activité de l'entreprise (v. ss 191 s.). Toutefois, le paiement est subordonné, dans cette hypothèse, à une autorisation préalable du juge-commissaire.

■ 323

Lorsque la marchandise se trouve entre les mains d'un transporteur, l'article L. 624-13 permet au vendeur d'en exiger la restitution tant que la tradition n'en a pas été effectuée dans les magasins du débiteur en procédure collective ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte. C'est le *stoppage in transitu*<sup>o</sup>.

La revendication s'opère sans formalité particulière. À titre d'exemple, l'envoi d'une défense de livrer adressée au transporteur est suffisant. Cependant, la revendication n'est pas recevable si, avant leur arrivée dans les magasins du débiteur, elles ont été revendues, sans fraude, sur factures ou titres de transport réguliers (C. com., art. L. 624-13, al. 2).

## § 2 La situation du vendeur dessaisi

■ 324

Dès que le débiteur a été mis en possession des biens vendus, le vendeur perd du même coup son droit de revendication. Les meubles livrés font désormais partie de la solvabilité apparente de l'acheteur. Le vendeur perd également son privilège spécial ainsi que le droit d'agir en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix. Il devient un créancier ordinaire, et doit en conséquence déclarer sa créance à la procédure comme tout autre créancier antérieur (v. ss chapitre 8).

■ 325

Par exception, la revendication demeure possible :

– lorsque la vente a été résolue avant le jugement d'ouverture de la procédure, soit par décision de justice, soit par le jeu d'une clause résolutoire acquise, et, à la condition que les marchandises existent en nature (C. com., art. L. 624-12, al. 1<sup>er</sup>). En ce cas, le vendeur est redevenu propriétaire des biens vendus en raison de l'effet rétroactif de la résolution. Son droit de revendication s'exercera dans les conditions précédemment décrites (v. ss 307 s.);

– lorsque l'action en résolution a été introduite avant le jugement d'ouverture pour une cause autre que le défaut de paiement du prix (C. com., art. L. 624-12, al. 2). Le vendeur pourra exercer son droit de revendication lorsque la résolution de la vente sera prononcée ou constatée par le juge postérieurement au jugement d'ouverture.

## § 3 Le droit du vendeur avec clause de réserve de propriété

■ 326

Lorsque la vente a été faite avec clause de réserve de propriété<sup>o</sup>, le vendeur demeure propriétaire des biens vendus jusqu'au paiement complet du prix (C. civ., art. 2367). La propriété du bien est ainsi retenue en garantie. L'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce permet au vendeur de revendiquer les biens en respectant les conditions suivantes :

– 1<sup>re</sup> condition : la clause de réserve de propriété doit être stipulée « dans un écrit ». Le support de cet écrit est indifférent. Il peut, par exemple, s'agir d'un télex, bon de livraison, facture, accusé de réception. L'article L. 624-16 prévoit en outre que la clause de réserve de propriété « peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales », telles par exemple des conditions générales de vente ;

– 2<sup>e</sup> condition : la clause de réserve de propriété « doit avoir été convenue entre les parties ». Cette exigence implique que la clause ne doit pas avoir été imposée à l'acheteur mais qu'il doit y avoir librement consenti. L'acceptation de la clause peut cependant être tacite (Com. 9 juin 1987, *D.* 1988. Somm. 8, obs. F. Derrida) et résulter notamment d'une réception des marchandises sans protestation de l'acheteur (Com. 31 janv. 2012 : *D.* 2012. 432, obs. A. Lienhard). La clause doit, en tout état de cause, être stipulée de manière suffisamment apparente (Com. 11 juill. 1995, *Rev. proc. coll.* 1995. 470, obs. B. Soinne);

– 3<sup>e</sup> condition : l'écrit sur lequel figure la clause doit être établi « au plus tard, au moment de la livraison » Cette condition ne prive donc pas d'efficacité la clause qui aurait été insérée après la conclusion du contrat de vente ;

– 4<sup>e</sup> condition : l'article L. 624-16 limite l'objet de la revendication. Seuls les biens vendus qui « se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure » dans le patrimoine de l'acheteur peuvent être l'objet d'une revendication. Tel n'est pas le cas, lorsque les biens ont été transformés ou incorporés, sauf si les biens peuvent être séparés sans subir de dommage (v. ss 312 s.). Cette solution est aujourd'hui consacrée par l'article 2370 du Code civil, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés personnelles et réelles.

Lorsque la clause de réserve de propriété est valable, le vendeur demeuré propriétaire a alors la faculté de revendiquer la propriété des biens dans les conditions de délai et de forme prévues pour les revendications mobilières en général. Il doit donc agir dans le délai préfix de trois mois, sauf si le contrat a été publié (v. ss 308).

Si le bien revendiqué est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise ou au bon déroulement de la procédure, le juge-commissaire pourra autoriser, selon le cas, le débiteur, l'administrateur ou le liquidateur à payer immédiatement le vendeur qui bénéficiera pour ce paiement du privilège de procédure (C. com., art. L. 624-16, al. 4 ; v. ss 315). De même, si le bien a été revendu par le débiteur avant le jugement d'ouverture, le vendeur réservataire pourra agir contre le sous-acquéreur en revendication du prix (v. ss 318).

La revendication peut également être exercée par le cessionnaire auquel le propriétaire a cédé la créance du prix de vente due par l'acheteur. Depuis longtemps, la Cour de cassation considère en effet que *la clause de réserve de propriété constitue un accessoire de la créance* (Com. 15 mars 1988, *D.* 1988. 330, note F. Pérochon). Cette solution est aujourd'hui consacrée par l'article 2367, alinéa 2 du Code civil. Le cessionnaire peut donc agir en revendication du bien vendu sous clause de réserve de propriété en cas de refus de paiement de l'acheteur.

## Compléments pédagogiques

### Mémo

Peuvent être revendiqués par leur propriétaire à compter du jugement d'ouverture, les *biens meubles* :

- détenus à titre précaire par le débiteur,
- vendus avec clause de réserve de propriété,
- transférés dans un patrimoine fiduciaire et dont le débiteur a la jouissance ou l'usage en qualité de constituant.

La revendication s'exerce dans un *délai préfix de trois mois à compter de la publication du jugement* d'ouverture.

En cas de refus des organes de la procédure de restituer le bien revendiqué, le juge-commissaire est alors saisi.

*Le bien revendiqué doit se retrouver en nature* au jour du jugement d'ouverture dans le patrimoine du débiteur.

L'incorporation du bien revendiqué dans un autre bien ne fait pas obstacle à la revendication.

*La revendication est possible* même si le bien revendiqué est un *bien fongible*.

Des règles spéciales sont posées lorsque le bien revendiqué a été vendu avec clause de réserve de propriété.

*La clause de réserve de propriété doit figurer dans un écrit* établi au plus tard au jour de la livraison du bien.

Si le bien grevé d'une clause de réserve de propriété a été revendu, le propriétaire peut revendiquer le prix convenu lors de la vente initiale en agissant contre le sous-acquéreur.

Le paiement en valeur ou par compensation du prix de revente par le sous-acquéreur à la date du jugement d'ouverture de la procédure interdit toute action du propriétaire contre lui.

La *clause de réserve de propriété* constitue un *accessoire de la créance* dont elle garantit le paiement.

La clause de réserve de propriété se transmet au cessionnaire de la créance du prix de vente.

*L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée dispose d'un droit de reprise* sur les biens utilisés pour l'activité du patrimoine en procédure collective mais compris dans l'actif de l'un de ses patrimoines.

Le droit de reprise de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée doit être exercé dans *un délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture*.

La demande de reprise doit être adressée à l'administrateur ou au juge-commissaire, si aucun administrateur n'a été nommé.

## Quid

### ■ Action en reprise n° 320

Action, ouverte à l'entrepreneur individuel à responsabilité (ou EIRL), dont l'objet est de permettre, après inventaire, la reprise des biens, relevant de l'actif d'un de ses autres patrimoines, utilisés pour l'exercice de l'activité du patrimoine contre lequel une procédure collective est ouverte.

### ■ Clause de réserve de propriété n° 326

Clause par laquelle l'effet translatif d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie (C. civ., art. 2367).

### ■ Stoppage *in transitu* n° 323

Droit de rétention permettant au vendeur d'un bien d'en exiger la restitution lorsqu'il se trouve entre les mains du transporteur au jour du jugement d'ouverture d'une procédure collective contre l'acheteur.

### ■ Subrogation réelle n° 317

Fiction de droit par laquelle un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités (*Voc. Jur. Capitant*).

## Documents

### 1) Revendication de biens fongibles

**Com. 5 mars 2002 (extraits)**  
**(RTD com. 2002. 545, obs. A. Martin-Serf)**

« Mais attendu, en premier lieu, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu, sans inverser la charge de la preuve, que les marchandises revendiquées avaient le caractère de biens fongibles ;

Attendu, en second lieu, que [...] l'article L. 621-122, alinéa 3 *in fine*, [devenu l'article L. 624-16, alinéa 3] du Code de commerce énonce une règle de fond, attribuant au revendiquant la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité que ceux qu'il a livrés ; qu'après avoir énoncé que la loi ne subordonnait la revendication de tels biens à aucune autre condition puis relevé que le caractère fongible des biens revendiqués par la société n'était pas contesté, la cour d'appel, qui a dit n'y avoir lieu de prendre en considération le moyen selon lequel la rotation rapide des stocks exclut que les marchandises retrouvées en nature chez le débiteur soient celles mêmes vendues par la société avec une clause de réserve de propriété, a légalement justifié sa décision ».

## 2) Conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété

Com. 31 janvier 2012, n° 10-28407 (extraits)

(D. 2012. 432, obs. A. Lienhard)

« Mais attendu qu'il résulte des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 2, du code de commerce, rendues applicables à la liquidation judiciaire par l'article L. 641-14, alinéa 1<sup>er</sup>, du même code, qu'à défaut d'écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, l'acceptation par le débiteur de la clause de réserve de propriété s'apprécie pour chaque vente objet de celle-ci au plus tard à la date de la livraison, cette acceptation pouvant, suivant les circonstances, être déduite de l'existence de relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant la clause litigieuse, sans protestation de sa part ; qu'ayant relevé que les sociétés Fashion et Morgan étaient en relations d'affaires depuis septembre 2008 et que la société débitrice avait déjà, au 30 octobre 2008, date de la première livraison impayée, reçu cinq factures mentionnant lisiblement la clause de réserve de propriété puis retenu qu'elle en avait eu ainsi connaissance et fait ressortir qu'elle l'avait acceptée par l'exécution du contrat, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi »

## 3) Revente d'un bien grevé d'une clause de réserve de propriété et revendication de la créance de prix contre le sous-acquéreur

Com. 19 juin 2009 (extraits)

(D. 2009. AJ 1752, obs. A. Lienhard)

« Attendu que lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend, sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur ; qu'il en résulte que la revendication du prix s'exerce sur le solde du prix de revente du bien affecté de la clause de réserve de propriété restant dû au jour précité, à concurrence du prix tel que fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial ».

## Biblio

- M.-J. Campana, « Variations sur la clause de réserve de propriété », in *Mélanges G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 53 s.
- P. Crocq, « Réformes des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés », *Dr. et patr.* mars 2006. 90 s.
- M. Laroche, « Revendication et droit de propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens », Défrenois, coll. « Doctorat et Notariat », 2007.
- Ph. Petel, « Retour sur la revendication de choses fongibles », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 571 s.

- P.-M. Le Corre, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives », *D.* 2001. Chron. 290.
- E. Le Corre-Broly, « Actions en revendication ou en reprise et EIRL », *BJE* 2011. 68 s., Dossier 5.
- A. Jacquemont, « Revendication du prix et transformation du bien », *Act. proc. coll.* 1/2004. 1 s.
- F. Pérochon, « La revendication favorisée », *D.* 1994. 251 ; « La revendication de biens fongibles par le vendeur », *LPA* 1994. n° 110. 82 s. ; « La revendication du prix de vente », *D. Affaires* 1996. 1402.
- Ph. Roussel Galle, « EIRL : contracter et revendiquer...avec soi-même...quelle drôle d'idée... », *Rev. proc. coll.* 2011-3, dossier 24.
- O. Staes, « Les biens appropriés », *Rev. proc. coll.* 2011-1, dossier 9.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. L'action en revendication doit être exercée à compter :
  - a. du jugement d'ouverture ;
  - b. de la publication du jugement d'ouverture ;
  - c. du refus de l'administrateur d'accepter la revendication.
2. La restitution du bien revendiqué est subordonnée :
  - a. à l'acquiescement de l'administrateur ;
  - b. à l'autorisation préalable du juge-commissaire ;
  - c. au contrôle du tribunal ayant ouvert la procédure.
3. L'absence de revendication dans les délais légaux est sanctionnée :
  - a. par l'inopposabilité du droit de propriété ;
  - b. par l'extinction du droit de propriété ;
  - c. par la transmission du bien non revendiqué au débiteur.
4. Un bien incorporé à un autre bien peut être revendiqué :
  - a. lorsqu'il existe dans le patrimoine du débiteur un autre bien de même nature ;
  - b. lorsque l'incorporation n'a pas altéré ses propriétés et caractères ;
  - c. lorsqu'il peut être récupéré sans dommage pour le bien lui-même et le bien dans lequel il a été incorporé.
5. La revendication du prix de revente d'un bien est possible si la revente a eu lieu :
  - a. avant le jugement d'ouverture ;
  - b. après le jugement d'ouverture ;



- c. avant la cessation des paiements du débiteur.
6. En présence d'une clause de réserve de propriété, le vendeur doit agir en revendication :
- a. dans les 3 mois suivant la livraison du bien ;
  - b. dans les 3 mois suivant la publication du jugement d'ouverture ;
  - c. dès la publication du jugement d'ouverture.
7. Le délai de revendication est :
- a. un délai de prescription ;
  - b. un délai préfix.
8. Le refus de l'administrateur d'acquiescer à la demande en revendication peut être contesté :
- a. devant le tribunal ayant ouvert la procédure ;
  - b. devant le mandataire judiciaire ;
  - c. devant le juge-commissaire.
9. L'action en reprise de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est :
- a. de deux mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective ;
  - b. de trois mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective ;
  - c. de trois mois à compter de la publicité du jugement d'ouverture de la procédure collective.
10. L'assiette de l'action en reprise de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée porte :
- a. sur les biens inutiles à la poursuite de l'activité du patrimoine en procédure collective ;
  - b. sur les biens compris dans un autre de ses patrimoines ;
  - c. sur les biens compris dans le patrimoine de son conjoint.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Cas pratique

### Énoncé

La SARL Soulier exploite une usine de fabrication de chaussures. Le 23 mai, elle a commandé à l'un de ses plus anciens fournisseurs, la société Simono, vingt lots de cuir qui lui ont été livrés le 27 mai. Le 2 juin, la SARL Soulier a revendu deux de ces lots à l'une de ses filiales, spécialisée dans la confection de vêtements en cuir. Le 10 juillet, le gérant de la SARL Soulier a commandé cinq nouveaux lots de cuir pour la fin du mois de septembre. Le 18 juillet, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte contre la SARL Soulier à la demande d'un de ses créanciers. Le tribunal a nommé M<sup>e</sup> Lardo en qualité d'administrateur avec mission d'assistance. Le 18 septembre, le chef du contentieux de la société Simono a adressé à l'administrateur une demande en revendication des lots de cuir livrés en invoquant la clause de réserve de propriété stipulée dans les conditions générales de vente de sa société et reproduites au recto de ses factures. M<sup>e</sup> Lardo a refusé de faire droit à cette demande au motif que la clause de réserve de propriété n'était pas opposable, que plusieurs des lots de cuir avaient

été revendus ou utilisés pour la confection de chaussures depuis leur livraison, et, que les autres lots avaient été détruits lors d'un incendie survenu dans la nuit du 3 août. Lors de cet incendie, les pompiers n'ont pu sauver que cinq lots livrés par la société Chevro, concurrente de la société Simono. L'administrateur exige que la société Simono lui livre la commande passée par le gérant de la SARL, avant le jugement d'ouverture. *Que pouvez-vous conseiller à la société Simono ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **b** ; 2. **a**. Si un administrateur n'a pas été nommé, l'acquiescement doit être donné par le débiteur (sauvegarde et redressement judiciaire) ou le liquidateur (liquidation judiciaire) ; 3. **a** ; 4. **c** ; 5. **a** ; 6. **b**. Sauf si la clause de réserve de propriété a été publiée ; 7. **b**. Il ne peut être ni suspendu, ni interrompu ; 8. **c** ; 9. **c** ; 10. **b**.

### Cas pratique

L'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce reconnaît au vendeur avec clause de réserve de propriété le droit de revendiquer les marchandises livrées à un débiteur en redressement judiciaire. Ce texte prévu en cas de procédure de sauvegarde est en effet applicable sur renvoi à la procédure de redressement judiciaire ainsi qu'à la procédure de liquidation judiciaire. Le régime juridique de l'action en revendication est donc identique, quelle que soit la nature de la procédure.

L'exercice de ce droit de revendication est subordonné à plusieurs conditions.

#### I. Opposabilité de la clause de réserve de propriété

Le vendeur ne peut valablement invoquer la clause de réserve de propriété stipulée en sa faveur qu'à la condition que celle-ci figure dans un écrit établi au plus tard au moment de la livraison. Cet écrit peut être un contrat-cadre régissant l'ensemble des opérations commerciales des parties. En l'espèce, la clause de réserve de propriété invoquée par le vendeur figure dans ses conditions générales de vente reproduites au recto des factures adressées à l'acheteur. Il s'agit donc sans conteste d'un écrit au sens de l'article L. 624-16 du Code de commerce.

Toutefois, la stipulation d'une clause de réserve de propriété dans les conditions générales de vente du vendeur n'est pas suffisante pour rendre la clause de réserve de propriété opposable. Pour pouvoir revendiquer les marchandises livrées, le vendeur doit établir que la clause a été acceptée par l'acheteur déclaré en redressement judiciaire. Cette condition est entendue assez soupagement par la jurisprudence. Celle-ci considère que l'opposabilité de la clause de réserve de propriété n'est pas subordonnée à une acceptation expresse ou écrite de la clause par l'acheteur (Com. 31 janv. 2012, v. ss rubrique « Documents »). Cette acceptation peut donc être tacite, et, résulter notamment de l'exécution du contrat (v. ss 326). En l'espèce, il est précisé que la société Simono est un des plus anciens fournisseurs de la société Soulier. L'existence de relations commerciales prolongées laisse donc supposer l'acceptation au moins tacite par l'acheteur de la clause de réserve de propriété. Le fait que la clause soit stipulée au recto des factures n'est pas suffisant pour en paralyser l'application, dès lors que la clause est lisible.

## II. Validité de la demande en revendication présentée par un préposé du vendeur avec clause de réserve de propriété

L'action en revendication est soumise à des conditions de délai. Elle doit être exercée dans les trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture de la procédure, à moins que le contrat portant sur le bien revendiqué ait été publié. La publication du contrat dispense ainsi le propriétaire revendiquant de faire reconnaître son droit de propriété (C. com., art. L. 624-10). En l'espèce, cette exception ne peut s'appliquer. Le contrat n'a été l'objet d'aucune publication. L'action en revendication doit donc être exercée dans le délai de trois mois de l'article L. 624-9. À défaut de revendication dans ce délai qui est un délai préfix, le droit de propriété n'est pas éteint mais est inopposable à la procédure (Com. 4 janv. 2000, *RTD com.* 2002. 1609, obs. A. Martin-Serf). En l'occurrence, le redressement judiciaire de la SARL Soulier a été prononcé le 18 juillet, et, la demande en revendication a été adressée à l'administrateur le 18 septembre.

La demande est donc recevable.

Toutefois, il est précisé que la demande a été faite par l'un des préposés de la société Simono. Cette demande est-elle recevable ? Sur ce point, la Cour de cassation opère une distinction entre la phase amiable de revendication et la phase judiciaire de revendication introduite, devant le juge-commissaire, à la suite du refus d'acquiescement par l'administrateur (v. ss 309). Lors de la phase amiable, la demande en revendication peut être faite par un préposé du vendeur sans que celui-ci ait à justifier d'une délégation de pouvoir. Car, elle ne constitue pas une action en justice (Com. 6 mars 2001, *D.* 2001. AJ 1099, obs. A. Lienhard). En revanche, lors de la phase judiciaire, la requête en revendication introduite devant le juge-commissaire constitue une demande en justice qui doit être formée soit par le propriétaire lui-même, soit par un préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir la demande en revendication (Com. 9 mai 1995, *RJDA* 1995, n° 1163). Cette délégation doit autoriser clairement le préposé à exercer au nom de la société des actions en revendication (Com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1998. 686, obs. A. Martin-Serf). La preuve de cette délégation peut être produite jusqu'à ce que le juge statue sur la revendication.

En conclusion, la demande en revendication adressée par le préposé de la société Simono est donc valable en la forme. Mais, si la société souhaite contester le refus de l'administrateur de faire droit à sa revendication, le préposé devra justifier d'une délégation spéciale de pouvoir.

## III. Objet de l'action en revendication

Le succès de l'action en revendication suppose que les biens vendus avec une clause de réserve de propriété se « retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure » dans le patrimoine de l'acheteur en sauvegarde, en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Cette condition exclut toute action en revendication lorsque les biens vendus ont été transformés, incorporés ou mélangés avec des biens de même nature (C. com., art. L. 624-16, al. 3).

En l'espèce, plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

### A. Action en revendication des chaussures fabriquées avec le cuir livré

Il est précisé que plusieurs des lots de cuir ont été utilisés pour la confection de chaussures. Cette utilisation conduit à une transformation substantielle qui interdit toute action en revendication. L'utilisation du cuir livré pour la fabrication de chaussures lui a fait perdre ses caractéristiques et ses propriétés d'origine. Si le vendeur souhaite être payé du prix de vente, il devra en principe déclarer sa créance à la procédure, comme tout autre créancier antérieur.

### B. Sort de l'action en revendication pour les lots détruits

Certains des lots livrés ont été détruits par un incendie survenu après le jugement d'ouverture de la procédure. Cette destruction fortuite fait obstacle à la revendication du bien en nature. En revanche, le vendeur impayé demeure créancier de la créance du prix de vente mais à la condition que le transfert des risques ait été conventionnellement transmis à l'acheteur. Il faudra en l'espèce vérifier l'existence d'une clause de ce type dans les conditions générales de vente de la société Soulier. Ceci conduit à distinguer deux hypothèses.

Si aucune clause relative à la charge des risques n'a été prévue dans les conditions générales de vente, les risques restent à la charge du vendeur puisqu'il reste propriétaire des marchandises livrées jusqu'au paiement complet du prix par l'acheteur. Il ne peut plus alors demander le paiement du prix de vente.

En revanche, si une clause relative au transfert des risques a été stipulée (cas le plus fréquent), la perte de la chose doit être supportée par l'acheteur. Ce dernier demeure donc débiteur du prix de vente bien que les marchandises aient été détruites. Sous l'empire de la loi ancienne, la Cour de cassation avait considéré que la créance du propriétaire revendiquant bénéficiait alors de la priorité de paiement prévue pour les créances postérieures (Com. 11 juill. 1995, *JCP E* 1995. I. 513. n° 5, obs. M. Cabrillac). Cette jurisprudence très favorable au créancier revendiquant ne nous semble pas devoir être maintenue. La notion de « créances postérieures privilégiées » est en effet entendue très strictement depuis la loi du 26 juillet 2005. La priorité de paiement prévue par l'article L. 622-17, I du Code de commerce ne profite qu'aux seules créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou, en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période. La créance de prix du créancier propriétaire ne répond pas à ces exigences. Elle a donc le statut de créance antérieure ou de créance postérieure non privilégiée, selon que l'incendie a eu lieu avant ou après le jugement d'ouverture. Quoiqu'il en soit, l'indemnité d'assurance souscrite par l'acheteur est subrogée à la chose détruite. Elle doit donc être versée au vendeur (C. com., art. L. 624-18 *in fine*) sans même que celui-ci ait besoin de la revendiquer (Com. 6 juill. 1993, *JCP* 1994. II. 549, note. Ch. Larroumet). Cette solution n'est pas remise en cause par la loi du 26 juillet 2005.

### C. Action en revendication des lots livrés par un tiers

La société Soulier pourrait-elle exercer son droit de revendication sur les lots livrés par la société Chevro, sauvés lors de l'incendie ? Cette action est permise par l'article L. 622-16, alinéa 3, du Code de commerce qui prévoit que la revendication en nature peut s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même nature (Com. 5 mars 2002, v. ss rubrique « Documents »).

En l'espèce, il faudra tout d'abord vérifier que la société Chevro n'est pas restée propriétaire des lots livrés en vertu d'une clause de réserve de propriété. Si la propriété des lots a été transmise à la SARL Soulier, il sera nécessaire de vérifier que les lots livrés par la société Chevro sont de même espèce et de même qualité que ceux livrés par la société Simono. Au vu des faits rapportés, il est impossible d'apprécier la fongibilité des différents lots livrés à la SARL.

#### D. Action en revendication du prix de revente des biens entre les mains de la filiale

Deux des lots ont été revendus à une filiale avant le jugement d'ouverture. La société Soulier peut-elle revendiquer le prix de ces deux lots ? En cas de revente, le droit de propriété est reporté sur le prix de revente subrogé au bien mais à la condition que, d'une part, le prix n'ait pas été payé par le sous-acquéreur à la date du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 624-18) et que, d'autre part, le bien ait été livré dans son état initial au sous-acquéreur (Com. 17 mars 1998, *D.* 2000. Somm. 72, obs. A. Honorat). Cette dernière condition est remplie en l'espèce. Mais, en revanche, rien ne permet de savoir si le prix de revente a été versé avant ou après l'ouverture de la procédure de redressement.

#### IV. Demande d'exécution de la commande conclue avant le jugement d'ouverture

L'administrateur souhaite recevoir la livraison de la commande passée au mois de juillet, et, dont la livraison était prévue pour le mois de septembre. Lorsque les marchandises promises n'ont pas été livrées ou expédiées au débiteur avant le jugement d'ouverture, l'article L. 624-14 du Code de commerce reconnaît au vendeur le droit d'exercer son droit de rétention et d'en refuser légitimement la livraison. L'administrateur peut cependant dénouer cette situation de blocage en payant le prix des marchandises. Toutefois, ce paiement qui conduit à désintéresser un créancier antérieur n'est possible que si, d'une part, le bien légitimement retenu est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise, et, si d'autre part, le paiement est autorisé par le juge-commissaire (C. com., art. L. 622-7, II ; v. ss chapitre 6, spéc. v. ss 191).

ch a p i t r e



# Les nullités de la période suspecte

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:785768303:88866152:196.200.176.177:1581012845

## Plan analytique

### section 1

#### Les actes frappés d'une nullité de droit

- § 1 Les actes translatifs à titre gratuit
- § 2 Les contrats commutatifs déséquilibrés
- § 3 Les paiements anormaux
  - A. Le paiement de dettes non échues
  - B. Le paiement de dettes échues par un procédé anormal
- § 4 Les dépôts et les consignations
- § 5 La constitution de sûreté pour dettes antérieures
  - A. Le domaine de la nullité
  - B. Le solde débiteur d'un compte courant
- § 6 Les mesures conservatoires et les *stock-options*
- § 7 Les transferts fiduciaires à titre de garantie
- § 8 Les actes portant affectation nouvelle ou modification d'affectation des biens composant les patrimoines de l'EIRL
- § 9 La déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur

### section 2

#### Les actes frappés d'une nullité facultative

- § 1 Les actes à titre gratuit et la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur
- § 2 Le paiement de dettes échues et les actes à titre onéreux
- § 3 Les avis à tiers détenteur, la saisie attribution et l'opposition

### section 3

#### Le régime de l'action en nullité

- § 1 Les titulaires de l'action
- § 2 Le délai d'action
- § 3 Les effets de la nullité

#### Compléments pédagogiques

## Les nullités de la période suspecte

La *période suspecte*<sup>o</sup> est la période comprise entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure. Elle est destinée à reconstituer l'actif de l'entreprise en remettant en cause la validité de certains actes conclus par le débiteur en cessation des paiements. La période précédant le jugement d'ouverture est en effet propice à la fraude. On peut craindre que le débiteur en cessation des paiements ne cherche soit à organiser son insolvabilité en dissimulant une partie de ses biens, soit à avantager certains de ses créanciers en violation du principe d'égalité.

Compte tenu de son objet, cette reconstitution de l'actif du débiteur ne se justifie qu'en présence d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Elle est en revanche totalement étrangère à la procédure de sauvegarde. Il ne peut en effet y avoir de période suspecte en cas de sauvegarde puisque le débiteur n'est pas, et ne peut être, en cessation des paiements (v. ss chapitre 4, v. ss 93).

La durée de la période suspecte est fixée par le tribunal lors du jugement d'ouverture. Deux limites sont cependant posées. En premier lieu, la durée de la période suspecte ne peut jamais excéder dix-huit mois (C. com., art. L. 631-8, al. 1<sup>er</sup>, L. 641-1). En second lieu, lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire a été précédée d'une procédure de conciliation ayant abouti à l'homologation d'un accord, la période suspecte ne peut alors remonter à une date antérieure à la décision définitive d'homologation (C. com., art. L. 631-8, al. 2 (RJ), L. 641-1, IV (LJ); v. ss chapitre 5 et v. ss 156). Cette limite a pour objet de sécuriser les procédures de conciliation qui peuvent être ouvertes alors que le débiteur est déjà en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours (v. ss 71). Sauf en cas de fraude, l'homologation de l'accord de conciliation immunise l'ensemble des actes conclus par le débiteur avec ses créanciers contre une remise en cause sur le fondement des nullités de la période suspecte.

Les actes conclus en période suspecte sont frappés de nullité. L'acte est anéanti à l'égard de tous. Cependant, la nullité ne frappe pas l'ensemble des actes accomplis par le débiteur en période suspecte. L'impératif de sécurité juridique ainsi que l'ignorance légitime de certains créanciers de l'état de cessation des paiements de leur débiteur imposent de limiter la nullité aux actes les plus évidemment ou probablement frauduleux. De fait, le Code de commerce énumère les actes dont la validité peut être remise en cause. Il distingue les actes frappés d'une *nullité de droit*<sup>o</sup> (section 1), de ceux qui n'encourent qu'une *nullité facultative*<sup>o</sup> (section 2). Mais, quelle que soit la nature de la nullité, celle-ci est soumise au même régime (section 3).

La nullité des actes accomplis en période suspecte n'interdit pas aux créanciers d'agir sur le fondement de l'*action paulienne*<sup>o</sup>. Dans un arrêt du 8 octobre 1996, la Cour de cassation a en effet admis que « le droit exclusif reconnu au représentant des créanciers pour agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'article 1167 du Code civil contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur » (Com. 8 oct. 1996, *JCP* 1997. I. 4002, note

328 ■

329 ■

330 ■



Ch. Jamin). Les différentes réformes du droit des entreprises en difficulté ne remettent pas en cause cette interprétation jurisprudentielle.

■ 331

L'exercice de l'action paulienne permet de vaincre l'inertie des organes de la procédure (administrateur judiciaire, liquidateur, mandataire judiciaire, commissaire à l'exécution du plan) et celle du ministère public qui sont les seuls à pouvoir agir en nullité d'un acte accompli en période suspecte (v. ss 357).

*L'action paulienne présente une autre utilité* : elle peut être exercée par le mandataire judiciaire, chargé de représenter les créanciers, pour contester la validité d'un acte qui ne peut être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte (Com. 13 nov. 2001, D. 2001. AJ 3617, obs. A. Lienhard).

À la différence de la nullité, prononcée en vertu du Code de commerce, qui a un effet *erga omnes*, l'acte attaqué pour fraude paulienne est simplement inopposable. Cette inopposabilité ne bénéficie par conséquent qu'au seul créancier poursuivant. L'action paulienne ne permet donc pas de reconstituer l'actif de l'entreprise par une réintégration du bien aliéné frauduleusement (v. ss 359).

## section

### 1

## Les actes frappés d'une nullité de droit

■ 332

*La nullité de droit est une nullité obligatoire pour le juge*. Elle s'impose à lui. Cette nullité est prévue en cas de procédure de redressement judiciaire par l'article L. 632-1 du Code de commerce et sur renvoi de l'article L. 641-14, alinéa 1<sup>er</sup>, pour la procédure de liquidation judiciaire.

Tous les actes énumérés par l'article L. 632-1 sont considérés par la loi comme objectivement anormaux. *La nullité est ainsi indépendante de la bonne foi ou de la mauvaise foi du cocontractant du débiteur*.

### §

## 1 Les actes translatifs à titre gratuit

■ 333

Sont nuls de plein droit *tous* les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière accomplis en période suspecte (C. com., art. L. 632-1, I, 1<sup>o</sup>). L'expression vise toutes les libéralités, notamment les donations, et plus largement tous les actes d'appauvrissement sans contrepartie consentie par le débiteur en cessation des paiements. L'ensemble de ces actes a pour point commun d'entraîner une diminution de l'actif de l'entreprise et d'en compromettre par conséquent le redressement.

La forme de la libéralité est indifférente. À titre d'exemple, il peut s'agir d'une donation déguisée, d'une donation directe établie sous forme authentique, d'un don manuel, d'une remise de dette ou bien encore d'un cautionnement sans contrepartie. Dans tous les cas, il faudra rapporter la preuve que l'acte à titre gratuit a été accompli après la cessation des paiements du débiteur, c'est-à-dire à une date où celui-ci ne pouvait déjà plus faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible (sur cette notion, v. ss chapitre 4, v. ss 97 s.).

## § 2 Les contrats commutatifs déséquilibrés

Est également considéré comme suspect le *contrat commutatif déséquilibré*<sup>o</sup>. L'expression vise « tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie » (C. com., art. L. 632-2, I, 2<sup>o</sup>). Elle permet de sanctionner des actes, qui sans constituer de véritables libéralités – faute d'une intention libérale du débiteur – sont en réalité conclus sans réelle contrepartie. La nullité ne peut en revanche être prononcée contre un contrat aléatoire car l'aléa chasse alors la lésion.

334 ■

Le caractère lésionnaire du contrat commutatif est apprécié souverainement par le juge. Néanmoins, il doit démontrer en quoi le déséquilibre des prestations contractuelles est « notable » pour que la nullité puisse être justifiée.

## § 3 Les paiements anormaux

Le paiement de dettes non échues en période suspecte (A) ou de dettes échues selon des modes de paiements anormaux (B) est sanctionné par une nullité de droit.

335 ■

### A. Le paiement de dettes non échues

L'article L. 632-1, I, 3<sup>o</sup> déclare nul « tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ». *La loi interdit donc, en période suspecte, tout paiement avant terme*. Celui-ci est en effet suspect en raison de l'état de cessation des paiements du débiteur. Peu importe le mode de règlement utilisé. Seul compte le caractère anticipé du paiement. Il peut donc s'agir d'un paiement en espèce, par cession de créances ou par compensation conventionnelle.

336 ■

Lorsque *le paiement est effectué au moyen d'un effet de commerce ou d'un chèque*, la jurisprudence opère une distinction selon que la provision existe au moment de la création de l'effet ou n'a été constituée qu'après celle-ci (v. ss chapitre 16).

337 ■

Si la dette payée avec l'effet de commerce est échue ou est remise à l'escompte, l'opération échappe à la nullité.

En revanche, si la provision est constituée pour garantir une dette non échue, l'opération doit être déclarée nulle car le débiteur a voulu appauvrir l'actif de l'entreprise en donnant au bénéficiaire une situation plus favorable. En cette hypothèse, la provision doit faire l'objet d'un rapport par le tiré ou par le porteur car elle n'a pas été valablement transmise. De même, est nulle de plein droit l'opération par laquelle le tireur émet un effet de commerce alors qu'il n'est pas titulaire d'une créance sur le tiré. La constitution de la provision en période suspecte est en effet considérée, en jurisprudence, comme équivalant à la constitution d'une sûreté pour garantir une dette antérieure soumise à la nullité prévue par l'article L. 632-1, I 6<sup>o</sup> (v. ss 342 s.).

### B. Le paiement de dettes échues par un procédé anormal

Est également nul tout paiement pour *dettes échues* fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virement, bordereaux Dailly ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires (C. com., art. L. 632-1, I, 4<sup>o</sup>).

338 ■

Cette nullité a pour objet de sanctionner le débiteur qui confère à l'un de ses créanciers un avantage par rapport aux autres en violation du principe d'égalité des créanciers. C'est pourquoi, la nullité ne frappe que le paiement de dettes échues selon *un mode anormal de paiement*<sup>9</sup>, c'est-à-dire un mode de paiement qui n'est pas communément admis dans le monde des affaires.

À titre d'exemples, ne constitue pas un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires :

– la dation en paiement car elle modifie l'objet de l'obligation du débiteur qui se libère par la remise d'un bien et non en espèces (Com. 11 juill. 2000, *D.* 2001. 465, note S. Piedelièvre) ;

– la cession de créance réalisée en vertu de l'article 1690 du Code civil, sauf si elle est communément admise comme mode de paiement dans les relations d'affaires d'un secteur professionnel déterminé (Com. 14 déc. 1994, *JCP E* 1994. II. 546, note Y. Guyon ; Com. 30 mars 1993, *D.* 1993. Somm. 320, obs. A. Honorat).

## § 4 Les dépôts et les consignations

■ 339

L'article L. 623-1, I 5° prévoit également la nullité de tout dépôt et toute consignation de sommes ordonnés à titre de garantie ou à titre conservatoire par une décision de justice n'ayant pas acquis force de chose jugée avant la date de la cessation des paiements du débiteur. En cette hypothèse, bien que l'acte soit réalisé en vertu d'une décision de justice, celle-ci a été prise à l'initiative d'un créancier qui a voulu se donner artificiellement une position préférentielle.

## § 5 La constitution de sûreté pour dettes antérieures

■ 340

Les sûretés constituées en période suspecte pour garantir le paiement de dettes antérieurement contractées sont nulles de plein droit (A). Des règles particulières ont été posées par la jurisprudence pour les sûretés constituées pour garantir le solde débiteur d'un compte courant (B).

### A. Le domaine de la nullité

■ 341

*La nullité ne concerne que les seules sûretés réelles* (hypothèque conventionnelle ou judiciaire, hypothèque légale des époux ou tout droit de nantissement ou de gage avec ou sans dépossession) *constituées en période suspecte pour garantir une dette contractée avant que le débiteur ne soit en cessation des paiements* (C. com., art. L. 632-1, I, 6°).

Cette nullité concerne notamment les sûretés constituées en période suspecte en exécution d'une promesse de constitution antérieure à la cessation des paiements. À titre d'exemple, le gage est nul de droit, lorsque l'acte sous seing privé conclu entre les parties est enregistré et signifié au débiteur au cours de la période suspecte car le gage ne confère de droit réel au créancier qu'à compter de l'accomplissement de ces formalités (Com. 12 nov. 1997, *RTD civ.* 1998. 704, obs. P. Crocq).

Sont en revanche valables :

- l'inscription en période suspecte d'une sûreté réelle constituée avant la cessation des paiements ;
- la constitution en période suspecte d'une sûreté réelle destinée à garantir une dette nouvelle ou une dette concomitante. Cette constitution pourra cependant être frappée d'une nullité facultative (v. ss 351 s.) ;
- la conclusion d'une cession de créances professionnelles en période suspecte pour garantir une dette antérieure. La Cour de cassation estime en effet que la notion de « sûreté » doit être entendue strictement et qu'elle ne peut en conséquence être étendue aux garanties, telle que le bordereau Dailly (Com. 19 mai 1996, *D. Affaires* 1996. 841) En d'autres termes, selon cette analyse, la cession de créance par voie de bordereau Dailly, consentie à titre de garantie, par exemple, d'un prêt ou d'une ouverture de crédit ne constitue qu'une simple garantie et non une « sûreté » au sens strict.

342 ■

## B. Le solde débiteur d'un compte courant

Pour apprécier la validité de la constitution, il convient de confronter la date de la créance garantie et celle de la constitution de la sûreté. Cette comparaison est parfois difficile. Notamment, lorsque la sûreté est constituée en vue de garantir le solde débiteur d'un compte courant.

343 ■

Les règles propres au fonctionnement du compte courant font qu'il est malaisé de savoir si la constitution de la sûreté est antérieure ou postérieure à la naissance du passif. Pour résoudre cette difficulté, la Cour de cassation écarte le principe de *l'indivisibilité du compte courant*<sup>9</sup>. Cette solution oblige à s'attacher aux mouvements du compte depuis la constitution de la sûreté et à rechercher si des avances nouvelles ont été consenties par le banquier après la date de cette constitution (Com. 11 févr. 1970 et 16 déc. 1970, *D.* 1971. 450, note M.-Th. Rives-Langes ; *JCP* 1971. II. 16704, note Ch. Gavaldà). En pratique, ce principe nécessite d'identifier la cause de chaque article du compte afin d'établir si les fluctuations du solde traduisent des avances nouvelles.

Cette solution jurisprudentielle oblige à comparer le montant du solde débiteur définitif du compte au jour de sa clôture, et, le montant du solde provisoire au jour de la constitution de la sûreté litigieuse :

344 ■

- *si le solde débiteur définitif du compte est supérieur au solde provisoire* : la sûreté constituée en période suspecte est alors valable car elle est présumée garantir les avances consenties par le banquier après sa constitution et non le solde débiteur existant au jour de sa constitution ;

- *si le solde débiteur définitif est inférieur au solde provisoire* : il faut alors tenir compte de toutes les fluctuations intervenues sans fraude depuis la constitution de la sûreté et identifier les causes juridiques de ces fluctuations. La sûreté sera nulle lorsqu'il n'y aura eu aucune nouvelle avance de la part de la banque (Com. 10 janv. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 7). Cette méthode nécessite le plus souvent l'assistance d'un expert chargé d'analyser les mouvements du compte depuis la constitution de la sûreté pour distinguer les débits correspondant à des nouvelles avances, de ceux qui ne représentent que le dénouement d'opérations antérieures à la constitution de la sûreté.

## § 6 Les mesures conservatoires et les *stock-options*

■ 345

L'article L. 632-1, I 7° frappe de nullité de droit toute mesure conservatoire prise en période suspecte, sauf lorsque l'inscription ou l'acte de saisie est antérieur à la date de la cessation des paiements. Dans ce cas, la procédure consécutive à la mesure conservatoire peut être menée jusqu'à son terme, sous réserve cependant du jeu l'arrêt des procédures d'exécution de la part des créanciers antérieurs, à compter du jugement d'ouverture de la procédure, toute voie d'exécution de la part des créanciers antérieurs (v. ss 273).

À titre d'exemple, lorsque la mesure conservatoire est une sûreté judiciaire, la nullité ne concerne que la sûreté faisant l'objet d'une inscription provisoire en période suspecte, et non celle, qui inscrite provisoirement avant la cessation des paiements, est consolidée par une inscription définitive en période suspecte.

*L'interdiction ne concerne pas les mesures d'exécution forcée.* Elle ne fait donc pas échec à l'avis à tiers détenteur qui emporte attribution immédiate de la créance et s'analyse de ce fait en une mesure d'exécution forcée (Com. 16 juin 1998, *RTD com.* 1999. 199, obs. A. Martin-Serf).

■ 346

Depuis la loi du 26 juillet 2005, sont également nulles lorsqu'elles interviennent en période suspecte, *toute autorisation et levée d'options définies à l'article L. 255-177 et suivants du Code de commerce (C. com., art. L. 632-1, I, 8°)*. Cette formule vise les options de souscription ou d'achat d'actions offertes à ses salariés par une société par actions négociées sur un marché réglementé. Cette interdiction nouvelle a pour objet d'éviter toute tentation de spéculation sur les titres d'une société en difficulté.

L'objectif de cette interdiction est d'éviter que la période suspecte ne soit utilisée par les actionnaires comme un moment pour organiser une spéculation ou tirer un profit en capital sur les titres d'une société en difficulté (A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 642).

## § 7 Les transferts fiduciaires à titre de garantie

■ 347

Dans le souci « d'acclimater » le droit des procédures collectives à l'introduction en droit français de la fiducie-sûreté, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a enrichi les cas de nullité de plein droit de la période suspecte.

L'article L. 632-1, I 9° du Code de commerce prévoit que tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en période suspecte est nul de plein droit. Cette nullité est assortie d'un tempérament. L'article L. 632-1, I 9° réserve en effet le cas dans lequel le contrat de fiducie intervient « à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ». Cette solution limite le domaine de la nullité. Elle n'a vocation à jouer que lorsque le contrat de fiducie-sûreté est conclu *après* la naissance de la créance dont il a pour objet de garantir le paiement. Autrement dit, c'est parce que le contrat de fiducie-sûreté est conclu postérieurement à la naissance de la dette qu'il est nul de plein droit.

L'article L. 632-1, I, 10° prévoit également, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, que « tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens *déjà* transférés dans un patrimoine fiduciaire » est nul de plein droit si le contrat modifié a été conclu « en garantie de dettes contractées *antérieurement à cet avenant* ». En

d'autres termes, est nulle de plein droit toute modification en période suspecte de la liste des créances garanties par une fiducie-sûreté.

## § 8 Les actes portant affectation nouvelle ou modification d'affectation des biens composant les patrimoines de l'EIRL

L'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté au nouveau statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (ou EIRL) a ajouté un ultime cas de nullité de plein droit dans le but de placer sous contrôle les arbitrages opérés, en période suspecte, par l'EIRL concernant l'affectation des biens composant le patrimoine en procédure collective.

L'article L. 632-1 11° prévoit en effet qu'est nulle de plein droit « toute affectation ou toute modification d'affectation d'un bien » lorsque celle-ci conduit « à un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine » de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Deux conditions sont ainsi posées au soutien de la nullité de plein droit, et dont la charge de la preuve incombera au demandeur à l'action.

La première condition tient à l'existence d'une modification de la consistance du patrimoine en procédure collective au profit d'un des autres patrimoines de l'EIRL. Tel sera le cas lorsque sera modifiée en période suspecte la composition de l'actif du patrimoine, soit par la constitution d'un nouveau patrimoine affecté, « alimenté » à partir de biens qui composaient auparavant l'actif du patrimoine contre lequel la procédure a été ouverte, soit plus largement en présence de mouvements par changement d'affectation (ou désaffectation) de biens d'un patrimoine à un autre. Tel sera aussi le cas, selon une partie de la doctrine, lorsque sera aggravé le passif du patrimoine sous procédure collective par l'affectation de dettes ou de biens grevés de dettes se rapportant à l'activité d'un autre des patrimoines de l'EIRL (L. Sautonie-Laguionie, « L'EIRL et les nullités de la période suspecte », *BJE* 2011. 82 s.)

Il faut en outre (2<sup>e</sup> condition) que l'affectation ou la modification d'affectation se fasse au détriment du patrimoine contre lequel la procédure collective a été ouverte, c'est-à-dire qu'il conduise à son appauvrissement, et, en conséquence, à une réduction du droit de gage des créanciers de la procédure collective. Tel sera *a priori* le cas, lorsque l'affectation ou la modification d'affectation sera réalisée sans contrepartie, c'est-à-dire « à titre gratuit ».

En revanche, la solution est plus incertaine lorsque la modification apportée à la consistance du patrimoine en procédure collective se réalisera « à titre onéreux » car en pareil cas il faudra vérifier que l'affectation nouvelle ou la désaffectation ne s'est pas faite au détriment du patrimoine en cours de procédure collective, c'est-à-dire de manière déséquilibrée et donc lésionnaire.

La nullité de plein droit prévue par l'article L. 632-1 11° du Code de commerce est cependant assortie d'une exception. Celle-ci concerne le « versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18 » du Code de commerce. Ce dernier texte dispose que « l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté ».

348 ■

349 ■

Par le jeu de cette exception, le législateur a souhaité faire échapper à la nullité de droit le droit pour l'EIRL d'user des revenus tirés de l'exploitation de l'activité du patrimoine affecté pour ses besoins personnels. L'idée est ici de mettre à l'abri les « revenus de la famille », c'est-à-dire ceux qui permettent à l'entrepreneur de vivre de son métier et donc de pourvoir aux besoins de sa vie privée et familiale (L. Sauton-Laguionie, « L'EIRL et les nullités de la période suspecte », *BJE* 2011. 82 s.).

La notion de « revenus » est cependant ambiguë et n'est pas précisée par la loi. En outre, que décider en cas de prélèvement anormal en période suspecte des revenus nés de l'activité du patrimoine en procédure collective ? Sur ce point, une partie de la doctrine estime qu'une augmentation soudaine du montant des versements au profit du patrimoine non affecté est susceptible d'une nullité de droit en raison de l'appauvrissement causé alors au patrimoine contre lequel la procédure a été ouverte, et par voie de ricochet au droit de gage de ses créanciers (L. Sauton-Laguionie, art. *préc.*). Rien n'est peut-être moins sûr, en l'absence de toute référence à cette qualification et cette sanction dans la lettre de l'article L. 632-1 11° du Code de commerce. On peut donc penser que l'exception posée en faveur des revenus versés en période suspecte au profit du patrimoine non affecté de l'EIRL est générale et a ainsi vocation à s'appliquer même si leur montant est anormalement excessif car disproportionné à celui qui était habituellement prélevé par l'EIRL avant la cessation des paiements.

Cette exclusion ne laisserait pas pour autant le juge sans armes car rien ne lui interdirait d'étendre la procédure collective ouverte contre le patrimoine affecté au patrimoine non affecté de l'EIRL par le jeu de la confusion des patrimoines pour cause de flux financiers anormaux (v. ss 109 ; A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *préc.* n° 646). Ce qui serait pour l'EIRL une sanction beaucoup plus sévère que la simple nullité de plein droit, en raison de la reconstitution d'une unicité de patrimoine par la « fusion » des patrimoines que l'EIRL avait voulu séparés et cloisonnés.

## § 9 La déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur

■ 350

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 632-1 du Code de commerce n'énumère plus seulement onze mais douze cas de nullité de droit. Ce douzième et nouveau cas concerne la nullité de plein droit de la *déclaration notariée d'insaisissabilité, souscrite par le débiteur après sa cessation des paiements, de sa résidence principale* ainsi que tout bien foncier bâti ou non bâti qu'il n'a pas affecté à son usage professionnel.

Cet ajout répare une omission.

Jusqu'à-là, faute de texte exprès en ce sens, la nullité de la déclaration d'insaisissabilité ne pouvait être prononcée. La jurisprudence s'était en effet refusée de considérer que la déclaration d'insaisissabilité puisse constituer une mesure conservatoire au sens de l'article L. 632-1 7° du Code de commerce, et avait ainsi conclu à la validité de l'acte même lorsqu'il avait été passé en période suspecte (Nancy, 23 mars 2011 : *JCP E* 2011, 1368, note Ch. Lebel).

## section 2

# Les actes frappés d'une nullité facultative

À la différence des nullités de droit, les *nullités facultatives* laissent au juge un pouvoir d'appréciation, ce qui n'exclut pas l'obligation d'avoir à motiver sa décision (Com. 12 janv. 2010, D. 2010. 204, obs. A. Lienhard ; JCP E 2010. 1296, obs. M. Cabrillac). Il peut ainsi considérer que les conditions de la nullité sont remplies mais refuser de la prononcer lorsque le cocontractant du débiteur ignorait la cessation des paiements au jour de la conclusion de l'acte litigieux. Cette appréciation se fait au cas par cas et la preuve de la connaissance (ou de l'ignorance) de la cessation des moyens sera établie par tous moyens et dépendra largement des circonstances et, plus particulièrement, de l'existence de relations d'affaires antérieures à l'acte (ex. : Paris, 13 déc. 2007, D. 2008. 221, obs. A. Lienhard).

351 ■

## § 1 Les actes à titre gratuit et la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur

Sont, tout d'abord, frappés de nullité facultative les actes gratuits translatifs de propriété mobilière ou immobilière *faits dans les six mois précédant la cessation des paiements* (C. com., art. L. 632-1, II). Cette nullité facultative complète la nullité de droit frappant les actes à titre gratuit accomplis depuis la cessation des paiements (v. ss 333). La défaveur dont les libéralités sont l'objet, en droit des procédures collectives, s'explique par le préjudice qu'elles causent à l'entreprise en vidant son actif sans contrepartie.

352 ■

Pour que la nullité facultative soit prononcée, il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire de la libéralité ait connu l'état de cessation des paiements. La simple connaissance de difficultés du débiteur suffit (Com. 25 juin 1991, *Rev. proc. coll.* 1992. 67, obs. Y. Guyon).

À cette première hypothèse de nullité facultative, l'ordonnance du 12 mars 2014 a ajouté celle relative à la nullité de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur lorsque la déclaration est intervenue dans les six mois précédant la date de la cessation des paiements. Cette nullité facultative, laissée à l'appréciation du tribunal, complète la nullité de droit frappant la déclaration d'insaisissabilité faite par le débiteur alors que ce dernier était déjà en cessation des paiements (v. ss 350).

## § 2 Le paiement de dettes échues et les actes à titre onéreux

L'article L. 632-2 du Code de commerce frappe de nullité facultative tous les paiements pour dettes échues ainsi que tous les actes à titre onéreux accomplis *à compter de la date de la cessation des paiements* dès lors que les créanciers qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

353 ■



Ce principe est aménagé lorsque le débiteur en cessation des paiements a payé au cours de la période suspecte une lettre de change, un billet à ordre ou un chèque. L'article L. 632-3 autorise, en ce cas, l'administrateur, ou le mandataire judiciaire, à exercer une *action en rapport*<sup>o</sup> contre celui qui a tiré profit de la mise en circulation du titre en ayant connaissance de la cessation des paiements du débiteur. Si cette preuve est rapportée, l'action en rapport permet à l'administrateur d'obtenir la restitution du montant de l'effet de commerce impayé.

■ 354

Dans tous les cas précités, la nullité facultative sanctionne le comportement du cocontractant qui a traité avec le débiteur, en ayant connaissance de son état de cessation des paiements.

Cette connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur est appréciée souverainement par les juges. À titre d'exemple, la connaissance d'une situation difficile ou du risque futur d'un état de cessation des paiements n'est pas jugée suffisante.

La connaissance de l'état de cessation des paiements doit en outre être personnelle au créancier. La preuve de cette connaissance peut être établie par tous moyens par l'administrateur ou le mandataire judiciaire. Ce qui autorise à prendre en compte, par exemple, les liens de parenté unissant les parties à l'acte, ou la qualité du créancier (associé, banquier).

### § 3 Les avis à tiers détenteur, la saisie attribution et l'opposition

■ 355

L'article L. 632-2 du Code de commerce dispose, en son alinéa 2, que tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut être annulé lorsque réalisé en période suspecte.

Ce cas de nullité facultative (introduit par la loi du 26 juillet 2005) n'a vocation à jouer que lorsque l'avis à tiers détenteur, la saisie attribution ou l'opposition a été délivré ou pratiqué par un créancier *après* la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci. Le législateur a souhaité sanctionner le créancier qui cherche à consolider sa situation *in extremis*. Ces voies d'exécution emportent en effet en faveur du créancier l'attribution immédiate des sommes saisies entre les mains des tiers ainsi que tous les accessoires.

## section 3

# Le régime de l'action en nullité

■ 356

Le régime de l'action en nullité est identique quelle que soit la nature de la nullité (nullité de droit ou nullité facultative) frappant l'acte conclu en période suspecte.

## § 1 Les titulaires de l'action

Aux termes de l'article L. 632-4 du Code de commerce, l'action en nullité est exercée par l'administrateur, par le mandataire judiciaire ou par le commissaire à l'exécution du plan. À cette liste, est ajouté le nom du ministère public. Ces personnes disposent d'un monopole, sans qu'il existe entre eux une hiérarchie. *Aucune autre personne ne peut réclamer l'annulation d'un acte ou d'un paiement effectué au cours de la période suspecte.* La jurisprudence antérieure a notamment refusé tout droit d'agir au créancier (Com. 6 mai 1997, *RTD com.* 1999. 201, obs. A. Martin-Serf), ainsi qu'au débiteur lui-même (Com. 12 juin 2001, *D.* 2001. AJ 2034, obs. A. Lienhard).

357 ■

## § 2 Le délai d'action

L'article L. 632-4 ne précise pas le délai dans lequel l'action en nullité doit être exercée. Il en était de même sous la loi du 25 janvier 1985. Compte tenu de ce silence, la Cour de cassation avait précisé que l'action ne pouvait plus être exercée après l'admission des créances par le juge-commissaire en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à sa décision (Com. 12 nov. 1991, *RTD com.* 1992. 692, obs. A. Martin-Serf ; v. ss 262 s.). Cette solution ne paraît pas devoir être remise en cause.

358 ■

## § 3 Les effets de la nullité

La nullité de droit comme la nullité facultative anéantit de manière rétroactive l'acte irrégulier et permet en conséquence, de « reconstituer l'actif du débiteur » (C. com., art. L. 632-4). La nullité fait peser à la charge du cocontractant l'obligation de restituer le bien (en nature ou à défaut en équivalent) ou le paiement reçu (Com. 22 oct. 1996, *Rev. sociétés* 1997. 586, note P. Didier).

359 ■

En revanche, aucune obligation de restitution ne pèse sur le débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation à propos du prix de cession d'un immeuble vendu en période suspecte (Com. 20 janv. 2009, v. ss « Documents »). L'acheteur du bien acquis en période suspecte n'a donc pas d'autre choix que de déclarer à la procédure la créance de prix de vente et à solliciter un relevé de forclusion si le délai de deux mois à expirer.

Pour leur part, les créanciers qui ont obtenu des sûretés, ou qui ont bénéficié de mesures conservatoires, en période suspecte voient leurs créances admises à titre chirographaire.

La nullité a un effet *erga omnes*. Elle produit ses effets même à l'égard du sous-acquéreur de bonne foi, c'est-à-dire ceux qui ignoraient l'état de cessation du débiteur. Selon la Cour de cassation, « ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire obstacle aux conséquences, vis-à-vis des sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité » prévue par la loi (Com. 3 févr. 1998, *D.* 1999. 185, note A. Bénabent ; v. ss « Documents »).

360 ■



## Compléments pédagogiques

# Mémo

La *période suspecte* est la *période comprise entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure*.

La période suspecte est destinée à *reconstituer l'actif de l'entreprise* en remettant en cause la *validité de certains actes conclus par le débiteur alors qu'il était déjà en cessation des paiements*.

Il ne peut pas y avoir de période suspecte lorsque la procédure est *une procédure de sauvegarde*.

La durée de la période suspecte ne peut *jamais être supérieure à plus de dix-huit mois*.

Si l'entreprise a été l'objet d'une *procédure de conciliation* ayant conduit à la conclusion d'un accord homologué, la période suspecte ne peut remonter à une date antérieure à la décision définitive d'homologation.

*Les actes conclus par le débiteur pendant la période suspecte sont frappés de nullité.*

Selon la nature de l'acte conclu, la nullité peut être une *nullité de droit* ou une *nullité facultative*.

Le régime de l'action et les effets de la nullité de droit et de la nullité facultative sont identiques.

L'action en nullité ne peut être exercée que par les organes de la procédure.

*Aucun délai d'action n'est prévu par la loi.*

L'acte accompli en période suspecte est nul. Cette nullité a un *effet erga omnes*, même vis-à-vis du cocontractant de bonne foi.

*Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), sont nulles de plein droit les affectations nouvelles ou les modifications d'affectation d'un bien décidées en période suspecte lorsqu'elles conduisent à un appauvrissement du patrimoine en procédure collective au bénéfice d'un autre patrimoine de l'EIRL.*

En période suspecte, *le prélèvement par l'EIRL des revenus nés de l'exploitation du patrimoine affecté au profit de son patrimoine non affecté n'est pas sanctionné par une nullité de droit.*

## Quid

### ■ Action en rapport n° 353

Action en restitution du montant d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque payé par le débiteur pendant la période suspecte.

### ■ Action paulienne n° 330

Action par laquelle le créancier fait révoquer les actes de son débiteur qui lui portent préjudice et qui ont été accomplis en fraude de ses droits (*Voc. Jur. Capitant*).

### ■ Contrat commutatif déséquilibré n° 334

Contrat à titre onéreux dans lequel les obligations du débiteur en cessation des paiements excèdent notablement celles de son cocontractant.

### ■ Indivisibilité du compte courant n° 343

Principe frappant d'indisponibilité les créances portées en compte courant jusqu'à la clôture de celui-ci.

### ■ Mode anormal de paiement n° 338

Mode de paiement qui n'est pas communément admis dans les relations d'affaires.

### ■ Nullité de droit n° 329

Nullité frappant certains actes accomplis par un débiteur en cessation des paiements pendant la période suspecte. Cette nullité s'impose au juge. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

### ■ Nullité facultative n° 329

Nullité frappant certains actes accomplis par un débiteur en cessation des paiements pendant la période suspecte. Le prononcé de cette nullité est laissé à l'appréciation souveraine du juge.

### ■ Période suspecte n° 328

Période comprise entre la date du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et la date de la cessation des paiements fixée par le tribunal.

## Documents

### 1) Les effets de la nullité des actes conclus en période suspecte à l'égard du sous-acquéreur de bonne foi

Com. 3 févr. 1998  
(D. 1999. 185, note A. Bénabent)

« Vu les articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985 [devenus les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce];

Attendu que, pour débouter le liquidateur de la société ICA de sa demande tendant à voir constater la nullité de la vente consentie par la SCI aux époux Herio et à voir rapporter par ceux-ci à la liquidation judiciaire le bien immobilier acquis, l'arrêt énonce que les époux Herio, dont la bonne foi n'est pas discutée, ne pouvaient légitimement déceler, au jour de leur acquisition, la cause de nullité susceptible d'invalider le titre de leur auteur et qu'ils sont fondés à se prévaloir

de leur erreur légitime et de la qualité apparente de propriétaire de la SCI pour échapper aux conséquences de la nullité et faire valider, par l'effet de la loi, leur titre ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire obstacle aux conséquences, vis-à-vis des tiers sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée par les articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

## 2) Portée de l'effet rétroactif de la nullité des actes conclus en période suspecte

Com. 20 janv. 2009

(*Dr. sociétés* 2009, comm. 80, obs. J.-P. Legros)

« Mais attendu que si, en principe, la créance de restitution du prix née de l'annulation d'une vente, prononcée postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la créance résultant de l'obligation de rembourser le prix de vente d'un immeuble, à la suite de l'annulation de cette vente, en application des articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce dans sa rédaction applicable en la cause, a, en revanche, son origine antérieurement au jugement d'ouverture ;

Et attendu que la cour d'appel, qui décide que la vente litigieuse doit être annulée avec effet rétroactif, ce qui impose, d'un côté, la restitution de l'immeuble par la SCI, de l'autre, la restitution du prix selon les règles applicables en matière de procédure collective, s'agissant d'une créance née avant l'ouverture de la procédure collective de la société MVM, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

## Biblio

- G. Blanc, « Les nullités de la période suspecte dans la loi du 26 juillet 2006 sur la sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006. 66 s.
- J.-D. Bretzner, « La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte », *Rev. proc. coll.* 1991. 377 s.
- E. Mouial-Bassilana, « L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde », *D.* 2006. Cahier dr. des aff. 1959 s.
- L. Sautonie-Laguionie, « L'EIRL et les nullités de la période suspecte », *BJE* 2011. 82 s.
- C. Pizzio-Delaporte, « L'action paulienne dans les procédures collectives », *RTD com.* 1995. 715.
- G. Teboul, « Le report de la date de cessation des paiements », *RJ com.* 2000. 204 s.
- G. Wicker, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006. 12 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. La durée de la période suspecte est :
  - a. librement fixée par le juge ;
  - b. limitée à dix-huit mois ;
  - c. limitée à dix-huit mois, renouvelable une fois pour trois mois.
2. En redressement judiciaire, l'action en nullité d'un acte conclu en période suspecte est exercée :
  - a. par l'administrateur ;
  - b. par le mandataire judiciaire ;
  - c. par le liquidateur.
3. La déclaration d'insaisissabilité de sa résidence principale souscrite par le débiteur avant la cessation des paiements est :
  - a. valable ;
  - b. frappée d'une nullité de droit ;
  - c. frappée d'une nullité facultative.
4. L'expression « contrat commutatif déséquilibré » désigne :
  - a. un contrat à titre gratuit lésionnaire pour le débiteur en cessation des paiements ;
  - b. un contrat à titre onéreux lésionnaire pour le débiteur en cessation des paiements ;
  - c. tout contrat lésionnaire pour le débiteur en cessation des paiements.
5. Le paiement d'une dette non échue en période suspecte est une cause de :
  - a. nullité de droit ;
  - b. nullité facultative ;
  - c. inopposabilité si le créancier avait connaissance de la cessation de paiement du débiteur.
6. Le paiement d'un chèque en période suspecte est sanctionné :
  - a. par une nullité de droit ;
  - b. par une nullité facultative ;
  - c. par une action en rapport.
7. L'inscription d'une sûreté en période suspecte est :
  - a. permise ;

- b.** interdite ;
  - c.** interdite si le créancier a eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur.
8. Le paiement en espèces d'une dette échue est :
- a.** toujours un mode anormal de paiement ;
  - b.** toujours un mode normal de paiement ;
  - c.** un mode normal de paiement lorsqu'un usage professionnel le prévoit.
9. La constitution d'une hypothèque en période suspecte est nulle de plein droit si elle garantit :
- a.** une dette née avant la cessation des paiements ;
  - b.** une dette née pendant la période suspecte ;
  - c.** une dette née après le jugement d'ouverture.
10. Un contrat de fiducie-sûreté peut être conclu en période suspecte s'il garantit le paiement :
- a.** d'une dette qui lui est antérieure ;
  - b.** d'une dette qui lui est concomitante ;
  - c.** d'une dette à venir.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Cas pratique

### Énoncé

Le 13 juillet 2016, la SARL Boiver a été mise en redressement judiciaire. La date de cessation des paiements a été fixée au 12 mai 2015, et, M<sup>e</sup> Dampier a été nommé administrateur. Celui-ci souhaiterait connaître votre avis sur la validité d'un certain nombre d'opérations conclues par la société avant l'ouverture de la procédure.

Le 5 janvier 2016, la SARL Boiver a vendu à la société Granit l'immeuble abritant son siège social pour le prix de 1 000 000 euros. Deux mois plus tard, la société Granit revendait l'immeuble pour le double de son prix d'achat à la société Dubois. La banque Leurvet, créancière de la société Boiver, menace d'agir en nullité de la vente.

Le 30 juin 2015, la SARL Boiver a cédé par bordereau Dailly à la Banque Leurvet quatre créances d'un montant total de 70 000 euros, détenues sur l'un de ses clients, pour rembourser un prêt que la Banque Leurvet lui avait accordé. Le même jour, elle a également consenti à la banque Leurvet un nantissement sur son fonds de commerce pour garantir un nouveau prêt dont l'échéance est prévue pour fin 2015.

*Que pouvez-vous conseiller à M<sup>e</sup> Dampier ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **b**; 2. **a. et b.** Il s'agit d'une compétence concurrente. Le fait qu'un administrateur ait été nommé lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire n'interdit donc pas au mandataire judiciaire d'agir en nullité; 3. **c.** Uniquement si la déclaration d'insaisissabilité a été souscrite dans les six mois précédant la cessation des paiements du débiteur; 4. **b**; 5. **a**; 6. **c.** Cette action, qui peut être exercée par le mandataire judiciaire ou l'administrateur (s'il en a été désigné un lors du jugement d'ouverture), permet la restitution du montant du chèque remis en paiement par le débiteur lors de la période suspecte; 7. **a**; 8. **b**; 9. **a**; 10. **b.**

### Cas pratique

Lorsque la cessation des paiements d'une entreprise est antérieure à la date du jugement d'ouverture, le tribunal peut en reporter la date. Ce report dans le temps de la date de cessation des paiements ne peut cependant excéder dix-huit mois, ni remonter à une date antérieure à la date de la décision définitive d'homologation lorsqu'un accord amiable a été conclu lors d'une procédure de conciliation antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective (C. com., art. L. 631-8). En l'espèce, la date de cessation des paiements est antérieure de quatorze mois à la date du jugement d'ouverture. En outre, aucune procédure de conciliation n'a précédé le redressement judiciaire. Les actes accomplis par le débiteur pendant cette période suspecte de quatorze mois sont donc susceptibles d'être annulés car ils sont présumés conclus en fraude des droits des créanciers (v. ss 328). La nullité des actes accomplis en période suspecte permet ainsi de reconstituer l'actif de l'entreprise.

#### I. Nullité de la vente de l'immeuble consentie en période suspecte

L'article L. 632-1, I 2° du Code de commerce déclare nul de plein droit « tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ». La vente d'un immeuble constitue sans conteste un contrat commutatif. En l'espèce, cette vente a été conclue pour le prix d'un million d'euros et l'immeuble a été revendu au double de ce prix par l'acheteur peu de temps après. Cette différence de prix peut laisser supposer que la vente est lésionnaire pour le vendeur. Toutefois, l'existence réelle d'un déséquilibre ne sera démontrée que si le prix de vente est notablement inférieur à sa valeur réelle. Pour l'établir, il sera nécessaire d'une part, de vérifier la valeur attribuée à l'immeuble dans le bilan de la société Boiver, et, d'autre part, de s'attacher aux prix pratiqués sur le marché immobilier à la date de la vente. Si, après ces vérifications, il s'avère que le prix de vente convenu entre les parties est notablement inférieur à la valeur réelle de l'immeuble, la nullité de la cession devra obligatoirement être prononcée par le juge, même si l'acheteur n'avait pas connaissance de la cessation des paiements du vendeur au jour de la vente. La nullité est ici une nullité de droit.

Conformément au droit commun, la nullité des actes accomplis en période suspecte a un effet rétroactif. L'acheteur est tenu de restituer le bien dont la propriété lui a été transmise en vertu de l'acte nul. Cette restitution doit être faite en nature. Mais, en l'espèce, l'immeuble a été revendu à un tiers. Cette aliénation constitue en principe un obstacle à la restitution de l'immeuble, et devrait par conséquent conduire à une



restitution en valeur. Cependant, la Cour de cassation décide que ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire obstacle aux conséquences, vis-à-vis des tiers sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée par les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce (Com. 3 févr. 1998, v. ss « Documents »). La solution déroge au droit commun des restitutions.

En revanche, la SARL Boiver étant en redressement judiciaire, le prix versé par l'acheteur lors de la conclusion du contrat de vente ne peut lui être restitué (v. Com. 20 janv. 2009, v. ss « Documents »). L'acheteur doit être considéré comme un créancier antérieur. Il lui appartient donc de déclarer sa créance pour pouvoir espérer participer à la distribution des dividendes, une fois que le tribunal aura statué sur le sort de l'entreprise.

## II. Action en nullité de la vente par un des créanciers du débiteur

La banque Leurvet, créancière de la société Boiver, menace d'agir en nullité de la vente de l'immeuble conclue avec la société Granit pendant la période suspecte. Cette action à l'initiative d'un des créanciers du débiteur en redressement judiciaire est exclue par l'article L. 632-4 du Code de commerce. Ce texte réserve en effet aux seuls organes de la procédure, et au ministère public le droit d'agir en nullité d'un acte conclu pendant cette période. En l'espèce, seul l'administrateur ou le mandataire judiciaire, chargé d'agir au nom et dans l'intérêt des créanciers, sont en droit de contester la validité de la vente sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce.

Mais, si le créancier ne peut agir directement sur le fondement de ce texte, la jurisprudence lui reconnaît le droit de contester la validité de l'acte conclu en fraude de ses droits sur le fondement de l'action paulienne (v. ss 330). Dans un arrêt du 8 octobre 1996, la Cour de cassation a en effet décidé que le monopole de représentation confié au mandataire judiciaire, en sa qualité de représentant des créanciers « ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'article 1167 du Code civil contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur » (Com. 8 oct. 1996, *D.* 1997. 87, note F. Derrida). Cette jurisprudence rendue en application de la loi de 1985 n'est pas remise en cause par la loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Pour que l'action introduite par la banque Leurvet puisse prospérer, il faudra qu'elle se conforme aux conditions d'exercice propres à l'action paulienne (C. civ., art. 1167). Ces conditions sont au nombre de deux : l'acte attaqué doit lui avoir causé un préjudice en appauvrissant son débiteur ; l'acquéreur doit avoir eu conscience que l'acte créait ou aggravait l'insolvabilité du débiteur. Cette preuve est en l'espèce aléatoire. Mais, si la banque arrive à l'établir l'acte frauduleux ne sera pas pour autant annulé. Dans l'arrêt du 8 octobre 1996 déjà cité, la Cour de cassation a en effet rappelé que la sanction de la fraude paulienne est l'inopposabilité de l'acte et non sa nullité.

## III. Validité de la cession de créances consentie à la banque pendant la période suspecte

Lors de la période suspecte, la SARL Boiver a cédé par bordereau Dailly à la Banque Leurvet plusieurs créances détenues sur l'un de ses clients pour rembourser un prêt que la banque lui avait accordé. L'opération s'analyse comme le paiement d'une dette

échue. Ce type de paiement est permis en période suspecte, sauf lorsque la dette est éteinte au moyen d'un mode de paiement non communément admis dans les relations d'affaires (C. com., art. L. 632-1, I, 4°).

Le paiement fait par cession de créances constitue-t-il un mode de paiement anormal ? Non car, en vertu de l'article L. 632-1, le paiement d'une dette échue par bordereaux de cession visés par la loi du 2 janvier 1981 (appelée également « cession par bordereau Dailly », v. ss chapitre 18) constitue toujours un mode de paiement normal. La validité du paiement aurait pu en revanche être contestée si la cession avait été faite dans les conditions de droit commun de l'article 1690 du Code civil. La Cour de cassation considère que ce mode de paiement n'est pas un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires, sauf si un usage professionnel en autorise l'utilisation (Com. 30 mars 1993, *D.* 1993. Somm. 320, obs. A. Honorat ; v. ss 338).

Cependant, si la validité du paiement ne peut être contestée sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 4° du Code de commerce, il pourrait l'être sur celui de l'article L. 632-2 qui frappe de nullité facultative « les paiements pour dettes échues effectuées après la date de cessation des paiements [...] si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ». En l'espèce, le paiement litigieux a été fait après la date de cessation des paiements. Mais, la banque avait-elle connaissance, au jour du paiement, de la cessation des paiements de son débiteur ? Cette preuve doit être rapportée par celui qui invoque la nullité. Elle incombe donc ici à l'administrateur qui devra rapporter, par tous moyens, la connaissance personnelle de la banque de l'impossibilité pour la SARL Boiver de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible. En l'espèce, cette preuve pourra certainement être établie eu égard à la qualité du créancier (v. ss 353).

#### IV. Validité du nantissement consenti sur le fonds de commerce en garantie d'un nouveau prêt

L'article L. 632-1, I 6° du Code de commerce frappe d'une nullité de droit « tout droit de nantissement constitué sur les biens du débiteur pour des dettes antérieurement contractées ». Le nantissement accordé par la SARL Boiver pendant la période suspecte n'a pas pour objet de garantir une dette antérieurement contractée mais une dette nouvelle. Le nantissement accordé ne peut donc être annulé. La naissance de la créance est en effet concomitante de la constitution du nantissement (en ce sens à propos de la constitution d'une hypothèque : Paris, 6 juill. 2001, *D.* 2001. AJ 2832 ; v. ss 341). L'article L. 632-2 ne peut pas non plus être invoqué au soutien d'une action en nullité. Ce texte ne concerne que le paiement de dettes échues et la conclusion d'actes à titre onéreux après la cessation des paiements.

L'acte est donc *a priori* inattaquable. Cependant, la Cour de cassation admet que la validité d'un acte, qui ne peut être attaquée sur le fondement des articles L. 632-1 ou L. 632-2, puisse être contestée sur le fondement de l'action paulienne en respectant les conditions posées par l'article 1167 du Code civil. Ici, il n'est pas sûr que la constitution d'un nantissement sur un fonds de commerce soit considérée par les juges comme un acte d'appauvrissement du débiteur. En outre, l'action paulienne ne peut pas être exercée par l'administrateur mais par l'un des créanciers du débiteur à titre individuel (Com. 8 oct. 1996, préc.) ou par le mandataire judiciaire au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers (Com. 13 nov. 2001, *D.* 2001. AJ 3617, obs. A. Lienhard).

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:785768303:88866152:196.200.176.177:1581012845

ch a p i t r e



# Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:785768303:88866152:196.200.176.177:981012845

## Plan analytique

### section 1

#### Les règles communes aux plans de sauvegarde et de redressement

- § 1 L'élaboration du plan
  - A. Le bilan économique et social de l'entreprise et le projet de plan
  - B. La consultation des créanciers
  - C. La consultation des créanciers obligataires
- § 2 L'adoption du plan par le tribunal
  - A. Le contenu du plan
  - B. Les effets du plan
- § 3 Les voies de recours contre le jugement arrêtant le plan

### section 2

#### Les règles propres au plan de sauvegarde et au plan de redressement judiciaire

- § 1 Le régime des licenciements pour motif économique
- § 2 Le sort des dirigeants
- § 3 Les restrictions aux droits des associés
- § 4 La situation des coobligés et « garants » du débiteur
- § 5 Les droits des créanciers non déclarants
- § 6 La cession et le sauvetage de l'entreprise
  - A. La cession et la sauvegarde
  - B. La cession et le redressement judiciaire

### section 3

#### Les règles propres au plan de sauvegarde arrêté lors d'une procédure de sauvegarde accélérée

- § 1 La prénégociation en conciliation du projet de plan de sauvegarde
- § 2 Les conditions d'adoption du plan de sauvegarde accélérée
  - A. Le délai d'arrêté du plan

- B. Sauvegarde financière accélérée et consultation des créanciers financiers et des obligataires
- C. L'arrêté du plan par le tribunal

## Compléments pédagogiques

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:785768303:88866152:196.200.176.177:1581012845

## Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise

Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ont pour point commun de commencer par une période d'observation (v. ss chapitre 6). La période d'observation est une période de diagnostic lors de laquelle sont appréciées la viabilité de l'entreprise et les possibilités de restructuration propres à en assurer la continuité sous la *gestion du débiteur*. La période d'observation a vocation à déboucher sur l'adoption d'un plan, appelé, selon les cas, « *plan de sauvegarde*<sup>o</sup> » ou « *plan de redressement*<sup>o</sup> ».

361 ■

Le régime juridique du plan de sauvegarde et du plan de redressement obéit à de nombreuses règles communes (section 1). L'article L. 631-19-I du Code de commerce dispose en effet que *les règles applicables au plan de sauvegarde sont applicables par renvoi au plan de redressement*. Cette identité de régime juridique n'est toutefois pas totale. Chaque procédure est soumise pour partie à un régime qui lui est spécifique et qui commande en conséquence une étude particulière (section 2). Ces différences tiennent pour l'essentiel au fait que le débiteur en redressement judiciaire est en cessation des paiements. Mais ce particularisme de régime a en outre été accentué par l'introduction récente de la procédure dite *sauvegarde accélérée*<sup>o</sup> (section 3).

362 ■

### section 1

## Les règles communes aux plans de sauvegarde et de redressement

La notion de plan est une notion complexe que le droit peine à cerner. Le plan n'est pas assimilable à un contrat judiciaire. Il est une *décision de justice* dont l'originalité principale réside dans son *caractère négocié*. Son élaboration est en effet soumise à une large consultation (§ 1) même si la décision finale concernant les mesures propres à permettre le redressement de l'activité appartient au seul tribunal (§ 2). Cette décision est susceptible de voies de recours (§ 3).

363 ■

### § 1 L'élaboration du plan

Quelle que soit la procédure (sauvegarde ou redressement judiciaire), le tribunal décide seul du sort de l'entreprise. Cette décision est cependant précédée d'une phase de préparation qui conduit à l'élaboration d'un bilan économique et social de l'entreprise ainsi que d'un projet de plan de sauvegarde ou de redressement (A) soumis à la consultation des créanciers (B).

364 ■



## A. Le bilan économique et social de l'entreprise et le projet de plan

■ 365 Le bilan économique et social<sup>o</sup> de l'entreprise est dressé par l'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'experts (C. com., art. L. 623-1). Ce bilan a pour objet de préciser l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Il est complété par un bilan environnemental, lorsque l'entreprise exploite des installations classées (C. com., art. L. 623-1, al. 3).

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, si aucun administrateur n'a été désigné, il n'est pas dressé de bilan économique, social et environnemental (C. com., art. L. 627-3). La situation de l'entreprise sera appréciée par le juge-commissaire en vertu des pouvoirs d'enquête qui lui sont reconnus par l'article L. 621-9 du Code commerce.

Au vu du bilan ou de l'enquête menée par le juge-commissaire, un projet de plan est alors établi. *Lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde*, ce plan est élaboré par le débiteur lui-même avec le concours de l'administrateur (C. com., art. L. 626-2). En revanche, *lorsque la procédure est une procédure de redressement judiciaire*, la règle est inversée : l'élaboration du plan incombe à l'administrateur, avec le concours du débiteur (C. com., art. L. 631-19, I). La différence de solutions s'explique par le fait que le débiteur en sauvegarde n'est pas en cessation des paiements et que la procédure a été ouverte à sa demande.

■ 366 Le contenu du projet de plan soumis au tribunal est strictement défini (C. com., art. L. 626-2 (S), L. 631-19, I (RJ)). Celui-ci comprend quatre volets. Il doit :

- déterminer les perspectives de redressement de l'entreprise en fonction des possibilités et des modalités de son (ou ses) activité, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles ;
- définir les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution ;
- exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité et le cas échéant les éventuels licenciements ;
- recenser, annexer et analyser les offres d'acquisition présentées par des tiers et indiquer la ou les activités dont l'arrêt ou l'adjonction est proposé pour permettre le redressement.

■ 367 *Des solutions particulières sont posées lorsque l'entreprise est une société.* Lorsque le projet de plan envisage une modification du capital social, celle-ci est subordonnée à l'approbation de l'assemblée générale des associés (C. com., art. L. 626-3 (S), L. 641-19, I (RJ)). Elle ne prendra effet que si le plan proposé est adopté par le tribunal (C. com., art. L. 626-3, al. 3).

## B. La consultation des créanciers

■ 368 La viabilité des propositions faites par l'administrateur (ou le débiteur) pour assurer la continuité de l'activité de l'entreprise nécessite la consultation préalable des créanciers.

Il est nécessaire de savoir si ces derniers sont d'accord avec les propositions de délais de paiement et de remises de dettes contenues dans le projet de plan. Cette

consultation a en principe un caractère individuel (1) mais une consultation collective est prévue lorsque l'entreprise emploie plus de cent cinquante salariés ou réalise un chiffre d'affaires de plus de 20 millions d'euros. Si l'un de ces deux seuils est franchi, les créanciers sont alors automatiquement regroupés en deux comités en fonction de la nature de leur créance (2).

### 1. La consultation individuelle des créanciers privés et publics

Les propositions de remises de dettes et de délais de paiement prévues par le projet de plan doivent être communiquées par l'administrateur judiciaire (ou, s'il n'en a pas été nommé par le débiteur) au mandataire judiciaire afin que l'accord individuel des créanciers soit recueilli (C. com., art. L. 626-5 (S), L. 631-19, I (RJ)).

*Cette consultation ne concerne que les seuls créanciers ayant régulièrement déclaré leur créance.* Car, à défaut de déclaration régulière, les créances sont inopposables à la procédure (v. ss chapitre 8).

La consultation des créanciers peut être faite soit par écrit, soit à l'occasion d'une réunion générale. Dans le premier cas, il est prévu que le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut *acceptation* (C. com., art. L. 626-5, al. 2).

À l'issue de la consultation, le mandataire judiciaire dresse un état des réponses qui lui ont été faites. Cet état est adressé au débiteur, à l'administrateur ainsi qu'aux contrôleurs (C. com., art. L. 626-7).

Les propositions de remises de dettes prévues par le projet de plan peuvent concerner aussi bien des créances privées que des créances publiques.

S'agissant de ces dernières, cette faculté est toutefois subordonnée à une condition (C. com., art. L. 626-6). Des remises (partielles ou totales) ne peuvent être accordées au débiteur qu'à la condition qu'elles soient faites « dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation ».

Cette condition est identique à celle prévue pour les remises de dettes accordées lors d'une procédure de conciliation (v. ss 59). Les remises accordées au débiteur concernent en outre les mêmes créances. Elles peuvent porter sur l'ensemble des impôts directs (principal, intérêts, pénalités, majorations, amendes). En revanche, s'agissant des impôts indirects, les remises sont limitées aux seuls intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes. En outre, il est prévu que les administrations financières comme les organismes de Sécurité sociale et les institutions gérant le régime d'assurance chômage ou chargées de la gestion des garanties complémentaires des salariés peuvent accorder des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou bien encore l'abandon de sûretés (C. com., art. L. 626-6, al. 4).

### 2. La consultation des comités de créanciers

Depuis la loi du 26 juillet 2005, lorsque l'entreprise emploie plus de cent cinquante salariés ou réalise plus de vingt millions d'euros de chiffre d'affaires, les *créanciers du débiteur dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure* sont de plein droit réunis en deux *comités de créanciers*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 626-30 (S), L. 631-1, al. 2 (RJ)) :

– le comité des sociétés de financement, des établissements de crédit et autres établissements assimilés (C. com., art. R. 626-55) ;

369 ■

370 ■

371 ■

– le comité des principaux fournisseurs de biens ou de services du débiteur.

Ces comités s'inspirent du droit des procédures collectives nord-américain, et plus particulièrement de la procédure dite du « *Chapter eleven* ». Leur création participe d'un mouvement de « contractualisation » du traitement des difficultés de l'entreprise. Les comités de créanciers ont en effet vocation non seulement à participer à l'élaboration du projet de plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise mais également à son adoption (v. ss 374).

Cette volonté d'associer plus étroitement les créanciers du débiteur à la solution de ses difficultés explique qu'en deçà des seuils fixés par la loi, le juge-commissaire peut, à la demande exclusive du débiteur ou de l'administrateur, en autoriser la création (C. com., art. L. 626-29, al. 2 (S), L. 631-1, al. 2 (RJ)). Cette décision constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours (C. com., art. R. 626-54).

#### a. Composition des comités de créanciers

■ 372

Les comités de créanciers sont constitués à l'initiative de l'administrateur judiciaire. La loi ne lui impose aucun délai. Il doit cependant agir au plus vite. L'article L. 626-34 du Code de commerce impose en effet que les comités de créanciers se prononcent sur un projet de plan dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture.

*Chacun des deux comités représente des intérêts catégoriels distincts.*

Le premier comité rassemble l'ensemble des établissements de crédit et établissements assimilés ainsi que tous les titulaires d'une créance (antérieure) acquise auprès d'un établissement de crédit (ou assimilé) ou auprès d'un fournisseur de biens ou de services (C. com., art. L. 626-30, al. 2 *in fine*). Cette extension permet de tenir compte du changement de créancier opéré par voie de circulation des créances avant le jugement d'ouverture. Peuvent ainsi siéger, au sein du comité des établissements de crédit, des créanciers n'ayant pas le statut d'établissement de crédit.

Le second comité regroupe de plein droit les « principaux fournisseurs de biens ou de services » du débiteur. Sont cependant exclus de ce comité les collectivités territoriales et leurs établissements publics (C. com., art. L. 626-30, al. 3).

La formule « principaux fournisseurs de biens ou de services » vise tout fournisseur dont la créance représente plus de 3 % du total des créances des fournisseurs. En deçà de ce seuil de 3 %, les fournisseurs sont automatiquement exclus du comité. Ils seront consultés dans les conditions prévues par l'article L. 626-5 (v. ss 368). Toutefois, ils peuvent être exceptionnellement intégrés dans le comité de créanciers sur sollicitation de l'administrateur, et sous réserve de leur acceptation d'y siéger (C. com., art. L. 626-30, al. 3 *in fine*).

■ 373

Une règle spéciale est posée s'agissant des transferts de créances intervenant après le jugement d'ouverture. L'article L. 626-30-1 du Code de commerce prévoit que l'obligation, ou la faculté, d'appartenir à un comité de créanciers constitue un *accessoire de la créance* qui se transmet de plein droit à ses titulaires successifs. Ce principe est d'ordre public.

Selon que le cédant est un établissement de crédit ou un fournisseur, le cessionnaire de la créance siégera dans l'un ou l'autre des comités (C. com., art. L. 626-30-1, al. 2).

Sont en revanche exclus du comité des établissements de crédit et du comité des fournisseurs, les créanciers « bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur » (C. com., art. L. 626-30, al. 4). Cette exclusion ne vaut toutefois que

pour les seules créances assorties d'une telle sûreté. Un créancier, bien que par ailleurs bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, pourra donc siéger au sein d'un des deux comités pour les créances qu'il détient contre le débiteur et dont le paiement n'est pas garanti par une fiducie-sûreté.

### b. Rôle des comités de créanciers

*Le rôle des comités de créanciers est identique d'un comité à un autre.*

En premier lieu, chaque comité est directement associé à l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement proposé par le débiteur avec le concours de l'administrateur. Ces derniers doivent, notamment, leur présenter les propositions de délais de paiement et/ou de remise de dettes destinées à la sauvegarde, ou au redressement, de l'activité de l'entreprise.

En second lieu, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, tout créancier membre d'un comité peut soumettre un projet de plan concurrent à celui proposé par le débiteur (C. com., art. L. 626-30-2 al. 1<sup>er</sup> *in fine*).

Tous les projets de plan sont l'objet, au sein de chaque comité, d'une discussion avec le débiteur et l'administrateur et peuvent donc être modifiés. En toute hypothèse, chaque projet doit être l'objet d'un vote dans un délai de vingt à trente jours après leur transmission (C. com., art. L. 626-30-2, al. 3).

Chaque comité de créanciers se prononce à « la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote » (C. com., art. L. 626-30-2, al. 4). Toutefois, les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification de leur droit ne prennent pas part au vote (C. com., art. L. 626-30-2, al. 5). En outre, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'administrateur doit être informé de l'existence de toute convention par laquelle le vote d'un créancier serait soumis à des conditions, ou qui aurait pour objet le paiement total ou partiel de sa créance par un tiers, afin de fixer les conditions et modalités de sa participation au vote du projet de plan. Une information identique est imposée en cas d'accord de subordination (C. com., nouv. art. L. 626-30-2, al. 3 *in fine*).

## C. La consultation des créanciers obligataires

Lorsque l'entreprise est une société par actions (SA, SAS ou société en commandite par actions) ou une SARL, et, que celle-ci a émis des obligations pour les besoins de son financement, les obligataires doivent être consultés (C. com., art. L. 626-32). Ces derniers, qu'ils soient titulaires d'obligations émises en France ou à l'étranger, doivent être réunis en assemblée générale afin de délibérer sur le projet de plan, adopté par les comités de créanciers.

Cette délibération a pour objet de discuter et de voter les délais de paiements et/ou les abandons de créances relatifs à leurs droits.

La décision est prise « à la majorité des deux tiers du montant des créances obligataires détenues par les porteurs ayant exprimé leur vote ».

## § 2 L'adoption du plan par le tribunal

Le plan de sauvegarde ou de redressement est arrêté par le tribunal *toutes les fois où il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée ou redressée par le débiteur* (C. com., art. L. 626-1 (S), L. 631-19, I (RJ)).

374 ■

375 ■

376 ■

Lorsque le projet de plan, élaboré par le débiteur, a été soumis au vote des comités de créanciers, et le cas échéant à l'approbation de l'assemblée des obligataires (v. ss 374 s.), le tribunal doit en outre s'assurer que « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés » (C. com., art. L. 626-31). Cette expression englobe non seulement les intérêts des créanciers, membres des comités, mais également les intérêts des créanciers « hors comité », c'est-à-dire ceux dont la créance est inférieure au seuil de 3% du montant total des créances des fournisseurs (v. ss 371).

Lorsqu'un projet de plan concurrent à celui proposé par le débiteur a été approuvé par les comités de créanciers, c'est le tribunal – et lui seul – qui choisira le plan qui lui semble le plus sérieux, c'est-à-dire celui le plus à même, en fonction des critères précités, à assurer la continuité de l'activité de l'entreprise et à garantir le paiement des créanciers (C. com., art. L. 626-30-2, al. 1<sup>er</sup> réd. Ord. du 12 mars 2014).

■ 377 *L'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement met fin à la période d'observation et aux restrictions apportées au pouvoir de gestion du débiteur.*

Bien que le débiteur soit laissé à la tête de l'entreprise, ce maintien s'accompagne le plus souvent d'une restructuration de l'activité de l'entreprise (A). En outre l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement est étroitement surveillée et contrôlée (B).

## A. Le contenu du plan

■ 378 L'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement conduit le plus souvent à une restructuration plus ou moins profonde des conditions d'exploitation de l'entreprise afin de garantir la poursuite de son activité pour l'avenir (1). Le plan arrêté par le tribunal définit également les conditions de l'apurement du passif né avant le jugement d'ouverture (2).

### 1. Les mesures de restructuration de l'entreprise

■ 379 Les mesures de restructuration destinées, selon l'expression du professeur Corinne Saint-Alary-Houin, à « remodeler » l'entreprise peuvent porter, selon les cas, soit sur son patrimoine (a), soit sur sa structure (b). Tel est le cas lorsque l'entreprise est une personne morale.

#### a. Les mesures modifiant le patrimoine de l'entreprise

■ 380 Trois types de mesures modifiant le patrimoine de l'entreprise peuvent être arrêtés par le plan de sauvegarde ou de redressement.

*Première mesure de restructuration :* le sauvetage de l'entreprise peut tout d'abord s'accompagner « de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession d'une ou plusieurs activités » (C. com., art. 626-1). Ces mesures de restructuration permettent au tribunal de réaliser un redéploiement des activités initiales de l'entreprise, en mettant notamment fin à des activités peu rentables. En pratique, l'adjonction d'une nouvelle branche d'activité est rare car elle est le plus souvent difficilement concevable ou réalisable. L'arrêt comme la cession de certaines activités sont les hypothèses les plus communes, et, contribuent directement au sauvetage de l'entreprise et donc à sa continuation.

*Lorsque la voie de la cession est choisie, elle ne peut pas se réaliser de gré à gré.* Les dispositions propres au plan de cession, prévues en cas de liquidation judiciaire, sont

en effet applicables par renvoi (C. com., art. L. 626-1, al. 2 (S), L. 631-32 (RJ)). Toutefois, des différences notables doivent être relevées selon que la procédure ouverte contre l'entreprise est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (v. ss 413 s.).

*Deuxième mesure de restructuration* : le tribunal peut prévoir la cession isolée de certains éléments de l'actif de l'entreprise. Le prix de vente est alors versé au débiteur, sauf lorsque l'actif vendu est grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque (C. com., art. L. 626-23). En ce cas, la quote-part du prix de cession correspondant aux créances garanties par ces sûretés doit être versée à la Caisse des dépôts et consignations. Ce prix sera ensuite versé aux créanciers bénéficiaires des dites sûretés ou titulaires d'un privilège général (C. com., art. L. 626-22). Ils reçoivent ainsi un paiement anticipé des dividendes prévus au plan mais avec une réduction proportionnelle au temps qui restait à courir (C. com., art. L. 626-22, al. 2).

381 ■

*Troisième mesure de restructuration* : le tribunal peut décider de l'inaliénabilité des biens<sup>o</sup> qu'il juge indispensables à la continuation de l'entreprise et qui ne pourront en conséquence être cédés sans son autorisation (C. com., art. L. 622-14). Cette mesure a pour but de maintenir dans le patrimoine de l'entreprise les biens jugés nécessaires à son sauvetage. Une limite importante est ainsi apportée à la liberté de disposition du débiteur.

382 ■

*L'inaliénabilité a un caractère nécessairement temporaire*. Sa durée est souverainement fixée par le tribunal, étant précisé que cette durée ne peut excéder celle du plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-14, al. 1<sup>er</sup>).

Tout acte passé en violation de l'autorisation du tribunal est nul. La nullité peut être prononcée à la demande de tout intéressé dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de sa publication, s'il est soumis à publicité (C. com., art. L. 626-14, al. 4).

## b. Les mesures modifiant la structure de l'entreprise

Lorsque l'entreprise est une personne morale, le plan doit mentionner les modifications des statuts nécessaires à la réorganisation de l'entreprise (C. com., art. L. 626-15). Ces modifications sont en principe celles qui ont été approuvées par l'assemblée générale des associés lors de la préparation du plan de sauvegarde ou de redressement. Cependant, le juge peut arrêter des modifications qui n'ont pas encore obtenu l'assentiment des associés (v. ss 367).

383 ■

Ces modifications consisteront le plus souvent en une modification du montant du capital social destinée, selon les cas, soit à apurer les pertes de l'entreprise (réduction du capital ou coup d'accordéon), soit à renforcer au contraire les fonds propres et ainsi permettre l'entrée de nouveaux associés dans le capital de la société (augmentation du capital social). Elles peuvent aussi viser à l'entrée de tiers dans le capital de la société par la voie de cession d'actions ou de parts sociales. En ce cas, il est expressément prévu, tant pour le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-3) que pour le plan de redressement (C. com., art. L. 631-19, II), que *les clauses d'agrément sont réputées non écrites*.

En toute hypothèse, ces modifications statutaires nécessaires à la restructuration du groupement ne peuvent être imposées aux associés par le juge. Ces derniers doivent y consentir en assemblée générale extraordinaire (Com. 15 janv. 1991, *Rev. sociétés* 1991. 383, note Y. Guyon). Toutefois, afin d'assurer l'exécution du plan,

l'ordonnance du 12 mars 2014 a assoupli les règles d'adoption (*quorum* et majorité) des résolutions par l'assemblée générale. L'article L. 626-16-1 nouveau du Code de commerce prévoit que le tribunal *peut* décider que l'assemblée devant statuer sur les modifications statutaires prévues par le plan, le fera « sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote ».

## 2. *L'apurement du passif*

■ 384 Le plan doit prévoir les conditions d'apurement du passif né avant l'ouverture de la procédure sous forme de délais de paiements et remises de dette (a). Ces mesures ne frappent pas tous les créanciers. Certains d'entre eux conservent, en raison de la nature de leur créance, un droit à un paiement immédiat (b).

### a. Remises de dettes et délais de paiements

■ 385 Les délais de paiements et/ou les remises de dettes arrêtés par le plan de sauvegarde ou de redressement peuvent avoir été *consentis par les créanciers eux-mêmes* lors de l'élaboration du plan, soit individuellement, soit dans le cadre des comités de créanciers (v. ss 368 et v. ss 374). En cette hypothèse, le tribunal se limite à en donner acte dans le jugement arrêtant le plan. Les mesures acquièrent alors un caractère obligatoire et s'imposent à l'ensemble des membres des comités de créanciers, y compris les minoritaires (C. com., art. L. 626-18). Elles peuvent néanmoins être réduites par le tribunal (C. com., art. L. 622-18, al. 1<sup>er</sup>).

■ 386 Pour les créanciers qui ont refusé expressément les propositions de règlement du passif lors de l'élaboration du projet, *le tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement. Il ne peut en revanche imposer aucune remise de dette.*

La durée de ces délais de paiement ne peut excéder celle du plan de sauvegarde ou de redressement. Une exception est apportée s'agissant des créances à terme lorsque des délais supérieurs à ceux prévus par le plan ont été stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure. En cette hypothèse, ces délais sont maintenus et peuvent en conséquence excéder la durée du plan (C. com., art. L. 626-18, al. 1<sup>er</sup>).

Le plan peut également *prévoir un choix pour les créanciers* en leur proposant un paiement dans des délais uniformes plus brefs en contrepartie d'une réduction proportionnelle de la créance. Cette réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan pour son paiement (C. com., art. L. 626-19).

### b. Les créances non soumises aux délais et remises

■ 387 À moins que les créanciers n'y aient expressément consenti, certaines créances ne peuvent faire l'objet de remises et/ou de délais de paiement. Elles sont limitativement énumérées par l'article L. 626-20 du Code de commerce.

Il s'agit :

- des *créances salariales* garanties par le superprivilège des salariés. Cette exception s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les sommes sont dues aux salariés ou à l'AGS, subrogée dans leurs droits après leur avoir fait avance de ces sommes (C. com., art. L. 626-20, I, 1<sup>o</sup>);
- des *créances résultant d'un contrat de travail* garanties par le privilège général des salaires prévu par les articles 2101 4<sup>o</sup> et 2104 2<sup>o</sup> du Code civil mais à la condition

d'avoir été avancées par l'AGS ou d'avoir fait l'objet d'une subrogation au profit d'un tiers. Ces créances ne sont par conséquent pas exclues du plan lorsque le salarié en est toujours titulaire (C. com., art. L. 626-20, I, 2° C com.);

– des *petites créances* (C. com., art. L. 626-20, II). Cette expression vise les créances les plus faibles. Celles-ci sont remboursées sans délai, ni remise. Toutefois, ce remboursement s'opère dans l'ordre croissant de leur montant, sans que chacune puisse excéder 300 euros, et dans une limite de 5 % du passif estimé. Il s'agit là de conditions cumulatives;

– des *créances privilégiées* lorsque le bien sûr lequel porte la garantie sort du patrimoine du débiteur lors de l'exécution du plan (C. com., art. L. 626-22). En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, les créanciers titulaires de ces sûretés ou d'un privilège général sont ainsi payés sur le prix, après paiement des créances salariales superprivilégiées et suivant leur rang (v. ss 377);

– et, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, des *créances garanties par le privilège de conciliation*. Cette extension renforce considérablement la force du privilège de conciliation, et l'intérêt de la procédure du même nom. Les créanciers qui ont participé, préventivement, au redressement de l'activité de l'entreprise ont en effet aujourd'hui l'assurance qu'ils ne seront pas considérés comme des créanciers antérieurs comme les autres, en cas d'ouverture d'une procédure collective ultérieure. À la différence des autres créanciers antérieurs, leur paiement ne s'effectue pas selon le plan, mais hors plan, à défaut d'un accord exprès de leur part (F-X. Lucas et F. Pérochon : « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? », *BJE* 2012. 341).

Des règles spéciales sont également posées pour le *contrat de crédit-bail* lorsque le crédit preneur (c'est-à-dire le débiteur) lève l'option avant l'expiration des délais arrêtés par le plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-18, al. 4 réd. Ord. du 12 mars 2014). En ce cas, la levée d'option par le débiteur impose le règlement de l'intégralité des sommes dues, même antérieures au jugement d'ouverture, dans la limite cependant « de la réduction dont elles font l'objet dans le plan sous forme de remises ou de délais ».

388 ■

## B. Les effets du plan

À compter de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement, le débiteur recouvre la plénitude des pouvoirs de gestion qui étaient les siens avant l'ouverture de la procédure. L'adoption d'un plan met en effet fin à la période d'observation, et donc à la mission de l'administrateur judiciaire, s'il en a été nommé un.

389 ■

L'exécution du plan est toutefois soumise au contrôle d'un nouvel organe : le *commissaire à l'exécution du plan*<sup>o</sup> (1). Le plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal n'est pas intangible. Il peut être modifié en cours d'exécution, si nécessaire (2). Lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements, le tribunal peut prononcer la résolution du plan (3).

### 1. Les conditions d'exécution du plan

L'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement met un terme aux restrictions apportées au pouvoir de gestion du débiteur depuis l'ouverture de la procédure. Ces restrictions ne s'imposent plus puisque les difficultés à l'origine de la procédure collective ont disparu.

390 ■



Toutefois, le débiteur reste soumis à certaines contraintes tant que le plan n'est pas totalement exécuté. Il lui est ainsi interdit de payer les créanciers antérieurs en méconnaissance du plan (C. com., art. L. 626-2 ; v. ss 391) ou de céder sans autorisation préalable du tribunal les biens déclarés par lui inaliénables (C. com., art. L. 626-14 ; v. ss 382).

■ 391

L'adoption du plan ne marque pas pour autant la fin de la mission des organes de la procédure. Le mandataire judiciaire demeure en fonction pour achever la vérification des créances et établir l'état définitif des créances (C. com., art. L. 626-24, al. 2). Pour sa part, l'administrateur peut être chargé par le tribunal d'effectuer les actes nécessaires à la mise en œuvre du plan (C. com., art. L. 626-24, al. 1<sup>er</sup>). Il s'agit là d'une mission facultative dont l'étendue est librement fixée par le tribunal.

Un nouvel organe va en outre entrer en scène. Le tribunal doit en effet nommer un commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan (C. com., art. L. 626-25). Cette fonction est confiée, au choix du tribunal, au mandataire judiciaire ou bien encore à l'administrateur judiciaire, s'il en a été désigné un lors de l'ouverture de la procédure.

Le *commissaire à l'exécution du plan*<sup>o</sup> a pour mission générale de veiller à la bonne exécution du plan. Il est ainsi le seul :

- à pouvoir encaisser les dividendes et à les répartir entre les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés dont la créance a été admise à titre définitif au passif de l'entreprise (C. com., art. L. 626-21, al. 4) ;
- à pouvoir continuer les actions introduites par le mandataire judiciaire ou l'administrateur avant l'arrêt du plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-25, al. 2) ;
- à pouvoir engager de nouvelles actions dans l'intérêt collectif des créanciers (C. com., art. L. 626-25, al. 3).

## 2. La modification du plan en cours d'exécution

■ 392

Le plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal peut être modifié en cours d'exécution. La procédure de modification est différente selon que la modification est une « modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan » ou une modification vénielle, c'est-à-dire de détail ou secondaire (C. com., art. L. 626-26).

*Lorsque la modification est substantielle, le tribunal est seul compétent pour modifier le plan.* Cette modification ne peut être demandée que par le débiteur, sur rapport du commissaire à l'exécution du plan.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le commissaire à l'exécution du plan dispose dorénavant du pouvoir de saisir directement le tribunal lorsqu'il estime que « la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers » (C. com., art. L. 626-26, al. 1<sup>er</sup> réd. Ord. du 12 mars 2014). Cet ajout est destiné à faire profiter les créanciers d'un retour à meilleure fortune du débiteur en cours d'exécution du plan.

Dans tous les cas, le tribunal ne peut se prononcer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ainsi que toute personne intéressée (C. com., art. L. 626-26, al. 2).

À l'opposé, lorsque la modification est une modification secondaire, il semble qu'elle puisse être faite à l'initiative du débiteur seul.

Toute la difficulté réside dans la notion même de « modification substantielle ». Cette notion n'est pas clairement définie par la loi. Et la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de l'expliciter. La seule indication fournie par l'article L. 626-26 du Code de commerce est que le caractère substantiel de la modification doit être apprécié au regard des objectifs ou moyens initiaux du plan, ou de l'évolution de la situation du débiteur.

Selon la doctrine, tel sera le cas des modifications relatives aux conditions d'apurement du passif lorsqu'elles sont destinées à obtenir de nouveaux délais de paiement. Étant alors précisé que si la modification touche à des mesures votées par les comités de créanciers, le tribunal devra obtenir l'accord de ces derniers (C. com., art. L. 626-31).

Tel sera également le cas des modifications relatives à la restructuration de l'entreprise notamment lorsque le débiteur souhaite obtenir la levée de l'inaliénabilité frappant certains de ses biens.

Dans le doute quant à la nature de la modification envisagée, le débiteur a intérêt à consulter le commissaire à l'exécution du plan afin de s'assurer que la modification qu'il entend apporter seul au plan est une modification non substantielle, et, éviter ainsi le prononcé d'une résolution du plan.

### 3. Les sanctions de l'inexécution du plan

C'est au commissaire à l'exécution du plan qu'il incombe de rendre compte au président du tribunal ainsi qu'au ministère public de toute inexécution du plan par le débiteur (C. com., art. L. 626-25, al. 5). Selon les cas, l'inexécution peut avoir pour cause une inexécution volontaire et donc fautive du débiteur, mais elle peut également être la manifestation d'un nouvel état de cessation des paiements. La sanction n'est pas alors totalement identique. Dans le premier cas, le tribunal pourra décider de la résolution du plan (a). Dans le second cas, la résolution s'accompagnera de la conversion de la procédure en une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (b).

#### a. La résolution du plan

La résolution du plan en cas d'inexécution par le débiteur de ses engagements dans les délais arrêtés par le tribunal peut être prononcée à la demande d'un créancier, du commissaire à l'exécution du plan ou du ministère public (C. com., art. L. 626-27, II).

*Le prononcé de la résolution ne constitue cependant qu'une simple faculté pour le juge* (C. com., art. L. 626-27, I, al. 2). Il lui appartient d'apprécier souverainement l'importance et la gravité de l'inexécution reprochée au débiteur.

*Toute inexécution peut donner lieu à résolution*, et non pas seulement l'inexécution des engagements financiers. La loi du 26 juillet 2005 reconduit ici les solutions introduites par la loi du 10 juin 1994. La doctrine estime également (bien que la loi ne le précise pas) que la sanction de la résolution s'applique de manière générale sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait que l'inexécution porte sur une obligation du débiteur ou un engagement pris par un tiers et inclus dans le plan. La jurisprudence l'a admis sous l'empire du droit antérieur à propos du refus des associés de voter en assemblée l'augmentation de capital social prévue par le plan (Com. 15 janv. 1991, *Rev. sociétés* 1991. 383, note Y. Guyon).

393 ■

394 ■

395 ■

■ 396

Lorsqu'elle est prononcée, la résolution entraîne l'anéantissement du plan ce qui conduit à mettre fin aux opérations et à emporter la déchéance de tous les délais de paiement accordés au débiteur.

*La résolution n'a pas d'effet rétroactif.* Les paiements et les actes accomplis par le débiteur, avant la résolution, ne sont pas remis en cause (C. com., art. L. 626-27, I, al. 5).

**b. Le prononcé d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire**

■ 397

La résolution du plan peut s'accompagner du prononcé de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. L'application de ce principe suppose cependant de distinguer selon que le plan résolu est un plan de sauvegarde ou de redressement.

*Lorsque le plan est un plan de sauvegarde,* le prononcé d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire nécessite que le tribunal établisse que le débiteur est « tombé » en cessation des paiements en cours d'exécution du plan (ex. : non-paiement des créances nées postérieurement au plan) (C. com., art. L. 626-27, I, al. 4). Si tel n'est pas le cas, le jugement prononçant la résolution du plan mettra simplement fin à la procédure de sauvegarde. Les créanciers du débiteur recouvreront l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite cependant des sommes qu'ils ont perçues en exécution du plan résolu. De même, la résolution emportera déchéance de *tous* les délais de paiement accordés par le plan (C. com., art. L. 626-27, I, al. 5).

En revanche, si la preuve d'un état de cessation des paiements du débiteur est établie, le tribunal devra, lui-même, choisir entre le prononcé d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Le choix entre l'une ou l'autre de ces deux procédures dépendra directement des possibilités de redressement de l'entreprise (C. com., art. L. 626-27, I, al. 4). S'il apparaît que le redressement de l'entreprise (et donc son sauvetage sous la direction du débiteur) est impossible, une procédure de liquidation judiciaire devra obligatoirement être prononcée.

*Lorsque le plan résolu est un plan de redressement* et que le débiteur se trouve de nouveau en état de cessation des paiements, le choix du tribunal est singulièrement restreint. Il doit prononcer la liquidation judiciaire du débiteur (C. com., art. L. 631-20-1).

■ 398

La procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte après résolution du plan de sauvegarde ou de redressement constitue *une nouvelle procédure distincte de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire initialement ouverte* (C. com., art. L. 626-27, III).

Toutes les remises et délais accordés par le plan deviennent de ce fait caducs (v. ss 381). Cependant, les créanciers qui étaient soumis au plan sont dispensés de déclarer une nouvelle fois leurs créances et sûretés, même si leur créance n'a pas été définitivement admise au passif de la procédure au moment de la résolution du plan (Cass., avis, 17 sept. 2012 : D. 2012. 2360, note P.-M. Le Corre ; *Adde* : C. com., art. L. 626-27, III réd. Ord. du 12 mars 2014). Ces créances sont admises de plein droit, déduction faite des sommes perçues en exécution du plan résolu (C. com., art. L. 626-27, III).

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, sont également exclus de l'obligation de déclaration à la nouvelle procédure, les créanciers postérieurs privilégiés, c'est-à-dire ceux dont la créance est née après le jugement d'ouverture de la première procédure de sauvegarde ou de redressement et pour les besoins de celle-ci (v. ss chapitre 9).

Toutefois, cet avantage est réservé aux seuls créanciers postérieurs privilégiés ayant porté leur créance à la connaissance, selon les cas, de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du commissaire à l'exécution du plan dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation (C. com., art. L. 626-27, III réd. du Ord. 12 mars 2014).

L'obligation de déclaration s'impose en revanche :

- aux créanciers qui lors de la procédure initialement ouverte n'avaient pas procédé à cette déclaration. Une « seconde chance » leur est ainsi offerte si leur créance n'est pas prescrite ;

- et aux créanciers dont le droit est né pendant la période d'exécution du plan.

Tous ces créanciers sont considérés comme des créanciers antérieurs dans la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à la suite de la résolution du plan (Com. 3 avr. 1990, *D.* 1990. 385, note M. Jeantin).

À l'image des solutions posées hier par la Cour de cassation, il semble qu'un nouveau délai de revendication soit ouvert aux propriétaires, qui n'ont pas agi dans le délai préfix de trois mois lors de la première procédure (Com. 20 juin 1995, *Rev. proc. coll.* 1995. 482, obs. B. Soinne ; v. ss chapitre 11).

### § 3 Les voies de recours contre le jugement arrêtant le plan

La décision arrêtant ou rejetant un plan de sauvegarde ou de redressement peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation (C. com., art. L. 661-1, I, 2°).

Ces voies de recours sont largement ouvertes et peuvent être exercées par :

- le débiteur, même si un administrateur judiciaire a été nommé avec mission de représentation (Com. 22 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 154) ;

- l'administrateur ;

- le mandataire judiciaire ;

- le ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale ;

- le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel. Il est toutefois prévu qu'en l'absence de toute institution représentative du personnel au sein de l'entreprise, les recours sont alors exercés par le représentant des salariés, nommé par le tribunal lors du jugement d'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 661-1, III).

Au final, cette énumération exclut les créanciers. Ceux-ci n'ont pas qualité pour agir contre le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement. Ils ne peuvent pas davantage exercer de tierce opposition contre la décision prononçant la résolution du plan (C. com., art. L. 661-3, al. 3).

L'appel formé contre la décision adoptant ou rejetant le plan n'a pas d'effet suspensif. Une exception est posée s'agissant de l'appel formé à l'initiative du ministère public (C. com., art. L. 661-1, II). En cette hypothèse, la période d'observation est automatiquement prolongée jusqu'à l'arrêt de la cour d'appel (C. com., art. L. 661-9, al. 2).

399 ■

400 ■

section **2**

## Les règles propres au plan de sauvegarde et au plan de redressement judiciaire

- 401 Bien que soumis à un régime juridique commun, le plan de sauvegarde et le plan de redressement présentent des traits caractéristiques qui leur sont propres. Des règles particulières sont posées à propos des licenciements pour motif économique prévus par le plan au soutien du sauvetage de l'entreprise (§ 1). L'avenir des dirigeants n'est pas non plus identique (§ 2). Il en va de même des droits des créanciers non déclarants (§ 3). En outre, la situation des coobligés et « garants » diffère selon la nature du plan (§ 4). Enfin, si la possibilité d'adopter un plan de cession est largement entendue en cas de redressement judiciaire, elle est soumise à un régime strict lorsqu'une procédure de sauvegarde a été ouverte (§ 5).

### § 1 Le régime des licenciements pour motif économique

- 402 La réorganisation de l'entreprise par voie de plan peut conduire à des licenciements. Le plan peut notamment prévoir l'arrêt d'une ou plusieurs activités (C. com., art. L. 626-1, al. 2 (S), L. 631-19 (RJ)).

*Lorsque le plan est un plan de sauvegarde, les licenciements pour motif économique sont arrêtés par le tribunal après avoir entendu les représentants du comité d'entreprise (ou, à défaut, les délégués du personnel) et recueilli l'avis du ministère public (C. com., art. L. 626-2, al. 3, L. 626-9). Les licenciements arrêtés devront être effectués selon le droit commun des licenciements économiques.*

- 403 *En cas de plan de redressement, le tribunal ne peut arrêter le plan qu'après consultation du comité d'entreprise (ou, à défaut, des délégués du personnel) et information de l'autorité administrative compétente (C. com., art. L. 631-19, III). Les licenciements prévus par le plan doivent obligatoirement intervenir dans un délai d'un mois après le jugement arrêtant le plan de redressement. Ce délai constitue une condition de la garantie financière de l'AGS. Sa violation n'est pas sanctionnée par la nullité mais par la simple allocation de dommages et intérêts (Soc. 10 juill. 2002, Act. proc. coll. 2002, n° 182, obs. C. Régnaud-Moutier)*

*Les licenciements s'opèrent selon une procédure simplifiée dérogeant au droit commun des licenciements économiques. Ceux-ci interviennent sur simple notification de l'administrateur mais dans le respect des délais de préavis prévus par la loi, les conventions et accords collectifs (C. com., art. L. 631-19, III, al. 2).*

- 404 La qualification de « licenciement pour motif économique » n'est réservée qu'aux seuls licenciements prévus par le plan de redressement. En conséquence, les licenciements auxquels il serait procédé en dehors des prévisions du plan constituent des licenciements sans cause réelle et sérieuse, sauf s'ils se fondent sur des faits nouveaux survenus entre la date du jugement ayant arrêté le plan et celle de la décision de

licenciement (en ce sens sous le droit antérieur : Com. 12 déc. 2001, *JCP E* 2002. 807, n° 13, obs. Ph. Pétel).

## § 2 Le sort des dirigeants

Lorsque la procédure est une procédure de redressement judiciaire, l'adoption du plan peut être subordonnée à l'éviction des dirigeants si le ministère public en fait la demande (C. com., art. L. 631-19-1).

La demande du ministère public qui doit être faite par écrit (C. com., art. R. 631-34-1 ; Com. 22 mai 2013, *JCP E* 2013. 1357, note A. Cerati-Gauthier) peut avoir pour objet :

- soit de subordonner l'adoption du plan de redressement au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ;
- soit de prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par les dirigeants de droit ou les *dirigeants de fait*<sup>9</sup>. Les dirigeants conservent néanmoins l'exercice du droit de vote attaché aux droits sociaux déclarés incessibles. Mais, rien n'interdit au tribunal de décider que le droit de vote sera exercé par un mandataire de justice, pour une durée qu'il fixe (C. com., art. L. 631-19-1, al. 2). Ce mandataire peut être l'administrateur judiciaire (C. com., art. R. 631-34-3) ;
- soit, enfin, de prononcer la cession forcée des titres détenus par les dirigeants de droit ou de fait. Le prix de cession est fixé à dire d'expert, et, les clauses d'agrément ou de préemption stipulées notamment dans les statuts sont inopposables. Autrement dit, le changement d'associé ou d'actionnaire s'impose à la société.

Une exception est posée à la rigueur de cette solution : l'éviction des dirigeants comme l'incessibilité ou la cession forcée des parts sociales ou actions sont impossibles lorsque la société exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire (C. com., art. L. 631-19 -1, al. 4). Cette exception concerne, à titre d'exemples, les sociétés d'avocats ou de médecins ainsi que les offices de notaires.

Les dirigeants évincés ne sont pas sans recours. Ils peuvent former appel de la décision du tribunal en contestant que la mesure adoptée n'est pas nécessaire à la survie de l'entreprise, et donc à son redressement (Com. 26 juin 2001, *D.* 2002. Somm. 1482, obs. A. Honorat ; *JCP E* 2002. 121, obs. Ph. Pétel). En revanche, la Cour de cassation a décidé que la cession forcée prévue par le Code de commerce ne constituait ni une violation de l'article 1 du Protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ni de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni de l'article 544 du Code civil au motif que *la cession forcée des parts sociales ou actions est justifiée par l'intérêt général* (Com. 12 juill. 2005, v. ss « Documents »).

## § 3 Les restrictions aux droits des associés

Au fil des réformes, le législateur rogne progressivement la souveraineté des assemblées générales, et ceci afin d'organiser – contre la volonté des associés – le sauvetage de l'activité de la société en difficulté et des emplois qui y sont attachés.

405 ■

406 ■

407 ■

En ce sens, il est désormais prévu depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 que lorsque *le plan est un plan de redressement et si les associés n'ont pas voté la reconstitution des capitaux propres nécessaire à l'entrée d'un ou de nouveaux associés*, l'administrateur peut demander la désignation d'un mandataire de justice, chargé de convoquer l'assemblée générale et de voter la reconstitution du capital à la place du ou des associés opposants (C. com., art. L. 631-9-1). Cette solution permet de passer outre le refus des associés et de les obliger à respecter le plan arrêté par le tribunal.

■ 408

Dans le même but, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi « Macron » organise l'adoption forcée du plan de redressement lorsque l'opposition des associés porte sur la reprise du capital social par un tiers ou par l'un d'entre eux. Cette mesure est toutefois strictement entendue (C. com., nouv. art. L. 631-19-2).

D'une part, elle ne joue que pour les sociétés les plus importantes : soit parce qu'elles emploient au moins 150 salariés, soit parce qu'elles constituent une entreprise dominante d'une ou plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés.

D'autre part, le caractère exceptionnel de son application est renforcé par les exigences suivantes :

- la cessation de l'activité de l'entreprise doit être de nature à causer *un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* ;

- les possibilités d'une reprise externe, c'est-à-dire par voie d'une cession totale ou partielle de l'activité, *doivent avoir été examinées en vain* (en d'autres termes, la reprise interne est conçue comme un mode de reprise subsidiaire) ;

- enfin, la modification du capital par reprise interne doit avoir été refusée par les associés ou les obligataires alors qu'elle apparaît comme la meilleure solution pour garantir la poursuite de l'activité et éviter le trouble à l'emploi.

Si toutes ces conditions sont réunies, le tribunal peut alors prendre une mesure de « dilution forcée » ou au contraire de « cession forcée » (C. Saint Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ-Lextenso, 2016, n° 1196), c'est-à-dire :

- soit désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des associés et de voter l'augmentation de capital aux lieu et place des associés opposants, et ainsi passer outre leur refus.

- soit ordonner la cession de tout ou partie des droits sociaux détenus par les associés qui se sont opposés à la modification de capital lorsqu'ils sont majoritaires en droit de vote ou disposent d'une minorité de blocage.

■ 409

Le dispositif du nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce a été critiqué au motif qu'il organiserait une expropriation forcée frappée d'inconstitutionnalité. Cependant, certains auteurs estiment à juste raison que la loi « Macron » participe de la reconnaissance d'un « devoir d'actionnaire » de participer au redressement de la société en difficulté, qui expose les associés/actionnaires, refusant de contribuer au financement de la restructuration de la société, à être évincés au profit de tiers jugés par le tribunal aptes à prendre le contrôle de la société et à en assurer le redressement de l'activité (F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2016, n° 330).

Pour sa part, le Conseil constitutionnel a considéré, dans une décision du 5 août 2015, que la procédure d'éviction instituée et les garanties mises en place assuraient le respect des droits des associés. L'article L. 631-19-2 prévoit notamment que la décision du tribunal est adoptée à l'issue d'un débat public en présence du ministère public qui comprend l'audition des associés concernés mais aussi celle des dirigeants,

des créanciers et des tiers qui se sont engagés à exécuter le plan ainsi que des représentants du personnel.

Par ailleurs, il est prévu que la valeur des titres cédés est fixée par le tribunal, que le paiement du prix s'effectue au comptant sous peine de résolution judiciaire de la souscription ou de la cession des titres, et que le repreneur doit conserver les titres cédés pendant une durée fixée par le tribunal qui ne peut toutefois excéder la durée du plan.

## § 4 La situation des coobligés et « garants » du débiteur

Le jugement qui arrête le plan de sauvegarde ou de redressement en rend les dispositions opposables à tous (C. com., art. L. 626-11, al. 1<sup>er</sup> (S), L. 631-19 (RJ)).

*En cas de plan de sauvegarde*, il est fait cependant exception à ce principe en faveur des personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (ex. : cautionnement simple ou solidaire, garantie autonome, lettre d'intention) ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie (ex. : cautionnement réel, fiducie-sûreté) (C. com., art. L. 626-11, al. 2). *Les coobligés et « garants » personnes physiques peuvent donc se prévaloir des remises de dettes ainsi que des délais de paiement arrêtés par le plan de sauvegarde en faveur du débiteur* (Com. 10 janv. 2012 : D. 2012. 215, obs. A. Lienhard ; JCP E 2012, 1227, obs. Ph. Pétel).

À l'opposé, l'exception n'interdit pas aux créanciers du débiteur d'agir en recouvrement de leur créance contre les coobligés et « garants » personnes morales alors que pourtant un plan de sauvegarde a été arrêté. La solution a essentiellement pour but d'inciter le débiteur, qui éprouve des difficultés, à solliciter au plus tôt l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, c'est-à-dire avant d'être en cessation des paiements. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde l'assure en effet que les remises de dette ou les délais de paiement arrêtés par le plan lui bénéficieront lorsqu'il s'est porté, en sa qualité de dirigeant, caution ou plus largement « garant » des dettes de la société. De même, lorsque l'entreprise est une entreprise individuelle, la règle protège le conjoint du débiteur lorsqu'il a accepté de garantir les dettes de l'entreprise. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde et l'adoption d'un plan à l'issue de la période d'observation le protégeront de toute action des créanciers du débiteur.

*En cas de plan de redressement*, la situation des coobligés et des personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie est beaucoup moins enviable. L'article L. 631-20 exclut l'application de l'article L. 626-11 lorsque le plan adopté est un plan de redressement. Cette exclusion est générale. Elle s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou qui ont affecté ou cédé un bien en garantie.

En conséquence, les créanciers du débiteur conservent intact leurs recours à échéance pour la totalité de leur créance contre tous les coobligés et « garants » personnes physiques ou personnes morales puisque ceux-ci ne peuvent se prévaloir des remises de dette et délais de paiement arrêtés par le plan de redressement en faveur du débiteur.

410 ■

411 ■



## § 5 Les droits des créanciers non déclarants

■ 412

Une autre différence entre les effets du plan de sauvegarde et ceux du plan de redressement doit être rappelée. Celle-ci concerne le droit d'action en paiement des créanciers qui n'ont pas, en temps et en heure, procédé à la déclaration de leur créance (v. ss chapitre 8, v. ss 258).

Lorsqu'un plan de sauvegarde est arrêté, l'article L. 622-26 du Code de commerce prévoit que les créanciers non déclarants ne peuvent agir en paiement contre le débiteur « pendant l'exécution du plan » et « après cette exécution » si le débiteur a tenu ses engagements. En d'autres termes, le succès de l'exécution du plan fait définitivement obstacle aux droits du créancier qui n'a pas déclaré sa créance à la procédure de sauvegarde.

Cet avantage bénéficie, en partie, aux personnes physiques coobligées, ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. L'article L. 622-26, alinéa 2 prévoit que les créances non déclarées régulièrement leur sont inopposables « pendant l'exécution du plan ». *Le répit qui leur est accordé est donc temporaire.* Car, une fois le plan exécuté avec succès par le débiteur, les créanciers non déclarants recouvrent contre les personnes physiques coobligées ou « garants » leur droit de poursuite. À la condition, bien sûr, que ce droit ne soit pas prescrit.

En revanche, lorsque le plan est un plan de redressement, la situation des personnes physiques ou morales coobligées ou « garants » est beaucoup moins enviable. L'article L. 631-14, alinéa 6, exclut l'application en leur faveur de l'article L. 622-26 du Code de commerce. Par conséquent, dès qu'il est mis fin à la période d'observation par l'adoption du plan de redressement par le tribunal, les créanciers non déclarants peuvent agir contre eux. En revanche, le débiteur est, pour sa part, à l'abri. Comme en cas de plan de sauvegarde, l'action en paiement des créanciers non déclarant est paralysée pendant le temps de l'exécution du plan, et, « éteinte » à son égard si l'exécution du plan est couronnée de succès (C. com., art. L. 631-14, al. 6).

## § 6 La cession et le sauvetage de l'entreprise

■ 413

Le plan de sauvegarde ou de redressement sera souvent l'occasion de procéder à une restructuration plus ou moins profonde du périmètre des activités de l'entreprise. Comme il l'a déjà été vu, le plan peut prévoir l'arrêt ou l'adjonction d'une ou plusieurs activités ou bien encore leur cession à un tiers reprenneur (v. ss 380 s.). Les modalités de cette cession sont cependant, une nouvelle fois, différentes selon que le plan est un plan de sauvegarde (A) ou un plan de redressement (B).

### A. La cession et la sauvegarde

■ 414

Cession et sauvegarde ne sont pas incompatibles. La procédure de sauvegarde a en effet pour finalité de faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif (C. com., art. L. 620-1). De fait, cet impératif de réorganisation peut conduire à la cession d'une ou plusieurs branches d'activité dès lors qu'elle apparaît comme le

moyen le plus approprié pour éradiquer la menace potentielle d'une cessation des paiements.

*Cependant, la cession ne peut avoir, en cas de procédure de sauvegarde, qu'un caractère exceptionnel.* En premier lieu, la cession ne peut jamais être imposée au débiteur mais doit être proposée par lui à l'occasion du projet de plan. En second lieu, *la cession ne peut être qu'une cession partielle.* Elle ne peut en effet porter que sur la cession isolée d'actifs (v. ss 381), ou sur une « sous entreprise », c'est-à-dire une *branche autonome d'activité*<sup>o</sup> ou plusieurs (C. com., art. L. 626-1, al. 2). Cession totale et sauvegarde sont indubitablement antinomiques car la cession n'est concevable qu'à la condition que le débiteur conserve une partie significative de ses activités d'origine. La sauvegarde ne peut donc conduire à un dépeçage de l'entreprise.

Le régime de la cession partielle d'une branche autonome d'activité est soumis à un régime original. La loi du 26 juillet 2005 procède en effet par renvoi aux dispositions propres à la cession d'entreprise adoptée dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 626-1, al. 2 ; v. ss 467).

La cession conduit donc nécessairement à l'adoption d'un *plan de cession*<sup>o</sup> partielle, intégré, semble-t-il, au plan de sauvegarde. En ce sens, l'article L. 626-2, alinéa 5, du Code de commerce dispose que le projet de plan doit recenser, annexer et analyser les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Par renvoi, à l'article L. 642-5 du Code de commerce, c'est au tribunal qu'incombe en principe le choix de la cession ainsi que celui du repreneur, en cas de pluralité d'offres. Cette décision impose de recueillir l'avis du ministère public, du débiteur, de l'administrateur (lorsqu'il en a été désigné), du mandataire judiciaire ainsi que des institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise ou délégués du personnel). De même, l'offre retenue doit permettre dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement possible l'emploi attaché à la (ou les) branche autonome d'activité cédée, le paiement des créanciers, ainsi que présenter les meilleures garanties d'exécution (C. com., art. L. 642-5 sur renvoi d'art. L. 626-2). En d'autres termes, le tribunal doit retenir l'offre la plus efficace d'un point de vue économique, financier et social.

Lorsqu'une ou plusieurs cessions partielles ont été arrêtées, l'article L. 626-1 prévoit que les fonctions normalement attribuées au liquidateur sont exercées par le mandataire judiciaire. La solution se justifie parfaitement puisque la cession est décidée en dehors de toute procédure de liquidation judiciaire.

Il appartient en conséquence au mandataire judiciaire de passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession (C. com., art. L. 642-8) et de veiller à la bonne exécution du plan par le cessionnaire (C. com., art. L. 642-11).

Le prix de cession est versé au débiteur, ce qui lui permettra notamment de financer l'exécution du plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-23). Toutefois, comme il l'a déjà été vu (v. ss 381) lorsque la cession se limite à une cession d'actifs isolés et porte sur un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, le prix de cession sera affecté au désintéressement des créanciers, titulaires de l'une ou de l'autre de ces sûretés réelles (C. com., art. L. 626-22). Sauf, si une nouvelle garantie a été substituée à la garantie initiale. La solution est destinée à permettre au débiteur de bénéficier du produit de la vente, afin notamment de l'affecter au financement du plan ou de son activité. Cette

415 ■

416 ■

substitution de garantie peut se faire soit avec l'accord du créancier, soit être ordonnée par le tribunal, à défaut d'un tel accord (C. com., art. L. 622-22, al. 3).

## B. La cession et le redressement judiciaire

- 417 Un *plan de cession*<sup>o</sup> peut également être adopté au cours d'une procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-22). Les dispositions propres à la cession d'entreprise dans le cadre de la liquidation judiciaire sont alors une nouvelle fois applicables par renvoi.

*Le régime de la cession en cas de redressement judiciaire présente cependant des différences notables par rapport aux solutions exposées à propos de la procédure de sauvegarde.* En premier lieu, la cession peut être partielle – et donc simplement porter sur une ou plusieurs branches d'activité –, mais elle peut également être totale. En second lieu, la cession (partielle ou totale) peut être imposée par le tribunal au débiteur, à la demande de l'administrateur, « si le débiteur est dans l'impossibilité d'assurer lui-même le redressement » de l'entreprise (C. com., art. L. 631-22). Ainsi, si dans la procédure de sauvegarde, la cession partielle est conçue comme un simple instrument de réorganisation, dans la procédure de redressement judiciaire, la décision de céder à un tiers l'entreprise – soit partiellement, soit totalement – repose sur un préjugé négatif portant sur l'aptitude personnelle du débiteur de procéder lui-même au sauvetage de son entreprise.

La séparation du sort de l'homme et de l'entreprise est ici manifeste (v. ss 5 s.). L'incapacité du premier ne doit pas conduire à la disparition de la seconde lorsqu'il apparaît que la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi sont possibles, si les rênes de l'entreprise sont confiées à un tiers. *La cession est ainsi conçue comme un instrument permettant la réalisation des objectifs propres à la procédure de redressement judiciaire.* Il ne s'agit plus d'aider, par le jeu de la cession, le débiteur à surmonter ses difficultés (comme en matière de sauvegarde) mais de garantir le redressement de l'entreprise, en tant qu'unité de production.

- 418 Parce que la cession est décidée en cours de procédure de redressement et non de liquidation judiciaire, il est prévu que les fonctions normalement dévolues au liquidateur sont exercées par le mandataire judiciaire (C. com., art. L. 631-22, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Il appartient donc à ce dernier de notifier les licenciements pour motif économique prévus par le plan (v. ss 403), de veiller à la bonne exécution du plan, de répartir le prix de cession et de solliciter, le cas échéant, sa résolution dans l'hypothèse où le cessionnaire ne respecterait pas ses engagements.

En revanche, il revient à l'administrateur de passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession. Si un administrateur n'a pas été nommé lors de l'ouverture de la procédure, cette mission incombe alors au mandataire judiciaire (C. com., art. L. 631-22, al. 2).

- 419 La possibilité pour le tribunal d'ordonner la cession partielle ou totale de l'entreprise lorsque le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement conduit en pratique à distinguer les hypothèses suivantes :

– 1<sup>re</sup> *hypothèse* : le tribunal décide d'arrêter le projet de plan de redressement élaboré par l'administrateur (ou le débiteur) tout en décidant parallèlement d'un plan de cession partielle portant sur une branche autonome d'activité susceptible d'une exploitation autonome ;

– 2<sup>e</sup> hypothèse : le tribunal peut également décider d'adopter le projet de plan de redressement tout en adoptant parallèlement plusieurs plans de cession partielle qui porteront chacun sur une branche spécifique d'activité autonome ;

– 3<sup>e</sup> hypothèse : le tribunal peut décider d'écarter le projet de plan de redressement qui lui est proposé et ordonner la cession totale ou simplement partielle de l'entreprise par voie de plan. Dans cette hypothèse, la procédure d'observation doit se poursuivre jusqu'à son terme, c'est-à-dire dans la perspective (qui sera le plus souvent chimérique) de l'adoption d'un plan de redressement au bénéfice du débiteur. De fait, ce n'est qu'à l'issue de la période d'observation *et si aucun plan de redressement n'a été arrêté* que la procédure sera alors convertie en procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-22, al. 3). Les biens qui n'ont pas été inclus dans le plan de cession devront alors être cédés dans les conditions propres à la procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-22, al. 3 *in fine*; v. ss chapitre 13).

Cette conversion n'est pas neutre pour les créanciers du débiteur car elle conduira à leur appliquer l'ordre de paiement propre à la liquidation judiciaire (v. ss chapitre 9, v. ss 302 s.).

## section 3

# Les règles propres au plan de sauvegarde arrêté lors d'une procédure de sauvegarde accélérée

L'ordonnance du 12 mars 2014 a substantiellement modifié le rôle de la procédure de sauvegarde accélérée. Elle l'a en effet amplifié.

Pour ce faire, elle s'est inspirée de la procédure de *sauvegarde financière accélérée*<sup>o</sup> (ou SFA), introduite par la loi du 22 octobre 2010, en en élargissant le domaine mais sans pour autant la faire disparaître. La procédure de sauvegarde financière accélérée conserve un statut et une finalité qui lui sont propres mais est reléguée au rang de « variante » de la procédure de sauvegarde accélérée, qui elle-même ne constitue pas une nouvelle catégorie de procédure collective.

Comme le résume le professeur C. Saint-Alary-Houin, le législateur a fait le choix de mettre en place « un système de "poupées russes" qui s'emboîtent les unes aux autres : le genre : la procédure de sauvegarde ; l'espèce : la procédure de sauvegarde accélérée ; la variante de l'espèce : la sauvegarde financière accélérée » (C. Saint-Alary-Houin, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure accélérée : de la SFA à la PSA ! », *Rev. proc. coll.* 2014. dossier 17). En d'autres termes, la procédure de sauvegarde accélérée n'est elle-même qu'une variante de la procédure de sauvegarde à laquelle elle emprunte son régime juridique, sauf disposition contraire ou particulière (C. com., art. L. 628-1). À titre d'exemple, l'article L. 622-13 n'est applicable à la sauvegarde accélérée que partiellement (C. com., art. L. 628-1, al. 1<sup>er</sup>).

En dépit de ce rattachement de principe à la procédure de sauvegarde, la procédure de sauvegarde accélérée, et *a fortiori* la procédure sauvegarde financière accélérée, revêtent un visage singulier en raison non seulement de leurs conditions d'ouverture (v. ss 94) mais aussi de leur objet.

À la différence de la procédure de sauvegarde de droit commun, la procédure de sauvegarde accélérée et la procédure de sauvegarde financière accélérée constituent un « pont » entre le traitement amiable et le traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise (C. Saint-Alary-Houin, art. préc.) en permettant, par le jeu de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (§ 2), l'adoption d'un accord préalablement préparé dans le cadre d'une procédure de conciliation (§ 1).

L'originalité de la procédure de sauvegarde accélérée est donc manifeste : elle constitue, selon l'expression du professeur François-Xavier Lucas, un « hybride de la conciliation et de la sauvegarde » qui vise à introduire en droit français la pratique nord-américaine dite du « *prepack* ». Elle permet en outre « un dénouement commode pour une conciliation paralysée par une minorité de créanciers » (Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014. 1223).

## § 1 La prénégociation en conciliation du projet de plan de sauvegarde

■ 421

À la différence des principes gouvernant la sauvegarde de droit commun en vertu desquels le projet de plan est *entièrement* élaboré sous l'autorité et le contrôle du tribunal pendant la période d'observation, et au vu d'un bilan économique, social et environnemental de l'entreprise ainsi que d'une consultation individuelle et/ou collective des créanciers du débiteur (v. ss 364 s.), le projet de plan de *sauvegarde accélérée*<sup>o</sup> est pour sa part l'objet d'une préparation négociée en amont de l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

Aux termes de l'article L. 628-1 du Code de commerce, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ne peut être « ouverte qu'à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation ». Il s'agit là d'une condition commune à toute procédure de sauvegarde accélérée, et s'applique donc à la procédure de sauvegarde financière accélérée.

Cette exigence suppose que le débiteur justifie avoir élaboré, dans le cadre d'une procédure de conciliation préalable, un projet de plan de sauvegarde qui doit :

- viser à assurer la pérennité de l'entreprise ;
- mais également être susceptible de recueillir de la part des créanciers, à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption (C. com., art. L. 628-1, al. 2).

Le fait que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée, dès lors que l'état de cessation des paiements « ne précède pas depuis plus de 45 jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation » (C. com., art. L. 628-1, al. 4). En revanche, comme il l'a déjà été vu, la taille de l'entreprise est une condition déterminante (v. ss 95).

L'existence d'un accord négocié en conciliation ne suffit pas pour que le tribunal ordonne l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ou, le cas échéant, de sauvegarde financière accélérée (C. com., art. L. 628-2).

Le tribunal doit en effet apprécier le sérieux du projet afin d'évaluer, notamment, les chances de son adoption par les créanciers financiers. *En outre, une procédure de sauvegarde accélérée ne peut être ouverte qu'en présence du ministère public.* Ce dernier doit notamment veiller à ce que la cessation des paiements, si elle est constatée, ne soit pas antérieure de plus de quarante-cinq jours à l'ouverture de la conciliation (v. ss 421). Si tel était le cas, l'article L. 628-5 impose au ministère public de saisir le tribunal à l'effet de mettre fin à la procédure de sauvegarde anticipée.

Pour éclairer la décision du juge, il est prévu que le tribunal ne statue sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée qu'après audition et rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et sur les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers (C. com., art. L. 628-2, R. 628-3). *Le conciliateur a donc un rôle majeur, identique à celui confié à l'administrateur dans la procédure de sauvegarde de droit commun.* Il doit en effet s'assurer que le projet de plan présenté est le fruit d'une véritable négociation et que son contenu permet de remédier efficacement aux difficultés de l'entreprise, et donc à son redressement dans le respect de l'intérêt de l'ensemble de ses créanciers.

Ce rôle clé explique qu'il puisse être nommé en qualité d'administrateur en cas d'ouverture par le juge d'une procédure de sauvegarde accélérée (C. com., art. L. 628-3). Cette nomination lui permettra de mener à son terme le travail de négociation par lui accompli lors de la procédure de conciliation par l'adoption définitive de l'accord sous la forme d'un plan de sauvegarde arrêté par le tribunal.

## § 2 Les conditions d'adoption du plan de sauvegarde accélérée

### A. Le délai d'arrêté du plan

Qu'il s'agisse ou non d'une procédure de sauvegarde financière, la procédure de sauvegarde accélérée présente la particularité *d'être une procédure de sauvegarde avec constitution de comités de créanciers.* Ceci explique que lorsque le débiteur n'est pas soumis à l'obligation de constituer les comités de créanciers prévue par l'article L. 626-29, le tribunal doit en ordonner la constitution dans le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 628-3, al. 2).

Comme son nom de baptême l'indique, la procédure de sauvegarde accélérée est une procédure de sauvegarde...accélérée ! En d'autres termes, l'adoption du plan de sauvegarde, destiné à arrêter l'accord négocié lors de la procédure de conciliation, est enserrée dans de brefs délais.

Lorsque la procédure ouverte est *une procédure de sauvegarde accélérée* stricto sensu (c'est-à-dire non financière), le tribunal *doit* arrêter le plan *dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture.* Ce délai est un délai impératif. À son expiration, le tribunal doit mettre fin à la procédure (C. com., art. L. 628-8).

Lorsque la procédure de sauvegarde accélérée est *une procédure de sauvegarde financière*, le délai est rapporté à *un mois.* Mais il peut être prorogé d'un mois au plus par le tribunal (C. com., art. L. 628-10, al. 2).

422 ■

423 ■

■ 424

La brièveté de la procédure de sauvegarde accélérée (financière ou non) n'est pas sa seule caractéristique. À la différence de la procédure de sauvegarde de droit commun, *l'ouverture de la procédure a un effet relatif* qui varie selon que la procédure est une procédure de sauvegarde accélérée *stricto sensu* ou une procédure de sauvegarde financière accélérée.

*S'agissant de la procédure de sauvegarde accélérée*, ses effets sont limités à deux catégories de créanciers :

– d'une part, les créanciers soumis à l'obligation de déclaration de créances prévue par l'article L. 622-24, c'est-à-dire les créanciers antérieurs (à l'exception des salariés et des créanciers d'aliments) ainsi que des créanciers postérieurs non privilégiés, auxquels s'appliquent non seulement l'obligation d'avoir à déclarer leur créance mais aussi le jeu de l'interdiction des paiements et la suspension des poursuites.

– d'autre part, aux cocontractants de droit commun ainsi qu'au bailleur de locaux professionnels. Toutefois, l'article L. 628-1 exclut expressément l'application des dispositions de l'article L. 622-13, III et IV, ainsi que celles des sections 3 et 4 du chapitre IV. Il faut donc en déduire que la poursuite des contrats cours est le principe et que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée n'ouvre pas droit à l'exercice du droit de revendication.

En revanche, *lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde financière accélérée*, elle n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers, membres du comité des établissements de crédit, et des obligataires, appelés à voter le projet de plan. Ceux-ci comme ceux-là ne peuvent donc engager une action en paiement de leurs créances déjà échues et doivent déclarer leurs droits. Cette déclaration s'opère cependant dans des formes simplifiées lorsqu'ils ont participé à la conciliation (C. com., art. L. 628-5 ; v. ss 241).

## B. Sauvegarde financière accélérée et consultation des créanciers financiers et des obligataires

■ 425

La procédure de sauvegarde financière accélérée est soumise à des règles qui lui sont propres en raison de la spécificité de son objet.

À la différence de la procédure de sauvegarde accélérée *stricto sensu*, la procédure de sauvegarde financière accélérée n'a pas pour but de réorganiser l'activité opérationnelle de l'entreprise mais à restructurer son endettement bancaire et financier.

Cette particularité explique que le projet de plan élaboré en procédure de conciliation n'est soumis pour approbation qu'au seul comité des établissements de crédit, et s'il y a lieu, à l'assemblée des obligataires (C. com., art. L. 628-10 ; v. ss 372 et v. ss 375) et qu'une fois arrêté par le tribunal le plan ne produit d'effet qu'à l'égard de ces seuls créanciers (C. com., art. 628-9 C. com., v. ss 424).

À l'image des solutions posées pour la sauvegarde de droit commun, la décision d'adopter le projet doit être prise à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote (v. ss 374 et v. ss 375).

## C. L'arrêté du plan par le tribunal

■ 426

À l'image des solutions posées en cas de procédure de sauvegarde de droit commun, le vote du plan par les comités de créanciers et, le cas échéant, l'assemblée générale des obligataires, lie le juge. Il ne peut donc le modifier.

Son contrôle se limite en effet à s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés et que l'approbation de l'assemblée ou des assemblées d'obligataires a été régulièrement obtenue (C. com., art. L. 628-8 ; v. ss 376).

Réciproquement, le tribunal est lié par l'absence d'adoption du plan et ne peut d'autorité imposer un plan reposant sur un étalement du passif sur une période de dix ans, comme l'y autorise l'article L. 626-34 du Code de commerce lors d'une procédure de sauvegarde de droit commun. En bref, son rôle se limite à « homologuer » le plan afin de le rendre opposable aux créanciers du débiteur.



## Compléments pédagogiques

# Mémo

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire conduit à l'adoption d'un *plan arrêté par le tribunal*, appelé « plan de sauvegarde » ou « plan de redressement ».

Ce plan a pour objet de *réorganiser l'entreprise*.

Le plan de sauvegarde et le plan de redressement sont pour partie soumis à des règles communes (élaboration, adoption, effets, voies de recours).

L'élaboration du plan de sauvegarde et du plan de redressement est soumise à une *consultation des créanciers du débiteur*.

Cette consultation est en principe une consultation individuelle.

*Lorsque l'entreprise emploie plus de 150 salariés ou réalise un chiffre d'affaires de plus de 20 000 000 d'euros, deux comités de créanciers sont constitués :*

- un comité regroupant les établissements de crédit et établissements assimilés ;
- un comité regroupant les fournisseurs de biens ou de services du débiteur dont le montant de la créance représente plus de 3 % de la totalité des créances fournisseur.

En deçà des seuils légaux, la constitution des comités de créanciers est facultative. Elle peut être demandée au juge-commissaire par le débiteur ou l'administrateur.

*L'obligation, ou la faculté, d'appartenir à un comité de créanciers est un accessoire de la créance.*

Lors de l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le tribunal peut décider de prononcer *l'inaliénabilité de certains biens indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise*.

Si le plan est un *plan de redressement*, le tribunal peut prononcer *le remplacement des dirigeants, l'incessibilité ou la cession forcée de leurs parts sociales ou actions*. Il peut aussi, *dans les sociétés d'au moins 150 salariés et à certaines conditions*, ordonner la cession forcée des titres des associés majoritaires.

En cas de procédure de sauvegarde, un plan de cession totale de l'entreprise est impossible.

L'inexécution du plan de sauvegarde ou de redressement est sanctionnée par sa résolution.

La résolution du plan peut conduire au prononcé d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire si le débiteur est en état de cessation des paiements.

*Le plan de sauvegarde ou de redressement peut être modifié en cours d'exécution avec l'autorisation du tribunal si la modification est substantielle. La procédure de sauvegarde peut être **une procédure de sauvegarde accélérée**.*

*La procédure de sauvegarde accélérée est précédée d'une procédure de conciliation au cours de laquelle le débiteur doit avoir élaboré un projet de plan.*

*La procédure de sauvegarde accélérée peut être **une procédure de sauvegarde financière accélérée**.*

*La durée de la procédure de sauvegarde accélérée est de **trois mois non renouvelable**.*

*La durée de la procédure de sauvegarde financière accélérée est d'un mois, renouvelable une fois.*

## Quid

### ■ Bilan économique et social (de l'entreprise) n° 365

Bilan dressé par l'administrateur lors de la période d'observation précisant l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise.

### ■ Branche autonome d'activité n° 414

Ensemble d'éléments d'une entreprise pouvant fonctionner de manière autonome et susceptible d'être cédé à un tiers par l'adoption d'un plan de cession.

### ■ Commissaire à l'exécution du plan n°s 389, 391

Mandataire de justice chargé de veiller à l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal à l'issue de la période d'observation. Cette mission peut être confiée par le tribunal à l'administrateur judiciaire ou au mandataire judiciaire.

### ■ Comités de créanciers n° 371

Comités créés par la loi du 26 juillet 2005. Ils participent à l'élaboration du projet de plan de sauvegarde ou de redressement. Ils réunissent, d'une part, les établissements de crédit et assimilés, et, d'autre part, les fournisseurs de biens ou de service dont la créance représente plus de 3 % du total des créances fournisseur. La création de ces comités est obligatoire lorsque l'entreprise emploie plus de 150 salariés ou réalise plus de 20 000 000 de chiffre d'affaires. En deçà de ces seuils, leur création est facultative.

### ■ Dirigeant de fait n° 405

Toute personne (physique ou morale) qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein d'une personne morale à la place de ses dirigeants légaux.

### ■ Inaliénabilité des biens n° 382

Mesure prononcée par le tribunal arrêtant un plan de sauvegarde ou de redressement et qui interdit au débiteur de disposer de certains biens jugés indispensables à la continuation de l'entreprise, soit pour toute la durée d'exécution du plan, soit pour une durée plus courte fixée par le tribunal.

■ **Plan de cession n°s 415, 417**

Plan arrêté par le tribunal et ayant pour objet de transférer à un tiers soit la totalité de l'entreprise du débiteur (redressement judiciaire) soit une ou plusieurs branches d'activités susceptibles d'une exploitation autonome (sauvegarde et redressement judiciaire).

■ **Plan de redressement n° 361**

Plan arrêté par le tribunal lorsque le débiteur en redressement judiciaire peut assurer lui-même la poursuite de l'activité de l'entreprise.

■ **Plan de sauvegarde n° 361**

Plan arrêté par le tribunal, lors d'une procédure de sauvegarde, en vue de réorganiser l'activité de l'entreprise alors que celle-ci n'est pas encore en cessation des paiements.

■ **Sauvegarde accélérée n°s 362, 421**

Procédure spécifique de sauvegarde ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de ses créanciers pour en rendre vraisemblable son adoption une fois la procédure de sauvegarde accélérée ouverte.

■ **Sauvegarde financière accélérée n° 420**

Procédure spécifique de sauvegarde accélérée, appelée le plus souvent SFA, destinée à permettre l'adoption d'un plan de sauvegarde visant à restructurer l'endettement bancaire et financier du débiteur à partir d'un projet négocié dans le cadre d'une procédure de conciliation.

## Documents

### Cession forcée des droits sociaux appartenant au dirigeant

**Com. 19 févr. 2008**

**(JCP E 2008. 1716, note V. Cerati-Gauthier)**

« Attendu que [...] la qualité de dirigeant, de droit ou de fait, du détenteur des actions ou des parts sociales dont le tribunal peut ordonner la cession lorsque la survie de l'entreprise le requiert, s'apprécie à la date du jugement qui ordonne cette cession ;

Attendu que pour ordonner la cession des titres détenus par M<sup>me</sup> X..., l'arrêt retient que cette dernière soutient que la cession forcée de ses titres ne saurait lui être imposée en raison de sa démission intervenue en 2004 de ses fonctions de directeur général de la société anonyme, que cependant la cour d'appel relève que M<sup>me</sup> X... figure toujours sur le registre du commerce et des sociétés en qualité de dirigeante de la société anonyme, que sa démission n'est donc pas opposable à la procédure, que la qualité de dirigeant au sens de l'article L. 621-59 [devenu art. L. 626-4] du Code de commerce doit s'examiner lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et non au gré d'une démission ultérieure ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le tribunal ne pouvait ordonner, le 20 septembre 2005, la cession des actions détenues dans la société anonyme par M<sup>me</sup> X... qui avait donné le 28 octobre 2004 sa démission de ses fonctions de dirigeante de la société anonyme, dès lors que cette démission était effective à la date à laquelle il statuait, peu important qu'elle n'ait pas été publiée, la cour d'appel a violé les textes susvisés [...]».

## Cession forcée des droits sociaux appartenant aux associés

**Cons. const. 5 août 2015 relative à la constitutionnalité de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron ».**  
(D. 2015. 2006)

- SUR CERTAINES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 238 :

139. Considérant que l'article 238 est relatif à la possibilité pour le tribunal saisi d'une procédure de redressement judiciaire d'ordonner une augmentation de capital ou une cession des parts des associés ou actionnaires opposés au plan de redressement

140. Considérant que le paragraphe I de l'article 238 insère un nouvel article L. 631-19-2 dans le code de commerce qui permet au tribunal soit de désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital, à hauteur du montant prévu par le plan de redressement, soit d'ordonner au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan de redressement, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital de la société par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société ;

141. Considérant que les sénateurs requérants soutiennent que les mécanismes de « dilution forcée » et de « cession forcée » des parts des associés ou actionnaires opposés au plan de redressement portent atteinte à leur droit de propriété ; qu'ils soutiennent également que le premier de ces mécanismes est incompatible avec le droit de l'Union européenne ;

142. Considérant, en premier lieu, qu'en adoptant les dispositions de l'article L. 631-19-2 du code de commerce, le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ; que le pouvoir conféré au tribunal ne trouve à s'appliquer qu'aux entreprises employant au moins cent cinquante salariés et à la double condition que leur cessation d'activité soit de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et que la modification du capital apparaisse comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise ; que l'augmentation de capital ou la cession ne peut être mise en œuvre qu'après l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement d'ouverture de redressement judiciaire ;

143. Considérant que, lorsque le tribunal ordonne de procéder à une augmentation de capital, sont seuls exclus du vote portant sur l'augmentation de capital les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital ; que les actions ou parts sociales émises sont proposées par préférence aux actionnaires, y compris ceux ayant refusé la modification du capital, si l'augmentation est souscrite en numéraire ; que la possibilité offerte aux créanciers de souscrire à

l'augmentation de capital par compensation avec les créances qu'ils détiennent sur la société ne vaut que pour celles de leurs créances qui ont été admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan de redressement ;

144. Considérant que, lorsque le tribunal ordonne de procéder à une « cession forcée », sont seuls visés les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui y disposent seuls de la majorité des droits de vote en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société ; que les associés ou actionnaires, autres que ceux ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage, disposent du droit de se retirer de la société et de demander simultanément le rachat de leurs droits sociaux par les cessionnaires ; qu'en l'absence d'accord sur la valeur des droits des associés ou actionnaires en cas de cession, cette valeur est déterminée par un expert désigné par le tribunal ;

145. Considérant que, dans ces conditions, les deux dispositifs de « dilution forcée » et de « cession forcée » institués par le législateur, qui contribuent par ailleurs à préserver les droits des créanciers de l'entreprise, ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires ;

146. Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées n'ont pas pour objet de transposer une directive ; que par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution est inopérant ;

147. Considérant que les dispositions du paragraphe I de l'article 238, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution ;

## Biblio

### 1) Sur le plan de sauvegarde et de redressement

- G. Blanc, « Le plan de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2006. 182 s.
- F.-X. Lucas, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », *RLDA*. suppl. 2005. 35 s.
- Th. Mastrullo, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2008. 41 s.
- F. Vinckel, « L'exécution forcée du plan de sauvegarde depuis la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. proc. coll.* 2009. Étude 13.

### 2) Sur le sort des garants, des associés, des dirigeants sociaux et des salariés

- G. Blanc, « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* 2015. 2460.
- P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009. 1313.
- R. Dammann et G. Podeur, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 752 s.
- M.-P. Dumont-Lefrand, « Les plans : quelle place pour les actionnaires ? », *Rev. proc. coll.* 2/ 2014, dossier 20.

- L. Fin-Langer, « Les risques subis par les salariés », *Rev. proc. coll.* 2010. 93 s.
- Ch. Gailhbaud, « Les dispositions concernant les salariés de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 755 s.
- C. Régnaut-Moutier, « Les dirigeants de sociétés », *Rev. proc. coll.* 2006. 159 s.
- B. Saintourens, « Les associés et le plan de continuation », *Rev. proc. coll.* 3/2015, dossier 42.
- R. Vatinet, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005. 1230.

### 3) Sur les comités de créanciers

- G. Bremond et E. Scholastique, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers », *JCP E* 2006. 1405.
- R. Dammann et G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009. 2094.
- P.-M. Le Corre, « Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers », *D.* 2007. 882.

### 4) Sur la procédure de sauvegarde financière accélérée

- A. Besse et N. Morelli, « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde », *JCP E* 2009. 1628.
- H. Bourdouloux et G. Couturier, « La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise », *BJE* 2011. 48 s.
- G. Couturier, « Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté », *Bull. Joly* 2010. 683 s.
- R. Dammann et G. Podeur, « Sauvegarde financière, le "prepack" à la française », *JCP E* 2011. 1 s.
- F. Macorig-Venier, « La procédure de conciliation, antichambre de la sauvegarde financière accélérée », *RTD com.* 2010. 781 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! » *Rev. proc. coll.* 2/2014, dossier 17.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. Un appel contre le jugement arrêtant un plan de sauvegarde peut être exercé :
  - a. par un créancier ;
  - b. par le comité d'entreprise ;
  - c. par le dirigeant lorsque l'entreprise est une personne morale.

2. Des comités de créanciers doivent être constitués, lorsque l'entreprise emploie :
  - a. plus de vingt salariés ;
  - b. plus de cinquante salariés ;
  - c. plus de cent cinquante salariés.
3. Les comités de créanciers sont constitués par :
  - a. l'administrateur judiciaire ;
  - b. le débiteur après avis conforme du juge-commissaire ;
  - c. le mandataire judiciaire.
4. Est membre de droit du comité des principaux fournisseurs, le fournisseur dont la créance représente :
  - a. plus de 3 % du passif total déclaré ;
  - b. plus de 3 % du passif total admis ;
  - c. plus de 3 % du total des créances des fournisseurs.
5. En cas de plan de redressement, les licenciements pour motif économique sont effectués :
  - a. sur simple notification de l'administrateur ;
  - b. sur simple notification du représentant des salariés ;
  - c. selon les règles du droit commun des licenciements pour motif économique.
6. En cas de plan de sauvegarde, les licenciements pour motif économique sont effectués :
  - a. sur simple notification de l'administrateur ;
  - b. sur simple notification du représentant des salariés ;
  - c. selon les règles du droit commun des licenciements pour motif économique.
7. Les licenciements pour motif économique prévus par un plan de redressement doivent intervenir :
  - a. dans un délai de quinze jours suivant l'adoption du plan ;
  - b. dans un délai d'un mois suivant l'adoption du plan ;
  - c. à tout moment de l'exécution du plan.
8. En cas de plan de redressement, le dirigeant-caution :
  - a. ne peut jamais se prévaloir des remises de dette prévues par le plan ;
  - b. peut se prévaloir des remises de dettes arrêtées par le tribunal, s'il est une personne physique ;
  - c. peut se prévaloir des remises de dettes arrêtées par le tribunal, s'il est une personne morale.
9. En cas de plan de sauvegarde, l'associé d'une société en nom collectif :
  - a. peut toujours se prévaloir des remises de dettes arrêtées par le tribunal ;
  - b. se prévaloir des remises de dettes arrêtées par le tribunal, s'il est une personne physique ;

- c. peut se prévaloir des remises de dettes arrêtées par le tribunal, s'il est une personne morale.
10. Le créancier, titulaire d'une fiducie-sûreté :
- a. ne peut jamais appartenir aux comités de créanciers ;
  - b. peut appartenir aux comités de créanciers pour les créances garanties par la fiducie-sûreté ;
  - c. peut appartenir aux comités de créanciers pour toute créance, autre que celle garantie par une fiducie-sûreté.
11. En cas de transmission d'une créance née avant le jugement d'ouverture, le cessionnaire appartient aux comités de créanciers :
- a. si la transmission a eu lieu avant le jugement d'ouverture ;
  - b. si la transmission a eu lieu après le jugement d'ouverture ;
  - c. si le juge-commissaire a autorisé la transmission.
12. Le refus du débiteur d'exécuter les engagements figurant dans un plan de redressement est sanctionné :
- a. par l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ;
  - b. par l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ;
  - c. la résolution judiciaire du plan.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Tests de compréhension

### Énoncé n° 1

M. Dumont est depuis trois mois l'objet d'une procédure de sauvegarde. Il y a quelques jours, le tribunal a arrêté un plan qui prévoit l'apurement du passif sur une durée de quatre ans. M. Dumont souhaiterait connaître votre avis sur les questions suivantes.

1. Le plan de sauvegarde interdit à M. Dumont de vendre, dans les deux ans suivant le début d'exécution du plan, l'immeuble dans lequel son restaurant est actuellement exploité. *Le tribunal le pouvait-il ?*
2. Avant l'ouverture de la procédure, l'épouse de M. Dumont s'est portée caution solidaire d'un prêt bancaire consenti à M. Dumont pour les besoins de son activité. Lors de l'élaboration du plan, la banque a accepté d'abandonner les intérêts échus depuis l'ouverture de la procédure. *Peut-elle en demander aujourd'hui le paiement à la caution ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 2

La SARL Perldagate éprouve depuis plusieurs mois des difficultés qui font craindre à son gérant une cessation des paiements prochaine. Soucieux de remédier au plus vite et le plus efficacement possible aux difficultés qui sont principalement dues poids d'un fort endettement bancaire de la société, il a pris conseil auprès de M<sup>e</sup> Lemovet. Ce dernier lui a conseillé de solliciter au plus vite une procédure de sauvegarde accélérée



afin de négocier un rééchelonnement de sa dette financière. *Ce conseil vous semble-t-il pertinent ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## C) Cas pratique

### Énoncé

Une procédure de redressement judiciaire a été ouverte contre la SNC Beaulieu et frères, à la demande de son gérant : Albert Beaulieu. Cette société exploite un restaurant à Biarritz et un hôtel à Saint-Jean de Luz. Le tribunal a dernièrement arrêté un plan de redressement pour l'activité d'hôtellerie tout en décidant d'un plan de cession pour l'activité de restauration en faveur de la SA Gourmet.

Le plan de redressement prévoit que le passif antérieur doit être payé sur six ans, sans intérêts. Le tribunal a également ordonné, à la demande du ministère public, la cession des titres détenus par Albert Beaulieu à son fils qui détient déjà un tiers du capital de la société.

M. Bonal, désigné par le tribunal en qualité de commissaire à l'exécution du plan, porte à votre connaissance les informations suivantes.

Albert Beaulieu, qui a formé recours contre le plan de redressement lui ayant imposé la cession de ses titres, reproche au nouveau gérant d'avoir vendu à la société Bélévaineman un bâtiment, adjacent à l'hôtel, pour qu'elle puisse y organiser des banquets de mariage et de baptême. Selon lui, cette vente ne pouvait être décidée par le gérant sans avoir obtenu l'autorisation préalable du commissaire à l'exécution du plan. En outre, le nouveau gérant a levé l'option d'un contrat de crédit-bail souscrit pour le financement de matériels informatiques mais a refusé de payer le crédit-bailleur des échéances impayées. Les établissements « Petits basques » n'ont pas reçu paiement de leur dernière livraison, pourtant payable au comptant. Enfin, la banque Leurvet a agi en remboursement d'un prêt consenti à la SNC contre le fils d'Albert Beaulieu, en sa qualité d'associé.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **b et c** ; 2. **c** ; 3. **a** ; 4. **c** ; 5. **a** ; 6. **c** ; 7. **b** ; 8. **a**. La solution est différente lorsque le plan arrêté est un plan de sauvegarde et la caution une personne physique (v. ss 403) ; 9. **b**. L'associé d'une SNC est coobligé solidairement au paiement des dettes sociales et profite donc des remises et délais arrêtés en faveur de la société dès lors qu'il est une personne physique ; 10. **c** ; 11. **a et b**. L'obligation ou la faculté d'appartenir aux comités de créanciers est un accessoire de la créance ; 12. **c**.

### Test de compréhension n° 1

1. Le tribunal peut interdire la cession des biens indispensables à la continuation de l'entreprise pour une durée qui ne peut excéder celle du plan (C. com., art. L. 626-14). Si M. Dumont souhaite, pendant la durée de l'exécution du plan, céder l'immeuble, il devra obtenir l'autorisation préalable du tribunal. La vente faite sans autorisation est

nulle. La nullité peut être demandée par tout intéressé dans les trois ans suivant la conclusion de la vente (C. com., art. L. 626-14, al. 3).

2. Non. À la différence des solutions posées en cas de plan de redressement, les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle (cas du cautionnement) peuvent invoquer les remises de dette ainsi que les délais de paiement arrêtés par le plan en faveur du débiteur (C. com., art. 626-11, al. 2). Ce principe profite à toutes les cautions (simple ou solidaire), et, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, aux cautions réelles, c'est-à-dire celles qui ont accepté d'affecter un bien en garantie du paiement de la dette d'autrui. Le créancier ne peut donc agir contre la caution pour obtenir paiement des intérêts qu'il a accepté d'abandonner dans le cadre du plan.

## Test de compréhension n° 2

Compte tenu de la situation de la SARL, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée n'est pas la solution la plus judicieuse pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la procédure de sauvegarde accélérée est une variante de la procédure de sauvegarde qui présente la particularité de ne pouvoir être sollicitée que « par un débiteur engagé dans une procédure de conciliation » (C. com., nouv. art. L. 628-1, al. 2). Ce qui n'est pas le cas, en l'espèce de la SARL. Cette exigence spécifique s'explique par la finalité qui est celle de la procédure de sauvegarde accélérée : permettre l'arrêt rapide d'un plan de sauvegarde à partir d'un projet élaboré par le débiteur pendant la phase de conciliation.

Par ailleurs, compte tenu de la nature des difficultés de la SARL (un important endettement bancaire), la procédure de sauvegarde accélérée serait nécessairement une procédure de sauvegarde financière accélérée. Cette procédure de sauvegarde accélérée spécifique présente plusieurs avantages. En premier lieu, le projet de plan visant à la restructuration de l'endettement bancaire sera soumis au vote des seuls créanciers ayant la qualité de membres du comité d'établissements de crédit (C. com., nouv. art. L. 628-9). En deuxième lieu, les effets attachés à l'ouverture de la procédure seront limités à ces seuls créanciers (C. com., art. L. 628-9 *in fine*). En troisième lieu, le plan devra être adopté rapidement. La durée de la sauvegarde financière accélérée est en effet enserrée dans un délai extrêmement bref qui est d'un mois, susceptible d'une prorogation d'un mois maximum (C. com., nouv. art. L. 629-10, al. 2).

En troisième lieu, toutes les entreprises ne peuvent pas solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée (même si elles sont engagées dans une procédure de conciliation). L'article L. 628-1 du Code de commerce, qui est une disposition générale applicable à toute procédure de sauvegarde accélérée (financière ou non), exige que les comptes du débiteur soient certifiés et que l'entreprise emploie au moins 20 salariés et réalise 3 000 000 € de chiffre d'affaires hors taxes ou un total de bilan de 1 500 000 €.

En conclusion, deux conseils peuvent être donnés à la SARL Perldagat : *soit* solliciter une procédure de conciliation qui pourra ensuite, si besoin, conduire à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée ; *soit* demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de droit commun mais à la condition de ne pas être en cessation des paiements.

## Cas pratique

Le redressement de l'entreprise peut s'accompagner de l'arrêt, de l'adjonction voire de la cession totale de l'entreprise ou de certaines de ses branches d'activité. Dès l'ouverture de la procédure de redressement, les tiers sont ainsi admis à soumettre à l'administrateur des offres de reprise tendant au maintien de l'activité, notamment par voie de cession partielle. Cette cession ne peut se réaliser de gré à gré mais doit prendre la forme d'un plan de cession (C. com., art. L. 642-1).

S'agissant des difficultés relatives à l'exécution du plan de redressement, le premier problème posé concerne la cession forcée des titres détenus par Albert Baulieu à son fils.

### I. L'appel contre la décision prononçant la cession forcée des droits sociaux d'Albert Baulieu

Lorsque le débiteur est une société, la réussite du plan de redressement passe le plus souvent par l'adoption de mesures destinées à remodeler sa structure. Parmi ces mesures, le tribunal peut décider non seulement du remplacement des dirigeants en poste au jour du jugement d'ouverture mais également de l'incessibilité comme de la cession forcée des titres ou droits sociaux détenus par ces derniers. Cette dernière possibilité est offerte par l'article L. 631-19-1 du Code de commerce et *ne joue qu'à la condition que le plan arrêté soit un plan de redressement* (v. ss 405). En l'espèce, le plan est un plan de redressement. La question se pose donc de savoir si Albert Baulieu peut contester la décision prise par le tribunal de transmettre ses titres à son fils.

Normalement, la décision arrêtant un plan de redressement ne peut être contestée que par le débiteur (en l'occurrence la société par le biais de son représentant légal), l'administrateur, le mandataire judiciaire, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, ainsi que le ministère public (C. com., art. L. 661-1, I, 6°). Cependant, la jurisprudence a admis que les dispositions du plan arrêtant la cession forcée des titres, détenus par les dirigeants de la société peuvent être contestées par ces derniers (Com. 26 juin 2001, D. 2002. Somm. 1482, obs. A. Honorat). Par conséquent, M. Baulieu est en droit de former appel de la décision prononçant la cession de ses titres à son fils en démontrant que la décision n'est pas nécessaire au sauvetage de l'entreprise, et donc à son redressement.

### II. Levée de l'option du contrat de crédit

Le nouveau gérant de la société Baulieu a décidé de lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail conclu par la société avant le jugement d'ouverture de la procédure. Cette décision est en son principe parfaitement valable puisqu'à la suite de l'adoption d'un plan de redressement, le débiteur recouvre l'intégralité de ses pouvoirs.

Mais en l'espèce, le gérant (crédit preneur) a refusé de payer les loyers restés impayés, c'est-à-dire ceux nés avant le jugement d'ouverture. Normalement, les conditions de l'apurement du passif antérieur sont fixées par le plan de redressement. Les délais arrêtés par le tribunal s'imposent à tous les créanciers antérieurs qu'ils y aient ou non personnellement consenti (C. com., art. L. 626-18 applicable au plan de redressement par renvoi de l'art. L. 631-19). Mais, ce principe connaît un tempérament lorsque le débiteur, soumis à un plan de redressement, décide de lever l'option d'un contrat de crédit-bail, avant l'expiration des délais arrêtés par le plan. En ce cas, la levée d'option

impose le règlement de l'intégralité des sommes dues, même antérieures dès lors qu'elles ont été déclarées, « dans la limite de la réduction dont elles font l'objet dans le plan sous forme de remises ou de délais » (C. com., nouv. art. L. 626-18, al. 7).

Le gérant ne pouvait donc exercer la levée d'option qu'à la condition de payer au crédit-bailleur l'ensemble des sommes qui restaient dues.

### III. Vente du bâtiment

L'adoption d'un plan de redressement n'emporte aucune atteinte au pouvoir du débiteur de disposer librement de ses biens. Pendant la durée d'exécution du plan, il peut donc aliéner n'importe lequel de ses biens, sans avoir à solliciter l'autorisation du juge à l'exécution du plan. Le prix de cession entre dans son actif.

Il en va autrement si le tribunal a prononcé l'inaliénabilité de certains biens, jugés indispensables à la continuation de l'entreprise (C. com., art. L. 626-14). L'inaliénabilité n'est donc pas automatique (à la différence des solutions posées pour le plan de cession, v. ss chapitre 13) mais doit obligatoirement être prévue par le jugement ayant arrêté le plan de redressement.

En l'espèce, aucun bien mobilier ou immobilier appartenant à la société Beaulieu n'est frappé d'inaliénabilité judiciaire. La vente du bâtiment par le nouveau gérant est donc régulière au regard du droit des procédures collectives.

### IV. Paiement de la créance de la société « Petits basques »

Les délais de paiement arrêtés par le plan de redressement ne s'appliquent pas aux créances nées après son adoption. Le refus de payer la société « Petits basques » est peut-être le signe d'un nouvel état de cessation des paiements de la société Baulieu. Si tel était le cas, le tribunal devrait prononcer, après avis du ministère public, la résolution du plan et la liquidation judiciaire de la société (C. com., art. L. 626-27, I, al. 3 applicable au plan de redressement par renvoi à l'art. L. 631-19). La résolution du plan a pour effet d'opérer la déchéance de toutes les remises et tous les délais de paiement accordés. Pour leur part, les créanciers soumis au plan de redressement résolu seront dispensés de déclarer leurs créances et sûretés à la procédure de liquidation judiciaire. Les créances inscrites au plan sont en effet admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues en cours d'exécution du plan de redressement résolu (C. com., art. L. 626-27, III applicable au plan de redressement par renvoi à l'art. L. 631-19).

### V. Action de la banque Leurvet en remboursement du prêt

Le contrat de prêt consenti par la banque Leurvet constitue une créance antérieure qui comme toute autre créance est soumise de plein droit aux délais de paiement arrêtés par le plan de redressement. La banque ne peut donc agir directement contre la société en remboursement de sa créance. Mais peut-elle agir contre le fils de M. Albert Baulieu ? Et, à quel titre ? Le fils de M. Beaulieu ne s'est pas, semble-t-il, porté « garant » du prêt. En revanche, le fils de M. Beaulieu est associé de la SNC et est donc responsable indéfiniment et solidairement du passif social. Il est donc coobligé en sa qualité d'associé en nom. Or, à la différence des solutions posées en présence d'un plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-11), les coobligés, mêmes personnes physiques, ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan (C. com., art. L. 631-20). Il

en est de même pour toute personne ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie des dettes du débiteur.

Le fils de M. Beaulieu ne peut en principe se soustraire à l'action en paiement de la banque Leurvet en invoquant, à son bénéfice, les dispositions du plan de redressement.

À titre de simple rappel: il est à noter que la solution ne serait pas différente si la banque Leurvet avait été un créancier non déclarant. L'article L. 631-14, alinéa 6 du Code de commerce prévoit que, dès qu'il est mis fin à la période d'observation par l'adoption du plan de redressement, les créanciers non déclarants recouvrent le droit d'agir en paiement contre tous les coobligés ou « garants » du débiteur, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales (sur ce point: v. ss 412). En revanche, le débiteur est, pour sa part, à l'abri. Comme en cas de plan de sauvegarde, l'action en paiement des créanciers non déclarants est paralysée pendant le temps de l'exécution du plan, et, « éteinte » à son égard si l'exécution du plan est couronnée de succès (C. com., art. L. 631-14, al. 6).

ch a p i t r e



# La liquidation du patrimoine du débiteur

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:785839633:88866152:196.200.176.177:4581011004

## Plan analytique

### section 1

#### Les effets de l'ouverture de la liquidation judiciaire

- § 1 Les pouvoirs du liquidateur
  - A. La désignation du liquidateur
  - B. La mission du liquidateur
- § 2 Le dessaisissement du débiteur
  - A. Le domaine du dessaisissement
  - B. Les exceptions au principe du dessaisissement
  - C. La sanction du dessaisissement
- § 3 Les autres effets de la liquidation judiciaire
  - A. L'absence de dissolution du débiteur « personne morale »
  - B. La continuation des contrats en cours

### section 2

#### Les opérations de liquidation judiciaire

- § 1 La réalisation de l'actif en l'absence de plan de cession
  - A. Les conditions de la cession de biens isolés
  - B. Le cas particulier de la liquidation judiciaire simplifiée
- § 2 La réalisation de l'actif par voie de plan de cession
  - A. L'adoption du plan de cession
  - B. Le contenu du plan de cession
  - C. Les conséquences du plan de cession
  - D. L'inexécution du plan de cession

### section 3

#### L'apurement du passif et la clôture de la liquidation judiciaire

- § 1 L'apurement du passif
  - A. La déchéance du terme
  - B. La suspension des poursuites individuelles

C. La répartition du produit de la liquidation entre les créanciers

§ 2 La clôture de la procédure de liquidation judiciaire

A. La clôture pour extinction du passif

B. La clôture pour insuffisance d'actif

## section 4

### Le rétablissement professionnel du débiteur

§ 1 Conditions d'ouverture de la procédure

A. Conditions relatives à la personne du débiteur

B. Conditions relatives à la situation patrimoniale du débiteur

C. Conditions procédurales d'ouverture

§ 2 Régime de la procédure de rétablissement professionnel

A. L'absence de discipline collective des créanciers

B. L'absence de dessaisissement du débiteur

§ 3 Les effets de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel

A. L'effacement des dettes du débiteur

B. Prononcé d'une liquidation judiciaire après clôture

### Compléments pédagogiques



international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:785839633:88866152:196.200.176.177:1581011004

## La liquidation du patrimoine du débiteur

L'ouverture d'une liquidation judiciaire est le constat d'un échec. *Soit* parce que le sauvetage de l'entreprise est impossible car elle est déjà dans une situation irrémédiablement compromise. *Soit* parce que le débiteur en cessation des paiements est dans l'impossibilité manifeste de procéder lui-même au redressement de son activité (C. com., art. L. 640-1).

*Dans le premier cas*, l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire conduira à la disparition définitive de l'entreprise par la liquidation de ses actifs et au désintéressement des créanciers grâce au produit de la liquidation. En cette hypothèse, la procédure de liquidation ne s'accompagnera d'aucune période d'observation. Toutefois, il peut être des cas où le maintien de l'activité est souhaitable, notamment pour réaliser les stocks ou pour conserver la valeur de certains éléments d'actifs dans le but de les vendre au meilleur prix. Tel sera le cas, par exemple, du fonds de commerce dont la valeur dépend directement de l'existence d'une clientèle.

*Dans le second cas*, le tribunal pourra décider de la cession par voie de plan de toute ou partie de l'activité au profit d'un tiers repreneur (C. com., art. L. 642-1). La poursuite de l'activité s'impose alors comme une impérieuse nécessité (v. ss 439 s.).

La possibilité pour le juge d'arrêter un *plan de cession*<sup>o</sup> lors de la procédure de liquidation judiciaire est une des innovations majeures de la loi du 26 juillet 2005. Auparavant, l'adoption d'un plan de cession n'était possible que si et seulement la procédure ouverte était une procédure de redressement judiciaire.

*Pour qu'une entreprise soit l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, deux conditions cumulatives doivent être réunies* : le débiteur doit être en cessation des paiements (v. ss chapitre 4) et le redressement de l'entreprise doit être manifestement impossible (C. com., art. L. 640-1). Ces deux conditions sont nécessaires pour qu'une procédure de liquidation judiciaire soit décidée *ab initio*. Il en est de même lorsque la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal :

- au cours de la période d'observation d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 622-10, al. 2) ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-15, II) ;
- en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (v. ss chapitre 12, v. ss 397 s.) ;
- ou bien encore à la suite de l'échec d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 640-4, al. 2).

Contrairement à une idée largement répandue, la liquidation judiciaire n'est pas seulement destinée à organiser le paiement des créanciers, elle sert aussi à assurer le rebond du débiteur, et tout particulièrement lorsque celui-ci est une personne physique (Ph. Pétel, *Procédures collectives, op. préc.*, n° 300). C'est la raison pour laquelle la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif emporte l'extinction des poursuites des créanciers contre le débiteur (v. ss 509 s.). Cette faveur, appelée souvent « droit au rebond », a été complétée par l'ordonnance du 12 mars 2014 qui institue, aux côtés de la procédure de liquidation judiciaire *stricto sensu*, une

427 ■

428 ■

429 ■

*procédure de rétablissement professionnel sans liquidation*<sup>o</sup> dont le but est d'organiser – dans des modes simplifiés et accélérés – la libération du débiteur personne physique en difficulté (section 4).

- 430 Les règles gouvernant la liquidation judiciaire sont définies par les articles L. 640-1 à L. 644-6 du Code de commerce. Elles concernent les effets de l'ouverture de la liquidation judiciaire (section 1), le déroulement des opérations liquidatives (section 2) et la clôture de la procédure (section 3).

## section 1

# Les effets de l'ouverture de la liquidation judiciaire

- 431 L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire fait entrer en scène un nouvel organe de la procédure, le *liquidateur*<sup>o</sup> (§ 1) et emporte de plein droit *dessaisissement du débiteur*<sup>o</sup> (§ 2). Il ne s'agit cependant pas de ses seuls effets (§ 3).

## § 1 Les pouvoirs du liquidateur

- 432 Le liquidateur est désigné par le jugement ouvrant la procédure de liquidation judiciaire (A). *Sa mission est triple* : réaliser l'actif, apurer le passif et gérer l'entreprise si son activité est provisoirement maintenue (B).

### A. La désignation du liquidateur

- 433 Le liquidateur est choisi par le tribunal :
  - soit en principe parmi les mandataires judiciaires inscrits ;
  - soit, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 et à compter du 1<sup>er</sup> mai 2017, en fonction « d'une compétence ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire », et après avis du procureur de la République (C. com., art. L. 641-1, II et L. 812-2 II) ;
  - soit, lorsque le débiteur n'emploie aucun salarié et réalise un chiffre annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 euros, parmi les huissiers ou commissaires priseurs judiciaires. Il s'agit là d'une nouveauté introduite par la loi « Macron » du 6 août 2016 (C. com.. L. 641-1, II et L. 812-2 III).

Par ailleurs, lorsque *l'ouverture de la procédure de liquidation est décidée par voie de conversion* lors de la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, les fonctions de liquidateur sont normalement confiées au *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> qui était jusqu'à présent chargé de représenter et de défendre les intérêts collectifs des créanciers (C. com., art. L. 641-1, III ; v. ss chapitre 5).

Dans tous les cas et dans le but de garantir l'impartialité du liquidateur, aucun parent ou allié jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef d'entreprise ou des dirigeants ne peut être nommé liquidateur (C. com., art. L. 641-6). En cours de

procédure, le tribunal peut remplacer le liquidateur soit d'office, soit sur proposition du juge-commissaire ou à la demande du ministère public (C. com., art. L. 641-1-1).

Enfin, dès lors que le débiteur emploie au moins 50 salariés, le tribunal doit solliciter l'AGS pour que celle-ci fasse valoir ses observations sur la désignation du liquidateur, (C. com., art. L. 641-1, II, al. 4, R. 621-2-1).

Une co-liquidation n'est pas interdite. Plusieurs liquidateurs peuvent en effet être nommés par le tribunal soit d'office, soit à la demande du ministère public, soit enfin du débiteur ou du créancier poursuivant (C. com., art. L. 641-1, II, al. 2).

Bien que la loi ne le précise pas, il semble que les co-liquidateurs désignés disposeront chacun de l'entier pouvoir d'exercer les droits et actions du débiteur en liquidation judiciaire, sauf disposition contraire du jugement (en ce sens sous l'empire du droit antérieur: Civ. 2<sup>e</sup>, 8 janv. 1997, *JCP E* 1997. I. 651. n° 5, obs. Ph. Pétel).

## B. La mission du liquidateur

Outre, la réalisation des éléments de l'actif de l'entreprise et l'apurement du passif (v. ss 442 s.), la mission du liquidateur comprend la représentation des créanciers (1), la représentation du débiteur frappé de dessaisissement (2) et l'administration de l'entreprise en cas de maintien provisoire de l'activité (3).

*L'activité du liquidateur est placée sous la surveillance du juge-commissaire et du ministère public. Il doit les informer au moins tous les trois mois, du déroulement des opérations de liquidation et leur présenter un rapport de liquidation avec des informations détaillées sur l'avancement des opérations liquidatives, à la fin de chaque année (C. com., art. L. 641-7, R. 641-38).*

### 1. La représentation des créanciers

En tant que représentant des créanciers, le liquidateur effectue ou achève (lorsque la liquidation judiciaire a été prononcée par conversion; v. ss 429), la vérification des créances antérieures et établit l'ordre entre les créanciers (C. com., art. L. 641-4, L. 641-5).

Il poursuit également les actions qui intéressent les créanciers et qui ont été introduites, avant le jugement de liquidation, par l'administrateur ou le mandataire judiciaire. Il peut aussi introduire des actions nouvelles, telles que des actions en nullité ou en comblement de passif (C. com., art. L. 641-5).

Lorsque la procédure est ouverte *ab initio* (c'est-à-dire sans qu'une procédure de sauvegarde ou de redressement n'ait été précédemment ouverte), le liquidateur est dispensé de la vérification des créances chirographaires, s'il apparaît que le produit de la liquidation de l'actif n'en permettra pas le paiement en raison du montant des frais de justice et des créances privilégiées (C. com., art. L. 641-4, al. 2).

### 2. La représentation du débiteur dessaisi

La liquidation judiciaire emporte surtout le dessaisissement automatique du débiteur dont les droits et actions sont désormais exercés par le liquidateur jusqu'au jugement de clôture de la liquidation (C. com., art. L. 641-9, I, al. 1<sup>er</sup>; sur l'étendue du dessaisissement, v. ss 441 s.).

434 ■

435 ■

436 ■

437 ■

438 ■

Lorsque le débiteur est une personne morale, l'ouverture de la procédure de liquidation ne met pas un terme aux fonctions des dirigeants sociaux. La liquidation judiciaire n'est plus en effet une cause de dissolution de plein droit (et donc automatique) de la société (v. ss 448). Toutefois, « en cas de nécessité », un mandataire peut être désigné au lieu et place des dirigeants par une ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou bien encore du ministère public (C. com., art. L. 641-9, II).

Compte tenu de la liquidation judiciaire de la société, les dirigeants se trouvent privés de tous pouvoirs de gestion et de direction en raison du dessaisissement frappant le débiteur personne morale. Ces pouvoirs sont exclusivement exercés par le liquidateur jusqu'à la clôture de la procédure. Cependant, en leur qualité de représentant légal, ils peuvent exercer les droits propres conservés par la personne morale, notamment certaines voies de recours (v. ss 445 s.).

### 3. *L'administration de l'entreprise en cas de maintien provisoire de l'activité*

■ 439

La liquidation judiciaire met normalement fin à l'activité de l'entreprise. Toutefois le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale de trois mois, éventuellement prorogée de trois mois supplémentaires à la demande du ministère public (C. com., art. L. 641-10, R. 641-18).

La décision de maintenir l'activité de l'entreprise n'est pas laissée à la discrétion du tribunal. Celle-ci n'est possible que dans deux hypothèses :

- d'une part, si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige ;
- d'autre part, si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable.

■ 440

Lorsque le maintien de l'activité est décidé, l'administration de l'entreprise est confiée au liquidateur, sauf en cas de nécessité ou lorsque l'entreprise emploie plus de vingt salariés ou réalise un chiffre d'affaires hors taxes de plus de 3 000 000 d'euros (C. com., art. R. 641-19). Dans ces deux hypothèses, le tribunal *doit* désigner un administrateur judiciaire pour administrer l'entreprise, dont le nom peut être proposé, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, par le ministère public (C. com., art. L. 641-10, al. 5).

Dans tous les cas, le liquidateur ou l'administrateur pourront :

– exiger la continuation des contrats en cours au jour du jugement de liquidation judiciaire (v. ss 450). Les créances nées régulièrement pendant le maintien de l'activité bénéficieront du privilège de procédure prévu, en cas de liquidation judiciaire, par l'article L. 641-13 du Code de commerce (v. ss chapitre 7) ;

– exiger la continuation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 641-12 ; v. ss 452) ;

– procéder aux licenciements pour motif économique des salariés. Ces licenciements devront être faits dans les conditions posées par l'article L. 631-17 du Code de commerce, c'est-à-dire après consultation des institutions représentatives du personnel, information de l'autorité administrative compétente et autorisation du juge-commissaire. Enfin, les licenciements devront présenter un caractère urgent, inévitable et indispensable (C. com., art. L. 641-10, al. 3 ; v. ss chapitre 6, v. ss 170) ;

– préparer, le cas échéant, un plan de cession dont le liquidateur recevra et distribuera le prix versé par le cessionnaire (C. com., art. L. 641-10, al. 4 et al. 5).

## § 2 Le dessaisissement du débiteur

Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit le dessaisissement du débiteur de l'administration et de la disposition de l'ensemble de ses biens tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée (C. com., art. L. 641-9, I, al. 1<sup>er</sup>). La règle est d'ordre public (Com. 28 juin 1994, *Bull. civ.* IV, n° 239) et revêt, selon la Cour de cassation, un caractère constitutionnel (v. ss rubrique « Documents »).

La portée du dessaisissement est en revanche différente lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). *Il se limite aux biens compris dans le patrimoine contre lequel la procédure de liquidation a été ouverte*. L'EIRL conserve donc intact le pouvoir d'administrer et de disposer librement de ses autres patrimoines. Ce cantonnement du dessaisissement se justifie par la règle du cloisonnement des patrimoines du débiteur (C. com., art. L. 680-1 ; v. ss 183).

Dans tous les cas, le dessaisissement du débiteur part de la date du jugement, et non de sa publicité.

À compter du jugement de liquidation judiciaire, les droits et actions sur le patrimoine du débiteur ne peuvent être exercés que par le liquidateur, et lui seul (A). En dépit du dessaisissement, le débiteur conserve l'exercice de certains droits, appelés en jurisprudence « droits propres » (B). La loi du 26 juillet 2005 passe sous silence la sanction applicable à ces principes (C).

### A. Le domaine du dessaisissement

Sous réserve du cas particulier de l'EIRL (v. ss 441), le dessaisissement qui frappe le débiteur en liquidation judiciaire est général, et est opposable même à l'égard des tiers de bonne foi (Com. 2 avr. 1996, *D.* 1996. 339, obs. A. Honorat). Le débiteur dessaisi est désormais représenté par le liquidateur pour tous les actes exigés par son activité professionnelle mais aussi personnelle. Il ne peut passer aucun contrat, ni exercer d'actions en justice, ni procéder à aucun paiement, même par voie de compensation, sauf entre deux dettes connexes (Com. 10 mars 1987, *Bull. civ.* IV, n° 66). En outre, le paiement fait par un créancier entre les mains du débiteur est inopposable au liquidateur et ne produit donc pas d'effet libératoire (Paris, 10 avr. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991. 361, obs. B. Dubreuil).

*Le dessaisissement concerne tous les biens présents et à venir du débiteur*. Il s'étend également aux biens communs en application de l'article 1413 du Code civil (Ass. plén. 23 déc. 1994, *D.* 1995. 145, rapp. Y. Chartier, note F. Derrida). Les créanciers du conjoint du débiteur en liquidation judiciaire ne peuvent en conséquence exercer des poursuites sur les biens de la communauté en dehors des cas où les créanciers du débiteur soumis à la liquidation peuvent eux-mêmes agir. L'arrêt des poursuites résultant de l'ouverture de la procédure leur est donc opposable. Les créanciers des époux doivent également déclarer leur créance à la procédure (Com. 14 mai 1996, *RTD civ.* 1996. 666, obs. P. Crocq ; *D.* 1996. 460, note F. Derrida ; sur l'obligation de déclaration : v. ss chapitre 8, v. ss 239 s.).

Le dessaisissement s'accompagne, depuis la loi du 26 juillet 2005, de l'interdiction pour le débiteur personne physique d'exercer une activité commerciale, artisanale, agricole ou toute activité indépendante tant que la procédure de liquidation judiciaire n'a pas été clôturée (C. com., art. L.641-9, III).

441 ■

442 ■

443 ■

444 ■

Au final, *seul l'exercice d'une activité salariée demeure permis au cours de la procédure de liquidation judiciaire*. Cependant, les salaires perçus par le débiteur seront atteints par le dessaisissement, sous réserve de la fraction insaisissable. En d'autres termes, la fraction saisissable devra être affectée au désintéressement des créanciers de la procédure. Mais encore faut-il que le liquidateur procède à cette fin à une saisie-attribution sur salaire.

Un tempérament est toutefois posé lorsque le débiteur est un EIRL. L'article L. 641-9, III prévoit en effet qu'à la différence des autres débiteurs personnes physiques, l'EIRL peut poursuivre – en dépit de la liquidation judiciaire dont l'un de ses patrimoines est l'objet – l'exercice d'une ou de plusieurs activités (autre que salariée) « si celles-ci engagent un patrimoine autre que celui visé par la procédure » de liquidation (C. com., art. L. 641-9, III *in fine*).

## B. Les exceptions au principe du dessaisissement

■ 445

*Le dessaisissement du débiteur connaît des limites.*

*Tout d'abord*, le débiteur dessaisi peut se constituer partie civile pour établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime (C. com., art. L. 641-9, I, al. 2). Les dommages et intérêts alloués devront cependant être versés au liquidateur en vertu des règles de dessaisissement et seront affectés au désintéressement des créanciers.

*Ensuite*, le débiteur peut accomplir les actes et exercer les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur (ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ; v. ss 440). Il peut en conséquence exercer seul :

- *les actions à caractère personnel*, telles que notamment les actions d'état, comme l'action en divorce ou les actions patrimoniales ayant un caractère moral, telle la séparation des biens. Mais en ce cas, le liquidateur doit intervenir dans l'instance. La Cour de cassation a également jugé que le débiteur en liquidation judiciaire pouvait renoncer seul au bénéfice d'une succession au motif que l'acceptation ou la renonciation d'une succession ouverte est un droit attaché à la personne (Com. 3 mai 2006, v. ss « Documents »). En revanche, le droit d'exiger le remboursement d'un compte courant d'associé n'est pas un droit personnel attaché à la qualité d'associé car il tend au recouvrement de la créance dont dispose l'associé contre la personne morale, et constitue donc un droit pécuniaire qui doit être exercé par son liquidateur (Com. 23 sept. 2014, v. ci-dessous la rubrique « Documents ») ;

- les actes conservatoires ;

- *l'exercice des droits propres du débiteur dans la procédure* comme, par exemple, les recours contre le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation ou contre une ordonnance du juge-commissaire ou bien encore contre les décisions statuant sur l'existence et le montant des créances (Com. 26 oct. 1999, *Dr. et patr.* 2000. 85, n° 99).

■ 446

*Enfin*, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le liquidateur ne peut, *sauf accord du débiteur* :

- réaliser les biens ou droits acquis au titre d'une succession ouverte *après l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire* ;

- ou provoquer le partage de l'indivision résultant de l'ouverture de la succession (C. com., nouv. art. L. 641-9, IV).

De l'avis de la doctrine, cette exception nouvelle, apportée au principe de dessaisissement du débiteur, constitue une limite à l'effet réel de la procédure

collective, et n'a donc pas pour effet de faire échapper les biens successoraux du gage des créanciers. Ceux-ci conservent sur ces biens leur droit de poursuite individuelle pendant la liquidation judiciaire (P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 740 ; Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014. 1223).

### C. La sanction du dessaisissement

À l'image de la loi du 25 janvier 1985, la loi du 26 juillet 2005 n'a prévu aucune sanction en cas de violation du dessaisissement. L'acte est-il nul ou simplement inopposable ? Cette seconde sanction était celle applicable sous l'empire de la loi de 1967 : l'acte conclu en violation des règles du dessaisissement était déclaré inopposable à la masse. La masse ayant aujourd'hui disparu, la logique devrait commander de substituer à la sanction de l'inopposabilité celle de la nullité. Mais, la Cour de cassation a décidé de reconduire la solution ancienne au motif que le débiteur dessaisi n'est frappé d'aucune incapacité d'accomplir des actes juridiques. Ces derniers sont en conséquence simplement inopposables à la procédure collective même si le cocontractant est de bonne foi (Com. 23 mai 1995, *D.* 1995. 413, note F. D). Dans le silence de la nouvelle loi, cette solution semble de prime abord applicable.

447 ■

## § 3 Les autres effets de la liquidation judiciaire

Lorsque l'entreprise est une société, l'ouverture de la liquidation judiciaire n'est plus une cause de dissolution de plein droit (A). Il s'agit là d'une innovation de l'ordonnance du 12 mars 2014. Elle influe en revanche sur les conditions de la continuation des contrats (B).

### A. L'absence de dissolution du débiteur « personne morale »

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire n'est plus une cause de dissolution de plein droit, c'est-à-dire automatique, des sociétés (C. civ., nouv. art. 1844-7). Ses dirigeants sociaux demeurent donc en fonction jusqu'à la clôture de la liquidation. Ils exerceront les droits propres de la société (v. ss 438).

448 ■

Cette solution était souhaitée depuis longue date par la doctrine (J. Vallansan, « Liquidation judiciaire d'une société et représentation de la personne morale par ses dirigeants », *BJS* 2002. 1154). D'autant que la Cour de cassation avait refusé de reconnaître la dissolution de plein droit des associations, et de toute autre personne morale de droit privé, pour cause de liquidation judiciaire en l'absence de texte spécifique (Com. 8 juill. 2003, *Rev. sociétés* 2003. 887, note P. Le Cannu).

### B. La continuation des contrats en cours

#### 1. Le régime général de la continuation des contrats

L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire n'est pas une cause de résiliation des contrats en cours. *Ce principe est d'ordre public* (C. com., art. L. 641-11-1, I) Il s'applique donc même :

449 ■



- si le contrat est un contrat *intuitu personae* ;
- si le débiteur n'a pas exécuté ses engagements antérieurs ;
- et si l'activité de l'entreprise n'est pas maintenue à la suite de l'ouverture ou du prononcé de la liquidation judiciaire (C. com., art. R. 641-21, al. 4). *Sur ce point, la solution est une solution nouvelle. Avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, la continuation des contrats en cours était en effet limitée au seul cas où l'activité de l'entreprise était maintenue en vue d'une cession à un tiers (C. com., anc. art. L. 641-10). L'ordonnance a supprimé cette limite dans le but de garantir la poursuite des contrats essentiels à la conservation des actifs du débiteur dans l'attente de leur liquidation. Tel est notamment le cas des contrats d'entretien ou des contrats de maintenance.*

■ 450

Sauf lorsqu'un administrateur est nommé (v. ss 440), le liquidateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant. Pour ce faire, il doit s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires pour financer la poursuite de cette exécution. La situation est donc identique à celle posée en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (sur cette question : v. ss chapitre 7).

■ 451

Toutefois, des différences de régime existent (C. com., art. L. 641-11-1).

*La première différence est une différence de domaine.* En vertu de l'article L. 641-11-1, le régime de la continuation des contrats en cours ne s'applique ni aux contrats de travail et contrats de fiducie (ces exceptions sont donc communes à toutes les procédures collectives : v. ss chapitre 7), ni « à la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou de droits transférés dans un patrimoine fiduciaire » (C. com., art. L. 641-11-1, VI). Le sort de cette convention est donc directement réglé par les prévisions des parties. Par conséquent, s'il a été stipulé que la convention prendrait fin en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire du débiteur constituant, cette stipulation contractuelle s'imposera au liquidateur (v. ss 453).

*La deuxième différence vise les cas dans lesquels le contrat est résilié de plein droit.* Ceux-ci sont au nombre de trois (C. com., art. L. 641-11-1, III). Le contrat est résolu de plein droit :

- si après mise en demeure du cocontractant, le liquidateur décide de ne pas continuer l'exécution du contrat. Cette décision peut être expresse ou résulter du silence conservé par le liquidateur pendant un délai d'un mois à compter de la mise en demeure du créancier (C. com., art. L. 641-11-1, III, 1<sup>o</sup>) ;

- lorsque le contrat a été continué sur option du liquidateur mais que cette continuation s'avère par la suite impossible, faute des fonds suffisants pour poursuivre l'exécution, et, que le cocontractant refuse de continuer la relation contractuelle (C. com., art. L. 641-11-1, III, 2<sup>o</sup>) ;

- lorsque le liquidateur décide de ne pas poursuivre un contrat mettant à la charge du débiteur le paiement d'une somme d'argent. En ce cas, la résiliation s'opère au jour où le cocontractant est informé de la décision du liquidateur (C. com., art. L. 641-11-1, III, 3<sup>o</sup>). La solution vise le cas particulier d'une renonciation *spontanée* du liquidateur à la continuation du contrat, *c'est-à-dire d'une renonciation sans mise en demeure préalable du créancier* (sur les effets de cette renonciation en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire : v. ss 217)

En conclusion, les deux premiers cas sont communs aux trois procédures (sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire). Le troisième est en revanche propre à la liquidation judiciaire.

## 2. Les règles propres au contrat de bail

La liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles affectés à l'exploitation de l'activité de l'entreprise, même si celle-ci n'est pas maintenue (C. com., art. L. 641-12, al. 1<sup>er</sup>, R. 641-21, al. 4). La règle a pour objet de garantir le bon déroulement de la liquidation.

Le liquidateur (ou l'administrateur) peut décider de *continuer le bail*. En ce cas, le contrat de bail est poursuivi dans les conditions d'origine prévues au contrat. Le liquidateur ne peut obtenir, par exemple, une réduction du loyer ou modifier la destination des lieux (C. com., art. L. art. L. 641-12, al. 1<sup>er</sup>).

Le liquidateur (ou l'administrateur) peut aussi décider de *céder le bail* (C. com., art. L. 641-12, al. 2). Cette cession doit être faite « dans les conditions prévues par le contrat de bail ». Cependant, toute clause imposant au cédant (donc au débiteur) une solidarité avec le cessionnaire, notamment pour le paiement des loyers postérieurs à la cession, est réputée non écrite.

Le liquidateur (ou l'administrateur judiciaire) peut enfin décider de *résilier le bail*. En ce cas, la résiliation s'opère de plein droit « au jour où le bailleur est informé de la décision du liquidateur de ne pas continuer le bail » (C. com., art. L. 641-12, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>). De son côté, le bailleur n'est pas privé du droit de solliciter la résiliation judiciaire du bail ou de faire constater sa résiliation de plein droit. Cette demande de résiliation peut intervenir dans les deux cas suivants :

- pour une cause antérieure au jugement de liquidation judiciaire, ou au jugement d'ouverture de la procédure collective qui l'a précédée lorsque la liquidation judiciaire est prononcée sur conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 641-12, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>);
- pour défaut de paiement des loyers et des charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-12, al. 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>).

## 3. Le sort des contrats de fiducie

Comme il l'a été précédemment rappelé (v. ss 451), le contrat de fiducie ne constitue pas un contrat en cours.

Dès l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut en conséquence exercer ses droits dans les conditions prévues par le contrat. Il peut notamment réaliser sa garantie, c'est-à-dire céder ou transférer les biens ou droits affectés par le débiteur constituant à titre de garantie de sa créance. Il peut en outre, lorsque la fiducie-sûreté a été faite *sans dépossession*, résilier le contrat de mise à disposition prévu en faveur du débiteur (C. com., art. L. 641-11-1, VI; v. ss 451) et revendiquer les biens détenus par le débiteur en vertu de l'article L. 624-16 du Code de commerce (P. Crocq, *L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés*, JCP E 2009. 1313, spéc. n° 38 s.). Cette résiliation du contrat de mise à disposition fait donc obstacle à ce que les biens ou droits sur lesquels le contrat portait puissent être inclus dans le plan de cession. Cette inclusion ne sera en pratique possible qu'à la condition que le créancier bénéficiaire de la fiducie l'accepte (C. com., art. L. 642-7; v. ss 477).

452 ■

453 ■

- 454 L'article L. 641-12-1 du Code de commerce prévoit également que lorsque *le débiteur constituant est le bénéficiaire d'un contrat de fiducie* (cas par ex. d'une fiducie-gestion ou d'une fiducie rechargeable), l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation à son égard « entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat ». Cette résiliation va donc emporter le retour dans le patrimoine du débiteur « des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire » au jour de la liquidation judiciaire (M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnance », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté*, D. 2009. 670 s., spéc. n° 23).

## section 2

# Les opérations de liquidation judiciaire

- 455 Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, la liquidation avait pour finalité exclusive de mettre fin à l'activité de l'entreprise par l'apurement de son passif au moyen de cessions dispersées des actifs du débiteur. Si cette finalité demeure (§ 1), la loi de 2005 lui adjoint une finalité supplémentaire : procéder à la réalisation du patrimoine du débiteur dans le but de sauvegarder l'entreprise par sa cession à un tiers (C. com., art. L. 640-1, al. 2). Aujourd'hui, la « sauvegarde » de l'entreprise est donc possible même en phase liquidative. Cette « sauvegarde » s'opérera techniquement par l'adoption d'un *plan de cession*<sup>o</sup> totale ou partielle de l'activité (§ 2).

## § 1 La réalisation de l'actif en l'absence de plan de cession

- 456 Lorsque la « sauvegarde » de l'entreprise par l'adoption d'un plan de cession ne peut être envisagée, le tribunal doit alors ordonner la réalisation des actifs du débiteur. *Cette réalisation s'opérera de manière isolée, et donc en ordre dispersé* (A). Cependant, afin d'éviter que cette liquidation ne traîne en longueur et que le dessaisissement du débiteur ne perdure, la loi du 26 juillet 2005 a introduit une procédure de *liquidation judiciaire simplifiée*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 644-1). Cette procédure est destinée non seulement à *accélérer* le temps des opérations liquidatives mais également à *alléger* les règles applicables à la cession des actifs du débiteur (B).

### A. Les conditions de la cession de biens isolés

- 457 *En l'absence de plan de cession, la réalisation de l'actif s'opère en autant d'actes de cession qu'il y a d'éléments d'actif à céder*. Ceci oblige à distinguer entre la cession d'immeuble (1) et la cession de meuble (2). Des règles particulières sont également posées lorsque le bien meuble est l'objet d'un droit de rétention (3).

Rappelons que ces règles ont vocation à s'appliquer en cas conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire lorsqu'un plan de cession partielle a été arrêté mais qu'aucun plan de redressement n'a pu être adopté en faveur du débiteur (C. com., art. L. 631-22, al. 3 ; v. ss 419). Les éléments d'actif exclus du plan de cession seront l'objet d'une cession isolée, soit de gré à gré, soit par voie d'enchères publiques.

### 1. La cession d'immeuble

Les ventes d'immeuble ont lieu selon les formes prescrites en matière de saisie immobilière (C. com., art. L. 642-18, al. 1<sup>er</sup>). Toutefois, la mise à prix, les conditions essentielles de la vente ainsi que les modalités de la publicité sont fixées par le juge-commissaire. Les créanciers disposent d'un droit de surenchère. L'adjudication judiciaire emporte purge des hypothèques et des privilèges inscrits sur l'immeuble (C. com., art. L. 642-18, al. 2).

Cette procédure peut être écartée sur décision du juge-commissaire. Celui-ci dispose en effet de la maîtrise du mode de réalisation des actifs du débiteur, tant immobiliers, que mobiliers. Il peut autoriser la cession par adjudication amiable, organisée par un notaire (C. com., art. L. 642-18, al. 3). Les créanciers conservent un droit de surenchère et l'adjudication emporte également purge des hypothèques et des privilèges. Il peut également autoriser la vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine (C. com., art. L. 642-18, al. 3). À la différence de l'adjudication judiciaire ou amiable, la vente d'immeuble de gré à gré n'emporte pas purge des inscriptions. Pour obtenir cette purge, l'acheteur devra respecter la procédure de droit commun prévue par les articles 2181 et suivants du Code civil.

458 ■

### 2. La cession de meuble

S'agissant de la cession des meubles du débiteur, le juge-commissaire peut *soit* ordonner la vente aux enchères, *soit* autoriser leur vente de gré à gré mais aux prix et conditions qu'il détermine (C. com., art. L. 642-19, al. 1<sup>er</sup>). Cette autorisation préalable a un caractère d'ordre public. À défaut, la vente est frappée de nullité absolue (en ce sens, à propos du droit antérieur : Com. 27 oct. 1998, *JCP E* 1999. 2064, n° 6, obs. Ph. Pétel).

À la différence des solutions posées par le droit commun de la vente, si la cession de gré à gré est parfaite dès l'ordonnance du juge-commissaire qui l'autorise (mais sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée), elle n'emporte en revanche transfert de propriété qu'à la suite de l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire (Com. 7 sept. 2010, *BJE* 2011. 18, note J. Théron).

459 ■

### 3. La cession des biens soumis à un droit de rétention

Lorsqu'un bien est l'objet d'un gage ou d'un droit de rétention, le liquidateur peut, avec l'autorisation du juge-commissaire, payer le créancier gagiste ou rétenteur afin de retirer le bien retenu en vue de sa vente (C. com., art. L. 641-3). Cette solution fait exception au principe d'interdiction de paiement des créances antérieures, applicable à l'ensemble des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (sur ce point, v. ss 500).

Dans l'hypothèse où le bien n'est pas retiré contre paiement, le liquidateur doit, *dans les six mois du jugement de liquidation*, demander l'autorisation du juge-commissaire pour procéder à la réalisation forcée du bien (C. com., art. L. 642-20-1). Une fois obtenue, l'autorisation doit être notifiée au créancier quinze jours avant la réalisation du bien. Le droit du créancier gagiste ou rétenteur se reporte alors de plein droit sur le prix (C. com., art. L. 642-20-1, al. 3), ce qui lui permet d'être désintéressé avant tout autre créancier, même ceux qui bénéficient d'un droit de préférence (sur l'ordre des paiements : v. ss 502 s.).

460 ■

■ 461

*Le créancier gagiste a la possibilité de demander au juge-commissaire que le bien lui soit judiciairement attribué afin de faire échec à la réalisation forcée du bien constitué en gage (C. com., art. L. 642-20-1, al. 2). Le créancier simplement rétenteur ne peut bénéficier de cet avantage. La jurisprudence considère que le droit de rétention, qui n'est pas une sûreté, n'est pas assimilable au gage et qu'il ne permet pas en conséquence au créancier simplement rétenteur de solliciter l'attribution de la chose retenue en sa faveur (Com. 9 juin 1998, D. 1999. Somm. 300, obs. S. Piédelièvre).*

*La demande d'attribution judiciaire doit être formée avant la réalisation du bien par le liquidateur, même si la créance du créancier gagiste n'a pas encore été admise au jour de cette demande. Mais si après l'attribution judiciaire, la créance est rejetée en toute ou partie, le créancier gagiste devra restituer au liquidateur le bien en nature ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance (C. com., art. L. 642-20-1, al. 2).*

*Ce droit à attribution judiciaire appartient à tout créancier gagiste. Peu importe donc que le gage soit un gage avec possession ou sans dépossession (Com. 6 mars 1990, JCP E 1990. II. 15815, note G. Amlon).*

## **B. Le cas particulier de la liquidation judiciaire simplifiée**

### **1. Domaine d'application**

■ 462

*La loi du 26 juillet 2005 a institué une procédure de liquidation judiciaire simplifiée<sup>o</sup> qui est réservée aux entreprises de petite taille et dont l'actif ne comprend pas de bien immobilier.*

*La taille de l'entreprise est appréciée au regard de deux seuils : d'une part, l'entreprise ne doit pas avoir employé, au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure, plus d'un salarié ; d'autre part son chiffre d'affaires hors taxe ne doit pas excéder 300 000 euros (C. com., art. L. 641-2, D. 641-10, al. 1<sup>er</sup>). Ces deux seuils sont cumulatifs.*

*Si ces conditions (taille de l'entreprise, absence de bien immobilier) sont remplies, l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est alors obligatoire. Toutefois, le tribunal peut, à tout moment, décider de ne plus faire application des règles spécifiques de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée et de replacer ainsi la liquidation judiciaire dans la procédure de droit commun (C. com., art. L. 644-6, R. 644-4)*

■ 463

*L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire simplifiée est en revanche facultative, dans le cas suivant (C. com., art. L. 641-2-1) :*

- d'une part, si l'entreprise ne dispose d'aucun bien immobilier ;
- et, d'autre part, si l'entreprise n'emploie pas plus de cinq salariés et si son chiffre d'affaires hors taxe n'excède pas 750 000 euros (C. com., art. D. 641-10, al. 2).

*Ces deux seuils sont cumulatifs.*

*À l'image des solutions précédentes (v. ss 462), le tribunal peut, à tout moment, décider de ne plus faire application des règles spécifiques de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée et replacer la liquidation judiciaire dans la procédure de droit commun (C. com., art. L. 644-6, R. 644-4)*

### **2. Régime juridique**

■ 464

*La liquidation judiciaire simplifiée permet une liquidation judiciaire « abrégée ».*

Toutefois, la durée de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, directement fonction du caractère obligatoire ou facultatif de son prononcé. Dans le premier cas (liquidation judiciaire simplifiée obligatoire), la durée de la procédure est portée à *six mois* (C. com., nouv. art. L. 644-5, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Dans le second (liquidation judiciaire simplifiée facultative), la procédure doit être clôturée au plus tard *un an* après son ouverture (C. com., art. L. 644-5, al. 1<sup>er</sup> *in limine*).

L'opposition entre procédure de liquidation judiciaire simplifiée obligatoire et procédure de liquidation judiciaire simplifiée facultative se retrouve également s'agissant des modalités de cession des actifs du débiteur en liquidation.

*Lorsque la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est obligatoire* (v. ss 462), les biens du débiteur sont vendus de gré à gré ou aux enchères publiques dans les *trois mois suivant l'ouverture de la procédure* (C. com., art. L. 644-2, al. 1<sup>er</sup>). Dans un souci de rapidité, c'est le liquidateur (sans autorisation préalable du juge-commissaire) qui détermine les biens vendus de gré à gré ou aux enchères publiques. Si à la fin de cette période de trois mois, des biens subsistent, ils sont alors obligatoirement vendus aux enchères publiques (C. com., art. L. 644-2, al. 2).

*Lorsque la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est prononcée à titre facultatif* (v. ss 463), la décision de vendre les biens du débiteur, de gré à gré ou aux enchères publiques, relève de la compétence soit du tribunal, soit de son président (C. com., art. L. 644-2, al. 3). La vente doit intervenir dans les trois mois de cette décision. À défaut, ils sont vendus aux enchères publiques (C. com., art. L. 644-2, al. 3 *in fine*).

*La procédure de liquidation judiciaire simplifiée est également une procédure « allégée ».* Cet allègement concerne à titre principal la vérification des créances. Celle-ci se limite aux créances nées d'un contrat de travail ainsi qu'aux seules créances susceptibles de venir en rang utile dans la répartition (C. com., art. L. 644-3). En d'autres termes, le liquidateur devra identifier parmi les créances déclarées, celles qui pourront être effectivement payées. Pour les autres, la faiblesse des actifs du débiteur rend vain tout espoir de distribution des fonds. Procéder à leur vérification est donc inutile.

465 ■

*La procédure de liquidation judiciaire simplifiée conduit à l'application d'un régime plus formaliste de la répartition des fonds que celui prévu en cas de procédure de liquidation judiciaire de droit commun.*

466 ■

À l'issue de la procédure de vérification et d'admission, le liquidateur doit établir un projet de répartition qui est déposé au greffe du tribunal afin que tout intéressé puisse en prendre connaissance et puisse, le cas échéant, le contester (C. com., art. L. 644-4). Ce dépôt est accompagné d'une publicité par voie d'avis au BODACC ainsi que dans un journal d'annonces légales (C. com., art. R. 644-2).

À compter de cette publication, tout intéressé dispose d'un délai d'un mois pour contester le projet de répartition devant le juge-commissaire. La décision de ce dernier peut à son tour être l'objet d'un recours dans les dix jours de sa notification (C. com., art. R. 621-21 sur renvoi de R. 644-3). En l'absence de contestation ou à la suite de la décision du juge-commissaire, le liquidateur procédera à la répartition.

## § 2 La réalisation de l'actif par voie de plan de cession

■ 467

La liquidation judiciaire de l'entreprise peut également se faire par voie de *plan de cession*<sup>o</sup> totale ou partielle en faveur d'un tiers repreneur. Ce mode spécifique de réalisation du patrimoine du débiteur poursuit une *triple finalité* (C. com., art. L. 642-1):

- assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome ;
- le maintien de tout ou partie des emplois qui y sont attachés ;
- apurer le passif.

L'objectif général poursuivi est donc d'assurer le « sauvetage » de l'entreprise.

*Cette opération de cession constitue une opération complexe*, dont le régime juridique est dans une large mesure le décalque de celui qui était hier appliqué au plan de cession arrêté dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. Toutefois, la loi du 26 juillet 2005 en intégrant le plan de cession au sein de la procédure de liquidation judiciaire a cherché à renforcer la protection du débiteur auquel le plan est judiciairement imposé. La loi nouvelle se caractérise notamment par un renforcement de la transparence des conditions d'adoption du plan de cession (A). La loi définit également le contenu du plan (B) ainsi que les conséquences qui lui sont attachées (C).

### A. L'adoption du plan de cession

Le choix du repreneur est arrêté par le tribunal (2) parmi les différentes offres de reprise déposées par les tiers (1).

#### 1. Les conditions relatives aux offres de reprise

■ 468

Dès le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, l'entreprise est à vendre. C'est également le cas lorsqu'une procédure de redressement judiciaire a été ouverte puisqu'un plan de cession peut être adopté soit concomitamment au plan de redressement bénéficiant au débiteur, soit au lieu et place de celui-ci (v. ss 419). Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'entreprise peut être aussi l'objet d'une ou de propositions de reprise, alors que le débiteur n'a sollicité que le bénéfice d'un mandat *ad hoc*, ou d'une procédure de conciliation. Tel sera le cas lorsque le juge a confié au mandataire *ad hoc*, ou au conciliateur, « l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait, le cas échéant, être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire » (v. ss 57).

Lorsque la cession est envisagée lors d'une procédure de redressement judiciaire, les offres de reprise devront être adressées à l'administrateur dès l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 631-13). Dans le cas d'une procédure de liquidation judiciaire, le dépôt des offres se fait auprès du liquidateur (ou de l'administrateur, s'il en est désigné) dans le délai fixé par le tribunal (C. com., art. L. 642-2, I). Cependant, lorsque la procédure de liquidation judiciaire est ouverte sur conversion d'une procédure de redressement judiciaire, le tribunal peut décider de n'accorder aucun nouveau délai supplémentaire s'ils estiment que les offres déjà déposées sont satisfaisantes (C. com., art. L. 642-2, I, al. 2). Il en sera de même lorsque les offres ont été reçues en phase de conciliation ou de mandat *ad hoc*, mais après avis du ministère public (C. com., art. L. 642-2, I, al. 2 *in fine* réd. Ord. du 12 mars 2014).

*La présentation et le contenu des offres déposées sont strictement réglementés.*

Les offres doivent être faites par écrit et comporter les indications énumérées par l'article L. 642-2, II du Code de commerce. Ces indications concernent, à titre principal, la désignation des biens, droits et contrats que le tiers se propose de reprendre, le montant du prix et ses modalités de règlement, les prévisions d'activité ainsi que les perspectives d'emploi.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale, soumise à statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, l'offre devra indiquer la qualification professionnelle du cessionnaire (C. com., art. L. 642-2, III).

En pratique, l'ensemble de *ces indications a pour objet de s'assurer du sérieux de l'offre* au regard des objectifs poursuivis par le plan de cession qui sont le maintien de l'activité, de l'emploi qui y est attaché et l'apurement du passif.

Une fois déposée, l'offre est *intangibile*. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan (C. com., art. L. 642-2, V). *Cette intangibilité de l'offre explique qu'elle ne peut être retirée, ni même modifiée, sauf si la modification est destinée à l'améliorer « dans un sens plus favorable aux objectifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 642-1 ».* Tel sera le cas si la modification tend à une augmentation du prix de cession initialement prévu, à un élargissement du périmètre de reprise ou bien encore à augmenter le nombre d'emplois sauvegardés.

Par ailleurs, *dans un but de transparence, les offres de reprises sont l'objet d'une publicité* (C. com., art. L. 642-2, IV). Le liquidateur, ou le cas échéant, l'administrateur, doit :

- informer le débiteur, le mandataire judiciaire et les contrôleurs du contenu des offres reçues ;
- et, déposer les offres au greffe du tribunal afin de permettre à tout intéressé d'en prendre connaissance.

Cette transparence a pour objet de favoriser les surenchères entre les potentiels repreneurs par une modification de leur offre initiale à la hausse.

*Toute personne ne peut pas se porter repreneur.* Dans un but de moralisation du plan de cession, l'auteur de l'offre doit être un tiers (C. com., art. L. 631-13 (RJ), L. 642-3 (LJ)). Ce principe interdit au débiteur de se porter cessionnaire. Il en va de même des dirigeants de droit ou de fait lorsque l'entreprise est une personne morale. L'interdiction est étendue aux parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique.

Les contrôleurs sont également interdits de déposer une offre de reprise soit directement, soit par personne interposée.

Cette interdiction est complétée par une seconde interdiction afin d'éviter des reprises détournées. Il est en effet interdit aux personnes, précédemment énumérées, d'acquérir *dans les cinq ans qui suivent la cession* tout ou partie des biens dépendant de la liquidation ainsi que des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine tout ou partie de ces biens (C. com., art. L. 642-3, al. 1<sup>er</sup> *in fine*).

Ces interdictions sont toutefois tempérées (C. com., art. L. 642-3, al. 2). Le tribunal dispose du droit d'autoriser la cession par un jugement spécialement motivé, mais uniquement sur requête du ministère public et après avis des contrôleurs.

Lorsque l'entreprise est une exploitation agricole, le tribunal peut en outre autoriser la cession à un parent ou allié du débiteur. Cette exception se justifie par

469 ■

470 ■

471 ■

472 ■



le fait que le plus souvent les alliés ou parents du débiteur sont les seuls acquéreurs potentiels de cette exploitation. L'exception tient ici à la nature même de l'activité de l'entreprise. En revanche, la cession ne peut jamais être faite au bénéfice des contrôleurs.

## **2. Le choix du repreneur par le tribunal**

- 473 Parmi les offres déposées, le tribunal doit retenir celle « qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution » (C. com., art. L. 642-5). Il doit se livrer à une appréciation d'opportunité économique globale en tenant notamment compte des qualités personnelles du repreneur ainsi que des intérêts de tous les partenaires de l'entreprise. Cette appréciation s'effectue en fonction des éléments intrinsèques de l'offre et au regard des éléments communiqués au tribunal par le liquidateur, ou le cas échéant par l'administrateur. Ces derniers doivent communiquer au tribunal tous les éléments permettant d'apprécier le caractère sérieux de l'offre ainsi que ceux permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif (C. com., art. L. 642-4).

En fonction des offres déposées, le tribunal peut arrêter un ou plusieurs plans de cession (C. com., art. L. 642-5, al. 1<sup>er</sup>).

- 474 *Les voies de recours contre le jugement arrêtant ou rejetant le plan sont strictement limitées.* Le débiteur et le ministère public sont seuls à pouvoir en faire appel sans limite (C. com., art. L. 661-6, III). Aucune tierce opposition n'est en revanche possible (C. com., art. L. 661-7). En outre, seul le ministère public peut former pourvoi en cassation.

L'appel du cessionnaire n'est possible que si le plan lui impose des obligations autres que les engagements qu'il avait souscrits au cours de la préparation du plan. S'agissant des cocontractants du débiteur, seuls ceux dont les contrats sont transmis à l'occasion du plan peuvent former appel mais seulement pour la partie du jugement qui décide de cette cession (v. ss 477 s.).

## **B. Le contenu du plan de cession**

Le tribunal détermine l'étendue de la cession (1). À cette fin, il peut ordonner la cession forcée de certains contrats nécessaires à la poursuite de l'activité cédée (2).

### **1. La cession totale ou partielle de l'entreprise**

- 475 La cession peut être totale ou simplement partielle (C. com., art. L. 642-1, al. 2).  
*Lorsque la cession est totale*, le plan porte sur la totalité des actifs de l'entreprise affectés à son exploitation (Com. 3 mars 1992, D. 1992. IR 104).

*Lorsque la cession est simplement partielle*, elle doit alors obligatoirement porter sur un ensemble d'éléments d'exploitation formant une *branche complète et autonome d'activité*<sup>9</sup> ou plusieurs (C. com., art. L. 462-1, al. 2). Rien n'interdit au tribunal d'adopter plusieurs plans de cession partielle et de scinder l'entreprise en différents sous-ensembles transmis à des repreneurs distincts. (C. com., art. L. 642-5, al. 1<sup>er</sup> *in fine*). Dans tous les cas, les éléments d'actifs non inclus dans le plan de cession sont liquidés individuellement soit par la conclusion d'une cession de gré à gré, soit par une adjudication amiable ou par enchères publiques (v. ss 459).

*La cession arrêtée par le plan en faveur du repreneur obéit à un régime dérogatoire du droit commun :*

– le débiteur en liquidation judiciaire, à qui la cession est imposée, n'est tenu à l'égard du cessionnaire ni de la garantie des vices cachés, ni de la garantie d'éviction (Com. 22 oct. 1996, *JCP E* 1997. 651, n° 3, obs. Ph. Pétel);

– les droits de préemption prévus par le Code rural ou le Code de l'urbanisme ne peuvent s'exercer sur un bien compris dans le plan et ne peut donc faire échec au sauvetage de l'entreprise (C. com., art. L. 642-5, al. 4; Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mai 2010 : *D.* 2010. 1342, obs. A. Lienhard)).

476 ■

## 2. La cession forcée de certains contrats

Le plan de cession peut prévoir la cession forcée de certains contrats (C. com., art. L. 642-7).

*Cette cession forcée* ne concerne que les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services mais à la condition que ceux-ci soient « nécessaires au maintien de l'activité ».

Au terme de la jurisprudence antérieure à la loi du 26 juillet 2005, ne constitue pas un contrat de fourniture de biens ou de service : le contrat de franchise (Com. 14 mars 1995, *D.* 1997. Somm. 7, obs. F. Derrida), le contrat de prêt (Com. 13 avr. 1999, *D.* 2000. Cah. dr. aff. 257, note P. Lipinski), le contrat de *cautionnement* (Com. 10 juill. 2001, *D.* 2001. AJ 2595, obs. A. Lienhard).

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le principe de cession forcée est écarté lorsque le contrat est un contrat de mise à disposition portant sur un bien ou un droit transmis dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie (C. com., art. L. 642-7 al. 5). Ce contrat échappe à la continuation des contrats en cours. Il peut être résilié dès l'ouverture de la liquidation judiciaire du débiteur constituant, même si le bien ou le droit est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise (v. ss 453). La transmission de cette convention au cessionnaire de l'entreprise n'est donc possible qu'avec l'accord exprès du créancier bénéficiaire.

477 ■

En revanche, le caractère *intuitu personae* du contrat cédé n'est pas un obstacle à sa cession. Tout dépend du degré de l'*intuitu personae*, ce qui conduit à une appréciation *au cas par cas*. À titre d'exemples, la jurisprudence a admis la cession forcée d'un contrat de concession automobile (Versailles, 23 mars 2000, *RJ com.* 2000. 273, obs. A. Martin-Serf) ainsi que celle d'un contrat par lequel une vedette du sport s'engageait à fournir son nom, sa marque et ses prestations personnelles (Poitiers, 20 avr. 1988, *JCP E* 1989. II. 15591, n° 12, obs. M. Cabrillac).

478 ■

La cession des contrats, décidée par le tribunal, a lieu *de plein droit*. Le cocontractant ne peut donc s'opposer à la cession. Le tribunal est seulement tenu de le convoquer à l'audience (C. com., art. R. 642-7). En outre, toute clause prévue dans le contrat qui aurait pour objet ou pour effet d'en paralyser le jeu est réputée non écrite. *La cession s'impose donc au cocontractant qui peut cependant former appel de la décision* (v. ss 474).

479 ■

Les prestations fournies et non réglées avant la transmission du contrat restent à la seule charge du débiteur et n'incombent donc pas au cessionnaire, sauf si ce dernier y a expressément consenti (Com. 14 avr. 1992, *RTD com.* 1993. 183, obs. A. Martin-Serf).

480 ■

- 481 Les contrats cédés par voie de plan doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 642-7, al. 3). Le tribunal ne peut donc modifier ni la durée du contrat, ni le prix, ni son objet (Com. 17 mars 2000, *D.* 2000. AJ 249, obs. P. Pisoni). Il ne peut pas non plus accorder au cessionnaire des délais de paiement, même si ceux-ci sont destinés à assurer la poursuite de l'activité.

Une exception à ces principes a été apportée par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 s'agissant du contrat de bail commercial. L'alinéa 4 de l'article L. 642-7 du Code de commerce prévoit en effet que lorsque le plan inclut la transmission du bail commercial, le tribunal peut imposer au bailleur une déspecialisation partielle en autorisant le repreneur à adjoindre à l'activité prévue initialement au contrat des activités connexes ou complémentaires.

- 482 Lorsque le plan inclut la cession d'un contrat de crédit-bail, le cessionnaire ne peut lever l'option d'achat qu'en payant les sommes restant dues au crédit-bailleur dans la limite de la valeur du bien fixé d'un commun accord entre les parties, ou à défaut par le tribunal (C. com., art. L. 642-7, al. 4). Ce plafonnement ne s'applique toutefois qu'aux sommes demeurées impayées du chef du débiteur en procédure collective. Il s'ensuit que le cessionnaire à qui le contrat de crédit-bail est cédé doit payer l'intégralité des sommes qui lui incombent personnellement au titre du contrat cédé (Com. 23 nov. 2004, *RTD com.* 2005. 598, obs. C. Saint-Alary-Houin).

### 3. Les obligations du cessionnaire

- 483 Lors de son offre, le cessionnaire souscrit plusieurs engagements, dont celui de payer le prix de cession (a) et de respecter l'inaliénabilité frappant certains biens inclus dans le plan de cession (b). La charge de certaines sûretés lui est également transmise de plein droit (c). À côté de ces engagements généraux prévus par la loi, le cessionnaire peut prendre des engagements personnels destinés à assurer la poursuite de l'activité cédée (d).

- 484 L'ensemble de ces engagements a un caractère personnel. Le cessionnaire ne peut, de sa propre initiative, se substituer un tiers en cours d'exécution du plan. Toute substitution de cessionnaire doit être autorisée par le tribunal arrêtant le plan (C. com., art. L. 642-9, al. 3). *La faculté de substitution doit donc être prévue dès le départ, c'est-à-dire dans l'offre de reprise.*

Cependant, une substitution en cours d'exécution du plan est possible. Elle constitue alors une modification substantielle qui doit être autorisée par le tribunal après avoir recueilli l'avis du ministère public et après convocation du liquidateur, de l'administrateur, s'il en a été désigné un, des représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et de toute autre personne intéressée (C. com., art. L. 642-9, al. 3).

Toute substitution non autorisée peut être annulée à la demande de tout intéressé ou du ministère public (C. com., art. L. 642-9, al. 4).

#### a. Le paiement du prix de cession

- 485 Lors de son offre, le cessionnaire s'est engagé au versement d'un prix. Son montant (une fois versé) est consigné à la Caisse des dépôts et consignations. Il est affecté à l'apurement du passif et sera donc réparti par le liquidateur entre les créanciers selon leur rang. Il s'agit là d'une différence avec les solutions retenues lorsque la cession est

arrêtée à l'occasion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Car, en ce cas, le prix de cession est directement versé au débiteur (v. ss chapitre 12).

Le prix de cession proposé par le cessionnaire peut être modifié par le tribunal lors de l'adoption définitive du plan. Mais, cette modification ne peut s'opérer qu'à la baisse. Le tribunal ne peut en effet augmenter le prix de cession, sans l'accord du repreneur.

En toute hypothèse, *le prix de cession est un prix forfaitaire* qui ne reflète pas la valeur réelle et individuelle des biens compris dans le plan de cession. Il faut en effet ici tenir compte des engagements pris par le cessionnaire, notamment s'agissant du maintien de l'emploi lié à la branche d'activité cédée (en ce sens : Com. 16 juin 1998, *JCP E* 1998. 1382, obs. Ph. Pétel).

*L'obligation de paiement du prix qui pèse sur le cessionnaire a un caractère personnel.* Le cessionnaire ne peut donc se substituer un tiers dans l'exécution du plan, sauf autorisation du tribunal (v. ss 484).

Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix global est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence (C. com., art. L. 642-12, al. 1<sup>er</sup>). Pour éviter tout arbitraire et erreur, la quote-part du prix affecté à chaque bien grevé « est déterminée au vu de l'inventaire et de la prise des actifs » du débiteur, et, doit « correspondre au rapport entre la valeur du bien et la valeur totale des actifs cédés » (C. com., art. L. 642-12, al. 1<sup>er</sup> *in fine* réd. Ord. du 12 mars 2014)

*Le paiement complet du prix de cession par le cessionnaire emporte purge des inscriptions* et interdit en conséquence aux créanciers inscrits de faire valoir leurs droits à son égard (C. com., art. L. 642-12, al. 2 et 3). Le cessionnaire acquiert ainsi les biens libres de toute sûreté sans assumer d'obligation particulière à l'égard des créanciers anciennement inscrits. Ce principe traduit un affaiblissement significatif de la valeur des sûretés réelles. Les créanciers inscrits ne peuvent en effet faire une surenchère, ni faire appel du plan de cession. Toutefois, la loi prévoit que le paiement complet du prix n'emporte pas extinction du droit de suite bénéficiant à certains créanciers. Ces derniers peuvent en effet l'exercer en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire (C. com., art. L. 642-12, al. 3 *in fine*).

*L'ensemble de ces principes connaît un tempérament lorsque les biens, inclus dans le plan de cession, sont l'objet d'un droit de rétention* (C. com., art. L. 642-12, al. 5 ; v. ss 460).

## **b. La reprise de certaines dettes**

*Le cessionnaire n'est pas en principe tenu des dettes générées par l'activité avant sa cession.*

Le plan de cession constitue en effet un mode de transmission à titre particulier et non un procédé de transmission à titre universel emportant la transmission de plein droit des créances et des dettes liées à l'entreprise ou à la branche d'activité cédée. De fait, le tribunal ne peut imposer au cessionnaire de prendre à sa charge une partie des dettes liées à l'activité cédée (Com. 30 mars 1993, *D.* 1993. 384, note P. Le Cannu). Une solution différente n'est possible qu'à la condition que le cessionnaire ait expressément accepté par une clause spéciale de l'acte de cession de prendre à sa charge tout ou partie du passif antérieur (en ce sens : Com. 3 janv. 1995, v. ss « Documents » ; Com. 3 juin 1995, *RJ com.* 1995. 198, rapp. J.-P. Rémy). Cette dernière solution est fortement critiquée en doctrine car elle méconnaît le principe

486 ■

487 ■

d'égalité des créanciers et donc les règles d'ordre public relatives au paiement de ces derniers.

■ 488

L'article L. 642-12, alinéa 4, du Code de commerce déroge à ce principe d'intransmissibilité du passif.

Il impose en effet au cessionnaire la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales qui garantissent le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien. Les créanciers concernés ne seront donc pas payés sur une quote-part du prix fixée par le tribunal mais recevront du cessionnaire les échéances à échoir à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du droit (sur la location-gérance : v. ss 494).

Le cessionnaire ne peut échapper à la charge de cette obligation que par un accord conclu personnellement avec les créanciers titulaires des sûretés concernées. En revanche, le tribunal n'a pas compétence pour imposer aux créanciers un tel accord.

### c. L'inaliénabilité des biens cédés

■ 489

Dans le but de garantir le paiement du prix de cession, la loi prévoit l'*inaliénabilité des biens cédés*<sup>9</sup> au repreneur. Cette inaliénabilité peut être légale ou judiciaire.

– *inaliénabilité légale des biens compris dans le plan* : tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé, le cessionnaire ne peut, à l'exception des stocks, aliéner, affecter à titre de sûretés ou donner en location ou en location-gérance les biens corporels ou incorporels qui lui ont été transmis par voie de plan (C. com., art. L. 642-9, al. 1<sup>er</sup>). Ces opérations peuvent toutefois être autorisées par le tribunal après rapport du liquidateur qui devra consulter au préalable le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, et, en tenant compte des garanties offertes par le cessionnaire (C. com., art. L. 642-9, al. 2).

Le non-respect de cette interdiction est sanctionné par la nullité des actes passés, à la demande de tout intéressé dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte litigieux (C. com., art. L. 642-9, al. 4) ;

– *inaliénabilité judiciaire des biens compris dans le plan* : à l'image des solutions posées pour les plans de sauvegarde et de redressement (v. ss 377), le tribunal peut assortir le plan de cession d'une clause rendant inaliénable tout ou partie des biens cédés, et ce pour une durée qu'il détermine (C. com., art. L. 642-10).

L'inaliénabilité est alors l'objet d'une publicité destinée à informer les tiers. Comme pour l'inaliénabilité légale, tout acte passé en violation de cette interdiction judiciaire est frappé de nullité. Tout intéressé peut agir ainsi que le ministère public, dès lors que l'action en nullité est introduite dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de sa publicité, si cette publicité est imposée par la loi (C. com., art. L. 642-10, al. 2).

Le cessionnaire peut toutefois solliciter l'autorisation d'aliéner un bien inaliénable en vertu du jugement arrêtant le plan (C. com., art. L. 642-10, al. 3). À peine de nullité, cette autorisation ne peut être accordée par le tribunal qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public.

### d. Les autres engagements du cessionnaire

■ 490

Outre son obligation de payer le prix de cession, le cessionnaire peut souscrire des engagements de toute nature à l'égard de bénéficiaires déterminés ou non. Ces engagements, qui sont repris par le plan de cession, peuvent porter sur l'avenir de

l'activité, le maintien et le financement de l'entreprise ou les garanties destinées à assurer l'exécution du plan. Le cessionnaire peut ainsi s'engager à maintenir un certain niveau d'emploi, à procéder à de nouvelles embauches ou à certaines restructurations économiques.

L'inexécution de ces engagements pourra conduire à la résolution du plan de cession (v. ss 495). Mais, le juge pourrait également décider d'en ordonner l'exécution forcée, voire de prononcer la responsabilité du cessionnaire. Sous la loi du 25 janvier 1985, il a été jugé que cette responsabilité civile s'analysait en une responsabilité quasi contractuelle (Com. 26 oct. 1999, *D.* 2000. AJ 383, note A. Péliissier). Cette qualification s'explique par les difficultés entourant la nature juridique réelle du plan de cession.

## C. Les conséquences du plan de cession

Le jugement arrêtant le plan de cession n'entraîne pas la clôture de la procédure. Elle ne s'achèvera qu'une fois que le tribunal aura constaté que le cessionnaire a rempli l'ensemble des obligations mises à sa charge par le plan (C. com., art. L. 643-9, al. 5).

Le liquidateur (ou l'administrateur s'il en a été désigné un) reste ainsi en fonction pour passer les actes de cession (1) qui emporteront au profit du cessionnaire le transfert de l'entreprise ou de la branche d'activité cédée. Quant au débiteur, il est écarté de la gestion de l'entreprise mais dans l'attente de la conclusion de ces actes, l'entreprise peut être l'objet d'une location-gérance au profit du cessionnaire (2).

491 ■

### 1. La réalisation du transfert de propriété des biens cédés

L'adoption du plan de cession par le tribunal n'emporte pas à lui seul la transmission de l'entreprise. Dans un arrêt de principe en date du 26 janvier 1993, la Cour de cassation a en effet jugé que « le transfert des biens et droits compris dans le plan s'opère à la date de la passation des actes » nécessaires à la réalisation de la cession par le liquidateur, sauf lorsqu'il en a été décidé autrement par le jugement arrêtant le plan (Com. 26 janv. 1993, *D.* 1993. 205, note F. Derrida).

Les actes conclus par le liquidateur (ou l'administrateur) pour la réalisation de la cession doivent respecter le contenu et les objectifs arrêtés par le plan de cession (Com. 9 janv. 1996, *D.* 1998. Somm. 11, obs. F. Derrida). En outre, la réalisation de la cession de l'entreprise ou de la branche d'activité requiert autant d'actes qu'il y a d'éléments cédés.

492 ■

*Les règles applicables à la forme des actes de cession sont celles du droit commun.* Lorsqu'ils portent sur des immeubles, ceux-ci devront revêtir la forme authentique. S'agissant de la vente d'un fonds de commerce, les dispositions des articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce sont également applicables.

En revanche, s'agissant des règles de fond, la jurisprudence a consacré l'autonomie du plan de cession par rapport à la vente de droit commun. Depuis un arrêt du 22 octobre 1996 (*D.* 1997. Somm. 5, obs. F. Derrida), le plan de cession est défini comme une opération aléatoire et forfaitaire, qui entraîne l'exclusion des garanties attachées au droit commun de la vente, notamment la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction. Le cédant (c'est-à-dire le débiteur en liquidation judiciaire) n'est pas non plus tenu d'une obligation de non-concurrence à l'égard du cessionnaire (Com. 17 mars 1998, *RTD com.* 1998. 676, obs. C. Saint-Alary-Houin).

## 2. La gestion de l'entreprise postérieurement à l'arrêté du plan de cession

■ 493 Jusqu'à la passation des actes nécessaires à la cession (Com. 26 janv. 1993, préc. ; v. ss 491), la gestion de l'entreprise continue d'être assurée par le liquidateur, en sa qualité de représentant judiciaire du débiteur.

Le tribunal peut aussi en confier la gestion au cessionnaire (C. com., art. L. 642-8). Cette gestion s'opère alors sous sa seule responsabilité :

- le cessionnaire assume seul les risques de l'exploitation de l'activité ;
- les dettes nées à l'occasion de cette gestion intermédiaire de l'entreprise sont des dettes qui lui sont personnelles et non des dettes postérieures privilégiées (En ce sens : Com. 31 mars 1998, *RTD com.* 1998. 942, obs. A. Martin-Serf).

La possibilité de confier au cessionnaire la gestion de l'entreprise est néanmoins strictement entendue. Elle ne peut être imposée au cessionnaire par le tribunal. Seul ce dernier peut en faire la demande. Par ailleurs, le prix de cession doit avoir été consigné (C. com., art. L. 642-8).

■ 494 À titre exceptionnel, le tribunal peut aussi autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance en faveur du cessionnaire, même en présence de toute clause contraire, notamment dans le contrat de bail de l'immeuble où est exploitée l'activité de l'entreprise (C. com., art. L. 642-13).

Cette décision doit être prise lors du jugement arrêtant le plan. La période de location-gérance n'est pas une période d'essai mais une modalité particulière de réalisation de la cession. Le locataire gérant a en effet l'obligation d'acquérir l'entreprise aux conditions fixées par le tribunal, dans les deux ans du jugement arrêtant le plan de cession (C. com., art. L. 642-15). Dans le cas où le locataire gérant ne procéderait pas à la cession effective de l'entreprise dans le délai de deux ans, le tribunal *doit* ordonner, d'office ou à la demande du liquidateur ou du ministère public, la résiliation du contrat de location-gérance et la résolution du plan de cession, sans préjudice de tous dommages et intérêts (C. com., art. L. 642-17). Les biens compris dans le plan de cession seront alors l'objet d'une liquidation en ordre dispersé.

Lorsque le locataire-gérant justifie qu'il ne peut acquérir aux conditions initialement prévues par le plan *pour une cause qui ne lui est pas imputable*, le tribunal peut modifier ces conditions (C. com., art. L. 642-17, al. 2). Ces modifications ne peuvent jamais concerner ni le montant du prix de cession, ni la durée de deux ans prévue par l'article L. 642-15 du Code de commerce.

## D. L'inexécution du plan de cession

■ 495 À l'issue de chaque exercice, le cessionnaire doit rendre compte de l'exécution de ses engagements au liquidateur (C. com., art. L. 642-11, al. 1<sup>er</sup>). Si le cessionnaire n'exécute pas ses engagements, le plan de cession peut être l'objet d'une résolution judiciaire et d'une condamnation du cessionnaire à devoir verser des dommages et intérêts. Le prononcé de la résolution judiciaire n'est pas pour autant une obligation. Il s'agit d'une simple faculté qui dépendra, en pratique, de la gravité du manquement reproché au cessionnaire, voire de la nature de l'engagement violé.

Le tribunal peut ainsi préférer, à la résolution, les sanctions que sont l'exécution forcée (notamment en cas de non-paiement du prix de cession) ou l'action en responsabilité civile du cessionnaire (sur la nature de cette responsabilité : v. ss 490).

La résolution judiciaire peut être décidée d'office par le tribunal. Mais elle peut également être demandée par le ministère public, le liquidateur ainsi que par un créancier ou tout intéressé (C. com., art. L. 642-11, al. 2).

La réforme du 26 juillet 2005 a précisé les conséquences de cette résolution judiciaire. Il est prévu que *le prix de cession reste acquis à la procédure*. Il est ici apporté une exception à la rétroactivité attachée à la sanction de la résolution. Par ailleurs, les actes accomplis en exécution de la cession ne sont pas caducs de plein droit. Ils ne seront résolus ou résiliés que si le tribunal le décide (C. com., art. L. 642-11, al. 3). Leur sort est donc distinct de la résolution du plan lui-même.

496 ■

## section 3

# L'apurement du passif et la clôture de la liquidation judiciaire

La procédure de liquidation judiciaire est orientée à titre principal vers le règlement du passif de l'entreprise, c'est-à-dire des dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture ainsi que celles qui lui sont postérieures lorsque le tribunal a décidé du maintien de l'activité pour procéder à la cession de l'entreprise par voie de plan (§ 1). L'extinction de ce passif emporte clôture de la procédure (§ 2).

497 ■

## § 1 L'apurement du passif

L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire emporte déchéance du terme des créances non encore échues à cette date (A) mais suspend les poursuites individuelles des créanciers qui restent donc soumis au principe de la discipline collective (B). Le produit de la liquidation est réparti par le liquidateur entre les créanciers selon des modalités fixées par la loi (C).

498 ■

### A. La déchéance du terme

Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire *rend immédiatement exigibles les créances non échues* (C. com., art. L. 643-1). Lorsque la cession totale ou partielle est envisageable, cette déchéance du terme est reportée jusqu'à la date du jugement statuant sur le plan ou, si aucun plan ne peut être arrêté, jusqu'à l'expiration de la date fixée pour le maintien de l'activité (art. L. 643-1, al. 1<sup>er</sup> *in fine*) C. com.

499 ■

En vertu de cette déchéance, les créances qui n'étaient pas encore exigibles au jour du jugement d'ouverture le deviennent. Cependant, la déchéance du terme ne permet pas la compensation, sauf entre deux créances connexes, car l'exigibilité résultant de la liquidation judiciaire n'est pas assimilable à celle que produit l'échéance normale (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 1967, *DSH* 1967. 358, note H. Mazeaud).



La déchéance du terme ne joue que dans les rapports créancier/débiteur. Elle n'affecte pas les droits des créanciers contre les coobligés et « garants » (personnes physiques ou morales ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie). En conséquence, le créancier ne peut pas exercer ses recours contre la caution, même solidaire, ou les coobligés avant l'échéance initialement prévue (Com. 8 mars 1994, D. 1994. 557, note E. Bazin).

## B. La suspension des poursuites individuelles

■ 500

*Le jugement de liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux prévus en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire* (C. com., art. L. 641-3). Il emporte par conséquent :

- la suspension des poursuites individuelles<sup>o</sup> (v. ss chapitre 8) ;
- l'interdiction de payer les créances antérieures (v. ss chapitre 6), sauf si le paiement a pour objet : soit de retirer un gage ou une chose légitimement retenue, soit pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail mais à la condition alors que le paiement soit d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien. *Dans tous ces cas, le paiement doit être autorisé par le juge-commissaire pour être valable* (C. com., art. L. 641-3, al. 2) ;
- l'arrêt du cours des intérêts (v. ss chapitre 8) ;
- l'interdiction de toute inscription nouvelle d'hypothèque, gage, nantissement et privilège (v. ss chapitre 8).

À l'image également des solutions posées en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire, les créanciers antérieurs doivent déclarer leurs créances (C. com., art. L. 641-3, al. 4). Il en sera de même pour les éventuels créanciers postérieurs non privilégiés, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent bénéficier du privilège de procédure prévu par l'article L. 641-13 du Code de commerce.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, les conditions d'attribution de ce privilège ne sont plus totalement identiques à celles énoncées par l'article L. 622-17 en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (v. ss chapitre 9, v. ss 286 s.). Deux nouveaux critères d'éligibilité ont été introduits.

Aux termes de la nouvelle rédaction de l'article L. 641-13, I du Code de commerce, le droit de priorité au paiement s'applique, *comme hier*, aux créances postérieures nées :

- pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité ;
- ou en, contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité.

Mais, il joue également, *aujourd'hui*, en faveur des créances postérieures nées :

- en exécution d'un contrat en cours décidée par le liquidateur ;
- ou pour les besoins de la vie courante du débiteur, si ce dernier est une personne physique.

■ 501

Deux tempéraments importants au principe de suspension des poursuites sont apportés par la loi.

*Le premier tempérament* concerne les créanciers gagistes qui peuvent solliciter l'attribution judiciaire du gage, à titre de paiement. Cette solution leur permet d'éviter la priorité des créanciers ayant un rang plus favorable (C. com., art. L. 642-20-1, al. 2 ; v. ss 302).

Le *second tempérament* concerne les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, ainsi que le Trésor public pour ses créances privilégiées (C. com., art. L. 643-2, al. 1<sup>er</sup>).

Ces créanciers peuvent exercer leur droit de poursuite à la condition d'avoir préalablement déclaré leur créance et si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire. Ces conditions sont cumulatives.

Cette solution est destinée à pallier l'inertie du liquidateur qui peut conduire à un dépérissement de la valeur des biens grevés de ces sûretés. En cas d'exercice de leur droit de poursuite, la mise à prix du bien est fixée par le juge-commissaire en accord avec le créancier poursuivant (C. com., art. R. 643-1).

Lorsque l'activité est poursuivie parce que le tribunal estime que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, le droit de poursuite individuelle des créanciers précités ne pourra s'exercer qu'à l'expiration du délai fixé pour le dépôt des offres de reprise et si aucune offre incluant le bien n'a été présentée (C. com., art. L. 643-2, al. 2).

## C. La répartition du produit de la liquidation entre les créanciers

Le règlement des créanciers est effectué sur le produit de la vente des actifs de l'entreprise dans les conditions fixées par l'article L. 641-13 du Code de commerce. Une distinction est faite selon que le bien est un immeuble ou un meuble.

502 ■

*En cas de vente d'un immeuble*, le prix de vente sera colloqué selon l'ordre établi par le liquidateur qui doit tenir compte de la liste des créances postérieures privilégiées de l'article L. 641-13 du Code de commerce (C. com., art. L. 642-18, al. 5, R. 643-6).

503 ■

Les créanciers titulaires d'un privilège général ou spécial sur l'immeuble vendu seront désintéressés avant les créances postérieures privilégiées, à l'exception cependant des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure (C. com., art. L. 641-13, II).

L'ordre de paiement est alors le suivant :

- 1° les créances salariales superprivilégiées ;
- 2° les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ;
- 3° Les créances garanties par le privilège de conciliation (si une telle procédure a précédé la liquidation judiciaire) ;
- 4° les créances salariales privilégiées ;
- 5° les créances antérieures garanties par les sûretés immobilières spéciales en fonction de leur ancienneté ;
- 6° les créances postérieures privilégiées qui seront payées selon l'ordre de l'article L. 641-13, III du Code de commerce ;
- 7° les créances antérieures et postérieures non privilégiées.

*En cas de vente d'un meuble*, sera payé en priorité avant les créanciers postérieurs privilégiés, le créancier rétenteur qui a, entre ses mains, le bien cédé (C. com., art. L. 641-13, II ; v. ss 460). La même règle s'applique pour le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement régi par les articles L. 525-1 et suivants du Code de commerce.

504 ■

Mais le désintéressement de ces deux catégories de créanciers interviendra en revanche qu'après paiement du superprivilège des salariés, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure *ainsi que* des créanciers antérieurs, titulaires du privilège de conciliation de l'article L. 611-1 du Code de commerce.

Comme en matière de vente d'un immeuble, les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés ne seront payés qu'en toute fin. L'espoir d'un paiement, dans les deux cas, présente un caractère bien vain.

■ 505

Lorsque la liquidation est ouverte par conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, *les créances nées régulièrement au cours de ces procédures ne constituent pas des créances antérieures* mais sont assimilées par la loi à des créances postérieures privilégiées qui doivent en conséquence être payées à leur échéance. (C. com., art. L. 641-13, I, al. 2).

Cette solution assoit l'unité de la procédure collective ouverte contre le débiteur et préserve les droits des créanciers qui ont accepté de participer à la continuation de l'activité de l'entreprise placée en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou qui ont conclu avec elle lors de l'exécution du plan.

Mais il faut noter, qu'à la suite de la conversion, ces créanciers seront primés par les créanciers antérieurs munis de sûretés spéciales assorties d'un droit de rétention ou titulaires d'un nantissement de matériel et d'outillage. L'article L. 641-13, II retient en effet un ordre de paiement différent de celui qui est prévu par l'article L. 622-17, II, en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire (v. ss 304).

## § 2 La clôture de la procédure de liquidation judiciaire

■ 506

Depuis la loi du 26 juillet 2005 et afin de réduire la durée des procédures de liquidation judiciaire, le tribunal doit fixer, dans le jugement d'ouverture, le délai au terme duquel la clôture de la liquidation judiciaire devra être examinée (C. com., art. L. 643-9, al. 1<sup>er</sup>). Il est également prévu qu'à l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jugement de liquidation judiciaire, tout créancier peut saisir le tribunal aux fins de clôture (C. com., art. L. 643-9, al. 3).

Ces solutions doivent être approuvées. Sous l'empire du droit antérieur, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 6 § 1<sup>er</sup> Conv. EDH qui impose le « délai raisonnable » des procédures judiciaires (CEDH 17 janv. 2002, n° 41476/98, *Laine c/ France*, D. 2002. AJ 807). Force est de reconnaître le bien-fondé de cette condamnation lorsque l'on sait qu'en 2003, la durée moyenne des procédures de liquidation judiciaire a été évaluée à 45,3 mois (*Rapp. AN*, n° 2095. 397).

Selon les cas, la clôture de la procédure peut être une *clôture pour extinction du passif*<sup>o</sup> (A) ou une *clôture pour insuffisance d'actif*<sup>o</sup> (B).

### A. La clôture pour extinction du passif

■ 507

Le tribunal prononce la clôture des opérations de liquidation judiciaire lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que le liquidateur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers (C. com., art. L. 643-9, al. 2).

Le jugement de *clôture pour extinction du passif*<sup>o</sup> met un terme aux fonctions des organes de la procédure et au dessaisissement du débiteur. Le jugement de clôture rétablit donc le débiteur dans tous ses droits et le dispense ou le relève de toutes les déchéances ou interdictions prononcées lors de la procédure (C. com., art. L. 653-11, al. 2).

Ce principe s'applique désormais sans distinction du mode juridique d'exploitation de l'entreprise. Peu importe donc que celle-ci soit une entreprise individuelle ou une personne morale de droit privé. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il est en effet prévu qu'une société en liquidation judiciaire n'est dissoute de plein droit que *lorsque la liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif* (C. civ., art. 1844-7, 7° ; v. ss 448). Il s'ensuit qu'à l'image des solutions posées par la jurisprudence s'agissant des associations (Com. 19 oct. 2010, *Rev. sociétés* 2011. 191, obs. Ph. Roussel Galle), les sociétés redeviennent de plein droit « maîtresses de leurs biens » en cas d'extinction du passif et peuvent en conséquence poursuivre l'activité relevant de leur objet social.

## B. La clôture pour insuffisance d'actif

La procédure de liquidation judiciaire doit être clôturée lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance d'actif (C. com., art. L. 643-9, al. 2), ou bien encore, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, lorsque l'intérêt de poursuivre les opérations de liquidation « est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels ».

Il y a clôture pour *insuffisance d'actif*<sup>o</sup> lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers ne permet plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers (C. com., art. R. 643-16 ; Com. 5 mars 2002, *RJDA* 2002, n° 671). À l'image de la clôture pour extinction du passif, il est alors mis fin aux fonctions des organes de la procédure, et le débiteur recouvre l'ensemble de ses pouvoirs.

La *clôture pour insuffisance d'actif*<sup>o</sup> éteint tout droit de poursuite des créanciers contre le débiteur (1). Ceux-ci peuvent en revanche agir contre les « garants » et coobligés du débiteur (2).

### 1. L'extinction du droit de poursuite des créanciers contre le débiteur

Le jugement de clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur (C. com., art. L. 643-11). Aucune action n'est désormais plus possible. Ce principe a été critiqué. Il consacre un droit de ne pas payer ses dettes qui prive les créanciers de tout droit au paiement de leur créance alors même qu'ils n'ont pu être désintéressés par le produit de la liquidation des actifs de l'entreprise. Mais, en dépit de sa sévérité pour les créanciers, le principe permet au débiteur de faire table rase du passé. Il va pouvoir « rebondir », c'est-à-dire recommencer une activité professionnelle sans être gêné par le poids du passif de l'entreprise liquidée.

La libération du débiteur n'a pas une portée absolue. Elle comporte deux séries d'exceptions. La première tient à la nature de la créance ; la seconde au comportement du débiteur.

508 ■

509 ■

510 ■

■ 511

*Exception tenant à la nature de la créance*: le droit de poursuite du créancier subsiste dans trois cas :

– tout d’abord, le créancier conserve son droit de poursuite si la créance trouve son origine dans une infraction pour laquelle la culpabilité du débiteur a été établie (C. com., art. L. 643-11, I, 2°). Cette exception a un caractère général : peu importe que l’infraction trouve ou non sa source dans des faits étrangers à l’activité professionnelle du débiteur. En d’autres termes, le débiteur ne bénéficie pas d’une impunité pour les délits liés à l’activité professionnelle liquidée ;

– ensuite, l’extinction du droit de poursuite n’affecte pas les droits attachés à la personne du créancier (C. com., art. L. 643-11, I, 2°) ;

– par ailleurs, depuis l’ordonnance du 12 mars 2014, les créanciers conservent leurs actions portant sur les biens acquis par le débiteur au titre d’une succession ouverte *pendant* la procédure de liquidation judiciaire. Cette nouvelle exception fait écho à l’interdiction faite au liquidateur, sauf accord du débiteur, « de réaliser les biens ou droits acquis au titre d’une succession ouverte après l’ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire » ou d’en provoquer le partage (C. com., nouv. art. L. 641-9). Il s’ensuit que si, durant la procédure, ces biens étaient exclus du droit de gage des créanciers de la procédure par exception à l’effet réel de celle-ci (v. ss 446), cette exclusion ne survit pas à la clôture de la procédure. Les créanciers antérieurs pourront en conséquence obtenir paiement de ce qui leur dû en saisissant les biens composant l’actif de la succession échue au débiteur.

■ 512

*Exception tenant au comportement du débiteur*: certaines de ces exceptions font recouvrer automatiquement leur droit de poursuite aux créanciers . Tel sera le cas :

– si la faillite personnelle du débiteur est prononcée (C. com., art. L. 643-11, III) ;

– s’il est reconnu coupable de banqueroute (C. com., art. L. 643-11, III) ;

– si le débiteur ou une personne morale dont il a été dirigeant a été soumis *soit* à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d’actif moins de cinq ans avant l’ouverture de celle à laquelle il a été soumis, *soit* à une procédure secondaire au sens du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000.

Cette dernière hypothèse vise le cas où une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte en France contre l’établissement d’un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un autre État de l’Union européenne (v. ss 147). Le maintien en faveur des créanciers de leur droit de poursuite vise, notamment, à éviter que « le débiteur soumis à une procédure d’insolvabilité à l’étranger ne voie son passif apuré qu’au détriment des seuls créanciers français » (A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, op. préc. n° 1067) ;

– si le débiteur a bénéficié, au cours des cinq dernières années précédant la date d’ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, d’un effacement de ses dettes au titre d’une procédure de rétablissement personnel sans liquidation (v. ss 517 s.).

Les créanciers recouvrent également leur droit de poursuite en cas de fraude du débiteur (C. com., art. L. 643-11, IV). *La reprise des actions individuelles n’a pas, en ce cas, un caractère automatique*. Elle est soumise à l’autorisation du tribunal. Cette autorisation peut être donnée lors de la clôture de la procédure *ou* après celle-ci. Dans les deux cas, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment convoqué le débiteur, le liquidateur et les contrôleurs.

## 2. Le maintien du droit de poursuite contre les coobligés et « garants » du débiteur

*L'extinction du droit de poursuite des créanciers ne profite qu'au seul débiteur. Aussi, les créanciers conservent-ils leur action contre les coobligés et les personnes physiques ou morales ayant consenti une sûreté personnelle ou qui ont affecté ou cédé un bien en garantie (Com. 8 juin 1993, Bull. Joly 1993. 911, obs. M. Jeantin). La clôture pour insuffisance d'actif n'emporte pas en effet extinction de la dette. Elle n'affecte que le droit de poursuite qui lui est attaché.*

513 ■

Réciproquement, l'absence d'extinction de la créance principale explique que les coobligés et personnes (physiques ou morales) ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie qui ont payé au lieu et place du débiteur peuvent poursuivre celui-ci, en dépit de la clôture pour insuffisance d'actif (C. com., art. L. 643-11, II).

514 ■

En d'autres termes, l'arrêt des poursuites ne frappe que le créancier garanti et non les garants du débiteur.

## 3. La réouverture de la procédure clôturée pour insuffisance d'actif

*Une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif peut être reprise dans deux cas :*

515 ■

- lorsqu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ;
- lorsqu'il y a des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, telle qu'une action en dommages et intérêts (Crim. 27 janv. 2010, *Rev. sociétés* 2010. 193, obs. Ph. Roussel Galle).

Dans un cas comme dans l'autre, la reprise de la procédure de liquidation judiciaire peut être sollicitée par le liquidateur (en dépit de la cessation de ses fonctions) mais aussi par tout créancier intéressé ainsi que par le ministère public (C. com., art. L. 643-13, al. 2). Le tribunal peut également se saisir d'office.

Pour éviter toute reprise abusive, ou fantaisiste, à la demande d'un créancier, celui-ci doit consigner les fonds nécessaires aux frais des opérations de réouverture de la liquidation. Ces frais seront remboursés par priorité sur les sommes recouvrées à la suite de la reprise de la procédure.

La nature des effets de la reprise a été précisée par l'ordonnance du 12 mars 2014. L'article L. 643-13 énonce désormais, en son alinéa 3, que « la reprise de la procédure produit ses effets *retroactivement* pour tous les actifs du débiteur que le liquidateur aurait dû réaliser avant la clôture de la procédure de liquidation judiciaire ». La reprise ne s'étend donc pas aux biens acquis par le débiteur depuis le jugement de clôture de la procédure.

516 ■

En outre, afin d'accélérer la procédure de liquidation judiciaire ainsi « reprise », il est prévu que lorsque les actifs du débiteur à recouvrer consistent en une somme d'argent, la procédure de liquidation judiciaire sera soumise obligatoirement au régime de la liquidation judiciaire simplifiée (C. com., art. L. 643-13, al. 3). La vérification des créances sera donc limitée aux seules créances susceptibles d'être payées en rang utile (v. ss 465).

section **4**

## Le rétablissement professionnel du débiteur

■ 517 L'ordonnance du 12 mars 2014 introduit une nouvelle procédure : la *procédure de rétablissement professionnel sans liquidation*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 645-1 s.).

Cette nouvelle procédure qui, de l'avis unanime de la doctrine et de la pratique, constitue l'innovation la plus importante de l'ordonnance, s'inspire de la procédure de rétablissement personnel, organisée par le Code de la consommation en faveur des particuliers surendettés.

Applicable aux procédures ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014, elle a pour finalité d'« adapter le traitement des situations irrémédiablement compromises à la réalité économique de l'entreprise » en organisant l'effacement des dettes du débiteur ne disposant d'aucun patrimoine à liquider (F. Reille, « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 2/2014. Dossier 22).

■ 518 La procédure de rétablissement professionnel sans liquidation revêt de nombreuses particularités. Il s'agit, tout d'abord, d'une procédure ultra-simplifiée, placée sous l'autorité d'un juge unique, appelé *juge commis*<sup>o</sup>. Il s'agit aussi d'une procédure accélérée dont la durée est limitée à quatre mois. Il s'agit en outre d'une procédure sélective qui n'est ouverte qu'au seul débiteur personne physique, dès lors qu'il n'est pas un EIRL.

Enfin, la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation ne constitue pas une nouvelle catégorie de procédure collective. Elle n'emporte en effet aucun des effets traditionnellement attachés à la qualification de procédure collective : les créanciers ne sont soumis à aucune discipline collective, et, l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel n'emporte aucun dessaisissement du débiteur.

■ 519 L'objectif de la nouvelle procédure de rétablissement personnel est double :

- d'une part, traiter, en marge de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, même simplifiée, les dossiers dits impécunieux, c'est-à-dire ceux dont on sait par avance que le désintéressement des créanciers est totalement illusoire faute d'actifs à réaliser, et dont le nombre s'élève à plus de 20 000 par an (F.-X Lucas et M. Sénéchal, « La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel », *D.* 2013. 1852).

- d'autre part, permettre le rebond rapide du débiteur, d'où son nom de « rétablissement professionnel ».

Les conditions d'ouverture (§1) et le régime (§2) de la procédure de rétablissement professionnelles sont définies aux articles L. 645-1 à L. 645-12 du Code de commerce.

### § 1 Conditions d'ouverture de la procédure

■ 520 Deux séries de conditions d'éligibilité sont posées pour pouvoir bénéficier de l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel. Les premières sont relatives à la personne du débiteur (A) ; les secondes ont trait à sa situation patrimoniale (B). À

ces deux premières conditions qui sont des conditions de fond s'ajoutent des conditions procédurales particulières (C).

## A. Conditions relatives à la personne du débiteur

*La procédure de rétablissement professionnel sans liquidation est une procédure sélective.* Elle ne peut être ouverte qu'à la demande exclusive d'un débiteur *personne physique* exerçant une activité au sens de l'article L. 640-2, c'est-à-dire une activité commerciale, agricole ou toute profession indépendante y compris soumise « à un statut législatif ou réglementaire » ou dont le titre est protégé.

Cependant, tous les débiteurs personnes physiques ne sont pas éligibles : *les EIRL en sont expressément exclus* (C. com., art. L. 645-1, al. 2).

Par ailleurs, le recours à une procédure de rétablissement professionnel est fermé au débiteur qui, dans les cinq ans précédant le jugement d'ouverture, a été l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel (C. com., art. L. 645-1, al. 2). Cette exigence renforce le caractère exceptionnel et sélectif de la procédure de rétablissement professionnel qui n'est en définitive réservée qu'aux seuls débiteurs « méritants » (F. Reille, art. préc.).

521 ■

## B. Conditions relatives à la situation patrimoniale du débiteur

L'ordonnance du 12 mars 2014 réserve le bénéfice de la procédure de rétablissements professionnels aux très petits entrepreneurs et professionnels indépendants. Dans ce but, outre le fait que le débiteur doit justifier être dans une situation irrémédiablement compromise, des exigences particulières sont posées s'agissant de sa situation patrimoniale (C. com., art. L. 645-1)

Ces conditions sont au nombre de quatre :

*1<sup>re</sup> condition* : le débiteur ne doit faire l'objet d'aucune procédure collective en cours

*2<sup>e</sup> condition* : le débiteur ne doit avoir employé *aucun salarié au cours des six derniers mois précédant l'ouverture de la procédure* ;

*3<sup>e</sup> condition* : l'actif déclaré du débiteur doit être inférieur à 5 000 € (C. com., art. R. 645-1).

*4<sup>e</sup> condition* : aucune instance prud'homale impliquant le débiteur ne doit être en cours au moment de l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 645-1, al. 3).

522 ■

## C. Conditions procédurales d'ouverture

En vertu de l'article L. 645-1 nouveau du Code de commerce, la procédure de rétablissement professionnel est une procédure volontaire : seul le débiteur peut en solliciter l'ouverture (1). Elle est aussi une procédure hyper-simplifiée (2).

523 ■

### 1. Une procédure volontaire

Seul le débiteur, et lui seul, peut solliciter l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel.

Toutefois, cette demande ne peut être présentée par le débiteur de manière autonome *mais doit, pour être recevable, se greffer à une demande d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire*. À cet égard, l'article L. 645-3 nouveau dispose que

524 ■



« le débiteur qui demande l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire peut, par le même acte, solliciter l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel ». Comme le résume un auteur, « le rétablissement professionnel n'est envisagé que comme une alternative à la liquidation judiciaire classique » (F. Reille, art. préc.).

Au soutien de sa demande, le débiteur doit attester qu'il satisfait l'ensemble des conditions d'éligibilité posées par les articles L. 645-1 et L. 645-2 nouveau (v. ss 521 s.). Il doit aussi joindre à cette demande l'inventaire de ses biens ainsi que leurs modalités d'évaluation afin de permettre au tribunal de s'assurer que le montant total de son actif n'excède pas 5 000 € (v. ss 522).

## 2. Une procédure accélérée et hyper-simplifiée

■ 525 C'est après avis préalable du ministère public, que le tribunal pourra ouvrir la procédure de rétablissement professionnel dès lors que les conditions légales en sont remplies (C. com., art. L. 645-3, al. 3). Cette ouverture emporte alors l'obligation pour le tribunal de sursoir à statuer sur la demande d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire faite par le débiteur (C. com., art. R. 645-2). Ce sursis à statuer explique que le tribunal puisse décider, à tout moment de la procédure de rétablissement professionnel, d'ouvrir la procédure de liquidation judiciaire demandée par le débiteur à l'origine simultanément (C. com., art. L. 645-9; v. ss 448).

■ 526 La procédure de rétablissement professionnel est enfermée dans un *délai impératif de quatre mois*, c'est-à-dire sans aucune possibilité de prorogation (C. com., art. L. 645-4, al. 2). Cette brièveté s'explique par l'absence de patrimoine à liquider et l'absence corrélatrice de toute possibilité de répartition entre les créanciers du débiteur.

■ 527 Par ailleurs, le jugement d'ouverture ne procède uniquement qu'à deux nominations (C. com., art. L. 645-4) :

– celle, tout d'abord, du *juge commis*<sup>9</sup> qui est chargé de recueillir tous les renseignements sur la situation patrimoniale du débiteur, notamment le montant de son passif et de la valeur de ses actifs. Pour l'accomplissement de sa mission, le juge commis dispose de pouvoirs identiques à celui du juge-commissaire dans le cadre des procédures collectives imposant l'élaboration du bilan économique social et environnemental. Il dispose notamment de larges pouvoirs d'investigation, qui lui permettent de recueillir des informations auprès de divers professionnels et organismes, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé ;

– celle, ensuite, du *mandataire judiciaire*, chargé d'assister le juge commis dans l'exercice de ses fonctions et d'informer les créanciers connus du débiteur sur la situation patrimoniale du débiteur, notamment le montant de son passif et de l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel afin qu'ils lui communiquent le montant de leur créance ainsi que toute information utile relative aux droits patrimoniaux qu'ils détiendraient à l'égard du débiteur (C. com., art. L. 645-8).

■ 528 Selon l'expression d'un auteur, la procédure de rétablissement professionnel est une « procédure réversible », et ceci dans le but « d'écarter tout danger d'application imméritée de la procédure de rétablissement professionnel à un débiteur qui ne satisferait pas à toutes les exigeantes conditions qui l'affectent » (F. Reille, art. préc.).

Aussi, le tribunal ayant ouvert la procédure de rétablissement professionnel dispose-t-il du pouvoir d'y mettre fin et de lui substituer l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 645-9).

La conversion de la procédure de rétablissement professionnel en procédure de liquidation judiciaire est prévue dans trois hypothèses :

*1<sup>re</sup> hypothèse* : la conversion peut être décidée par le tribunal lorsque le débiteur s'avère ne pas être de bonne foi, notamment en raison de fausse déclaration sur sa situation juridique ou patrimoniale (C. com., art. L. 645-9, al. 1<sup>er</sup>). En ce cas, l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire peut intervenir *à tout moment, sur rapport du juge commis*. Cette ouverture peut intervenir d'office, sur requête du ministère public, ou par assignation d'un créancier (C. com., art. L. 645-9, al. 3).

*2<sup>e</sup> hypothèse* : il pourra y avoir également conversion lorsque l'enquête du juge commis et du mandataire judiciaire met en évidence des éléments susceptibles de donner lieu à des sanctions patrimoniales, professionnelles ou pénales prévues au titre V du livre VI du Code de commerce (v. chapitre 14), ou à l'application des dispositions relatives aux nullités de la période suspecte. *Les conditions procédurales de l'ouverture seront alors identiques à celles présidant à la conversion pour mauvaise foi du débiteur*.

*3<sup>e</sup> hypothèse* : la conversion peut enfin intervenir s'il apparaît que les conditions de la procédure de rétablissement professionnel n'étaient pas réunies à la date du jugement d'ouverture, ou si elles ont disparu depuis cette date (C. com., art. L. 645-9, al. 2). La conversion peut alors intervenir d'office, à la demande du ministère public, d'un créancier *mais également du débiteur lui-même* (C. com., art. L. 645-9, al. 3).

529 ■

## § 2 Régime de la procédure de rétablissement professionnel

Comme il l'a déjà été précisé, la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation n'est pas une procédure collective (v. ss 518). Elle n'impose en conséquence aucune discipline collective aux créanciers (A). De même, le débiteur n'est pas l'objet d'une mesure de dessaisissement (B).

530 ■

### A. L'absence de discipline collective des créanciers

Parce qu'elle n'est pas une procédure collective, *l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel n'emporte aucune interdiction de paiement au détriment des créanciers et n'emporte pas davantage suspension ou interdiction des poursuites individuelles*. Tout créancier est donc en droit, une fois la procédure de rétablissement ouverte, de mettre en demeure ou de poursuivre le débiteur en paiement de ce qu'il lui doit. De même, rien n'interdit au créancier de diligenter une procédure d'exécution.

531 ■

L'ordonnance du 12 mars 2014 a cependant mis en place un dispositif permettant de limiter les initiatives individuelles.

Dans ce but, l'article L. 645-6 du Code de commerce institue un « succédané » de la règle d'interdiction et de suspension des poursuites et voies d'exécution en reconnaissant au juge commis la possibilité « *à la demande du débiteur*, de reporter le paiement des sommes dues dans la limite de quatre mois et ordonner, pour cette même durée, la suspension des procédures d'exécution engagées par les créanciers ». Cette possibilité de répit pour le débiteur en procédure de rétablissement professionnel est d'ordre public car « toute stipulation contraire est réputée non écrite » (C. com., art. L. 645-6, al. 2).

■ 532 Parce que la procédure de rétablissement professionnel n'est pas une procédure collective, *les créanciers ne sont pas tenus de déclarer leurs créances pour en obtenir le règlement*. Pareille obligation n'a en effet guère de sens puisque la procédure de rétablissement professionnel n'est pas destinée à organiser la répartition après liquidation de l'actif du débiteur. Tout au contraire, il s'agit d'une procédure d'effacement des dettes de ce dernier.

■ 533 Néanmoins, le mandataire judiciaire, désigné par le tribunal pour assister le juge commis, doit informer, sans délai et par lettre simple, *les créanciers connus* de l'ouverture de la procédure, et les inviter à lui *communiquer* le montant de leur créance avec indication des sommes à échoir et la date de leurs échéances, ainsi que toute information relative aux droits patrimoniaux dont ils seraient titulaires à l'égard du débiteur (C. com., art. L. 645-8, R. 645-10).

Cette communication par les créanciers doit être effectuée *dans le délai de deux mois* suivant la réception de l'avis adressé par le mandataire. Elle a principalement pour objet, non pas de déterminer précisément le passif du débiteur, mais de déterminer l'actif de celui-ci pour savoir si la procédure de rétablissement doit être ou non poursuivie. Comme le résume le professeur P.-M. Le Corre, « en demandant aux créanciers d'apporter des précisions sur leurs créances, on peut découvrir des actifs » (P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014. 733 s.). Or si des actifs sont découverts, et que leur montant conduit à un total d'actif supérieur au plafond de 5 000 € (v. ss 522), le tribunal peut alors ouvrir la procédure de liquidation judiciaire demandée simultanément à l'ouverture de la procédure de rétablissement personnel (v. ss 524 ; C. com., art. L. 645-9, al. 2).

## B. L'absence de dessaisissement du débiteur

■ 534 La procédure de rétablissement professionnel n'équivaut pas à une liquidation judiciaire. En conséquence, le débiteur n'est l'objet d'aucune mesure de dessaisissement.

Si elle peut *a priori* étonner, l'absence de dessaisissement s'explique par la quasi-inexistence d'un gage commun (moins de 5 000 €), qui en outre n'est pas appelé à être partagé entre les créanciers du débiteur. Autrement dit, « il n'y a rien à protéger » (P.-M. Le Corre, art. préc.).

Néanmoins, bien que le débiteur ne soit pas dessaisi de l'administration et de la libre disposition de ses biens, l'article L. 645-7 du Code de commerce réserve au mandataire judiciaire le pouvoir de « faire tous les actes nécessaires à la conservation des droits du débiteur ».

## § 3 Les effets de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel

■ 535 La clôture de la procédure de rétablissement professionnel emporte un effet radical : celui d'effacer les dettes du débiteur (A). En outre, la clôture ne s'oppose pas à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ultérieure (B).

## A. L'effacement des dettes du débiteur

À la différence des solutions posées pour le rétablissement personnel des particuliers surendettés par l'article L. 332-5, alinéa 2, du Code de la consommation, l'effacement des dettes consécutif à la clôture de la procédure de rétablissement professionnel concerne *toutes* les dettes du débiteur que *celles-ci aient ou non un caractère professionnel*.

Cependant si la nature de la dette est indifférente, sa date de naissance revêt un caractère déterminant. Il résulte en effet de l'article L. 645-11 du Code de commerce, que les créances « effacées » sont seulement les créances « *antérieures au jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement* » à la double condition :

- d'avoir été portées à la connaissance du juge commis
- et, d'avoir fait l'objet de l'information prévue par l'article L. 645-8, c'est-à-dire d'avoir été informés sans délai par le mandataire de l'ouverture de la procédure de rétablissement et, *a priori*, invités à communiquer les informations requises par l'article L. 645-8 (v. ss 531).

Toutes ces créances doivent être mentionnées dans l'ordonnance de clôture, sans que les conséquences d'un défaut de mention ne soient précisées (C. com., art. L. 645-7-11, *In fine*).

Certaines créances échappent cependant à l'effet extinctif de l'article L. 645-11 du Code de commerce.

Sont tout d'abord concernées *toutes les créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel*. Cette exclusion résulte d'une interprétation *a contrario* de la lettre de l'article L. 645-11 du Code de commerce qui ne vise que les seules créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement.

Sont également exclues *certaines créances antérieures*, et ceci en raison de leur nature. La liste en est dressée par l'article L. 645-11 nouveau du Code de commerce. Il s'agit des :

- créances des salariés ;
- créances alimentaires ;
- créances liées aux biens acquis au titre d'une succession ouverte pendant la liquidation judiciaire ;
- créances trouvant leur origine dans une infraction dont le débiteur a été reconnu coupable ;
- créances portant sur les droits attachés à la personne du créancier ;
- créances de remboursement des coobligés ou personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, lorsque ceux-ci auront payé le créancier à la place du débiteur.

Bien que l'ordonnance du 12 mars 2014 n'en dise mot, cet effacement n'est pas sans conséquence pour les garants du débiteur, et tout particulièrement les cautions du débiteur.

En vertu du principe de l'accessoire, ces dernières devraient normalement être en droit d'invoquer l'extinction de leur propre obligation de règlement et de couverture, à l'image des solutions hier posées en cas d'extinction des créances pour défaut de déclaration par le créancier à la procédure collective du débiteur (Dans le même sens : C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté, op. préc.*, n° 1421).

536 ■

537 ■

538 ■

Toutefois, nombreux sont les auteurs à considérer que l'effacement qui profite au débiteur est une exception relevant de la catégorie des exceptions personnelles au débiteur et non de celles inhérentes à la dette ; ce qui interdit donc au garant (et tout particulièrement à la caution) de l'invoquer à son bénéfice (En ce sens, not. : F. Pérochon, *Entreprise en difficulté*, op. préc., n° 1441).

## **B. Prononcé d'une liquidation judiciaire après clôture**

■ 539

La clôture de la procédure de rétablissement professionnel n'interdit pas l'ouverture ultérieure d'une procédure de liquidation judiciaire contre le débiteur.

L'article L. 645-12 du Code de commerce prévoit en effet que lorsque le débiteur a bénéficié d'un rétablissement professionnel clôturé sans liquidation, par une description incomplète de la consistance de son actif ou son passif, le tribunal dispose du pouvoir de remettre en cause l'effacement de ses dettes si l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire est ultérieurement sollicitée contre lui.

Cet « effacement de l'effacement », selon l'expression empruntée au professeur P.-M. Le Corre, est subordonné à ce que le tribunal fixe, dans le jugement de liquidation judiciaire, la date de cessation des paiements à la date de l'ouverture du rétablissement professionnel, *sous réserve, toutefois, que celle-ci ne soit pas antérieure de dix-huit mois au jugement d'ouverture de la liquidation*. En ce cas, les créanciers dont la créance « ressuscite » sont alors dispensés d'avoir à déclarer leur créance à la procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 645-12 *in fine*).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

Une procédure de liquidation judiciaire est ouverte lorsque le débiteur est *en cessation des paiements* et que le *redressement de l'entreprise est manifestement impossible*.

Une procédure de liquidation judiciaire peut être prononcée par conversion :

- au cours de la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire
- ou à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement si le débiteur est en cessation des paiements.

L'ouverture d'une liquidation judiciaire emporte de plein droit *dessaisissement du débiteur jusqu'à la clôture de la procédure*.

Tout acte accompli en violation du *principe de dessaisissement* est inopposable à la procédure.

L'ouverture ou le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire peut conduire à *l'adoption d'un plan de cession de l'entreprise*. La cession peut être totale ou partielle.

Le tribunal doit retenir *l'offre de reprise* qui permet d'assurer le plus durablement *l'emploi, le paiement des créanciers* et qui présente les meilleures *garanties d'exécution*.

Le plan de cession emporte la cession forcée des contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou de services *lorsque ces contrats sont nécessaires au maintien de l'activité*.

*Tant que le prix de cession n'a pas été intégralement payé par le cessionnaire, les biens compris dans le plan de cession sont inaliénables*. Cette inaliénabilité légale peut être complétée d'une inaliénabilité judiciaire.

L'inexécution du plan de cession est sanctionnée par sa *résolution judiciaire*.

*La liquidation judiciaire simplifiée est obligatoire* lorsque l'actif de l'entreprise ne comprend pas de bien immobilier et lorsque l'entreprise n'a qu'un seul salarié.

*La liquidation judiciaire simplifiée est facultative* lorsque l'actif de l'entreprise ne comprend pas de bien immobilier et lorsque l'entreprise emploie cinq salariés.

La répartition du produit de la liquidation est de la *compétence exclusive du liquidateur*. Elle doit être faite dans le respect de l'ordre de paiement prévu par l'article L. 641-13 du Code de commerce.

Lorsque la procédure de liquidation judiciaire est *clôturée pour insuffisance d'actif*, les créanciers ne recouvrent pas leur droit de poursuite individuelle contre le débiteur, sauf exceptions énumérées limitativement par la loi. Ils peuvent en revanche agir

contre les coobligés ou les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

À l'exception des EIRL, tout débiteur *personne physique* qui se trouve dans une situation irrémédiablement compromise et dont le patrimoine est inférieur à 5 000 euros peut demander l'ouverture d'une *procédure de rétablissement professionnel sans liquidation*.

La clôture de la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation emporte *effacement des créances antérieures au jugement d'ouverture*.

## Quid

### ■ Branche complète et autonome d'activité n° 475

Ensemble d'éléments d'actifs d'une entreprise constituant une activité susceptible de fonctionner de manière autonome.

### ■ Clôture pour extinction du passif n°s 506, 507

Clôture d'une procédure de liquidation judiciaire prononcée lorsque le passif exigible est éteint ou lorsque le liquidateur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers.

### ■ Clôture pour insuffisance d'actif n°s 506, 508

Clôture d'une procédure de liquidation judiciaire prononcée lorsque la poursuite des opérations de liquidation est rendue impossible en raison de l'insuffisance d'actif.

### ■ Dessaisissement du débiteur n° 431

Mesure privant de plein droit le débiteur en liquidation judiciaire de tout pouvoir de gestion et de disposition sur ses biens.

### ■ Inaliénabilité des biens cédés n° 489

Interdiction légale ou judiciaire faite au cessionnaire d'une entreprise en liquidation judiciaire de disposer de certains biens ou de les grever d'une sûreté jusqu'au paiement complet du prix ou pour une période déterminée par le juge.

### ■ Insuffisance d'actif n° 508

Cause de clôture de la procédure de liquidation judiciaire lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur ne permet pas de désintéresser, même partiellement, les créanciers.

### ■ Juge commis n°s 518, 527

Juge chargé de diriger la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation, et notamment de recueillir tout renseignement sur la situation patrimoniale du débiteur.

### ■ Liquidateur n° 431

Mandataire judiciaire chargé de liquider les actifs, de régler le passif et de gérer l'entreprise pendant la procédure de liquidation judiciaire. Il est également chargé de représenter et défendre l'intérêt collectif des créanciers.

### ■ Liquidation judiciaire simplifiée n<sup>os</sup> 456, 462

Procédure spéciale de liquidation judiciaire réservée aux entreprises de petite taille n'ayant pas d'actif immobilier au jour du jugement d'ouverture.

### ■ Mandataire judiciaire n<sup>o</sup> 433

Mandataire de justice, désigné avant la loi du 26 juillet 2005 sous le nom de « représentant des créanciers ». Il a pour mission de vérifier les créances mais aussi de représenter les créanciers et de défendre leurs intérêts. Il assume les fonctions de liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

### ■ Plan de cession n<sup>os</sup> 427, 455, 467

Plan arrêté par le tribunal et ayant pour objet de transférer à un tiers soit la totalité de l'entreprise du débiteur (redressement judiciaire) soit une ou plusieurs branches d'activités susceptibles d'une exploitation autonome (sauvegarde et redressement judiciaire).

### ■ Procédure de rétablissement professionnel sans liquidation n<sup>os</sup> 429, 517

Procédure, instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014, ouverte aux seuls débiteurs personnes physiques, à l'exception des EIRL, ayant un actif déclaré inférieur à 5 000 €. La clôture de la procédure de rétablissement professionnel, qui n'est pas une procédure collective, emporte l'effacement automatique des créances antérieures au jugement d'ouverture, sauf exceptions limitativement énumérées par l'article L. 645-11 du Code de commerce.

### ■ Suspension des poursuites individuelles n<sup>o</sup> 500

Suspension frappant les actions en paiement, les actions en justice et les procédures d'exécution introduites par les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés.

## Documents

### 1) Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire n'est pas anticonstitutionnel

Com. 18 décembre 2012, QPC

(*Dr. sociétés* 2013, comm. 54, obs. J.-P. Legros)

« (...) les dispositions [du Code du commerce], qui dessaisissent le débiteur en liquidation judiciaire de l'administration et de la disposition de ses biens et, selon l'interprétation qu'en donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ouvrent au liquidateur une action en inopposabilité des actes juridiques accomplis en violation du dessaisissement n'entraînent pas une privation de propriété ; que les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent en résulter poursuivent un but d'intérêt général, dès lors qu'elles tendent à permettre le désintéressement des créanciers du débiteur selon l'ordre prévu par la loi, et ne portent pas une atteinte disproportionnée à ce droit, notamment à celui du tiers devenu propriétaire en vertu d'un acte passé au mépris de la règle du dessaisissement précitée ; que la



question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard du droit de propriété que la Constitution garantit (...). »

## 2) Portée du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire

**Com. 3 mai 2006**

(D. 2006. 2331, obs. F.-X. Lucas et P.-M. Le Corre; JCP E 2006. 2348, note J.-P. Garçon)

« Vu les articles 775, 788 du Code civil et L. 622-9 du Code de commerce [devenu art. L. 641-9]; Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue;

Attendu que la faculté d'accepter une succession ou d'y renoncer étant un droit attaché à la personne, le débiteur en liquidation judiciaire l'exerce seul, sans préjudice de la mise en œuvre éventuelle par le liquidateur, en sa qualité de représentant des créanciers, de l'action prévue par l'article 788 du Code civil;

Attendu que pour déclarer inopposable à la liquidation judiciaire la renonciation de M<sup>me</sup> X... à la succession de sa mère, l'arrêt retient que les conséquences de la renonciation sont essentiellement patrimoniales et que l'option successorale appartient après le prononcé de la liquidation judiciaire au liquidateur et non au débiteur;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés; PAR CES MOTIFS: CASSE ET ANNULE (...). »

**Com. 23 sept. 2014**

(Rev. sociétés 2015. 124, note B. Saintourens; JCP 2015. 182, note B. Dondero)

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 11 juillet 2012), que M. Y..., agissant en qualité de liquidateur judiciaire de M. X..., a assigné la société L7 en paiement du solde du compte courant d'associé de ce dernier;

Attendu que la société L7 fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré M. Y..., ès qualités, recevable à agir, alors, selon le moyen, que le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire d'une personne physique ne dessaisit pas le débiteur de l'exercice des droits attachés à sa personne; qu'il s'ensuit qu'en cas de liquidation judiciaire de l'associé d'une société civile, le liquidateur de son patrimoine n'a pas qualité pour exercer les droits liés à sa qualité d'associé; que le liquidateur n'a, dans ce cas, notamment pas qualité pour exercer les droits afférents au compte-courant d'associé du débiteur; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que M. Y... aurait qualité pour exercer les droits pécuniaires de M. X..., même ceux liés à sa qualité d'associé; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 622-9 du code de commerce, dans sa version applicable en la cause;

Mais attendu que l'action en paiement du solde d'un compte courant d'associé n'est pas une action liée à la qualité d'associé concernant le patrimoine de la personne morale mais tend au recouvrement de la créance dont dispose l'associé contre la personne morale et doit, dès lors, être exercée par son liquidateur; que le moyen n'est pas fondé;

PAR CES MOTIFS: REJETTE le pourvoi (...). »

### 3) Étendue de l'obligation du cessionnaire au paiement du passif antérieur au plan de cession

Com. 3 janv. 1995

(JCP E 1995. I. 455, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel)

« Mais attendu, en premier lieu, que le cessionnaire d'une entreprise, qui n'est pas l'ayant cause à titre universel du cédant et n'est pas ainsi tenu de régler le passif du débiteur antérieur à la cession, s'il peut prendre l'engagement, par une clause spéciale de l'acte de cession, de payer une dette antérieure de celui-ci, contracte alors, en tant que tiers, une obligation personnelle envers le créancier concerné qui résulte directement du jugement arrêtant le plan de cession, opposable à tous ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a énoncé que la recevabilité de l'action formée par le groupement Brunoy à l'encontre des sociétés Altus et Cogespar tendant au paiement de leur dette personnelle envers lui au titre du règlement des capitaux, et fondée sur un engagement distinct de celui de la société Tuffier, n'était pas subordonnée, dans le silence de l'acte de cession, à la déclaration par le groupement Brunoy de sa créance au passif de celle-ci ».

## Biblio

### 1) Sur le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire

- S. Lenormand, « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* 2012, 1337.
- M.-H. Monsérié-Bon, « Le dessaisissement et l'avènement des droits propres », *RLDA* mars 2005. suppl. 53 s.
- J. Théron, « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 3.
- B. Thullier, « Que reste-t-il du dessaisissement », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 14.
- J. Vallansan, « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 599 s.

### 2) Sur les effets de la liquidation judiciaire sur les contrats et sûretés

- M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnance », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté*, *D.* 2009. 670 s.
- E. Le Corre-Broly, « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté*, *D.* 2009. 663 s.
- P.-M. Le Corre, « Le nouveau visage de la liquidation judiciaire simplifiée », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté*, *D.* 2009. 677 s.
- F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », in *Dossier Réforme du droit des entreprises en difficulté*, *D.* 2009. 651 s.
- J. Théron, « Liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce », *Rev. proc. coll.* 2008. 132 s.

### 3) Sur le plan de cession

- B. Thullier, « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoir pour le juge », *D.* 2005. Cah. dr. aff. 130 s.
- D. Camarelli, « La qualité de tiers reprenneur à une offre en plan de cession : la candidature des actionnaires », *D.* 2005. 2210 s.
- M.-L. Coquelet, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *Rev. proc. coll.* 2006. 188 s.
- G. Couturier, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *Bull. Joly* 2008. 142 s.
- Ph. Froehlich, « L'ambivalence du plan de cession dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005. Cah. dr. aff. 2878 s.
- M. Jamet, « La désécialisation partielle de l'article L. 642-7, alinéa 4, du Code de commerce : Incertitudes et limites », *Rev. proc. coll.* 3/2015, étude 8.
- C. Vincent, « Portée de la garantie de l'offre de reprise assortie d'une faculté de substitution », *D.* 2004. Chron. 686.
- C. Vincent, « La cession de l'entreprise : redressement ou liquidation ? », in *La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ?*, Litec, coll. « Colloques et Débats », 2006, p. 51 s.

### 4) Sur la cession du patrimoine en difficulté de l'EIRL

- M.-P. Dumont-Lefrand, « La cession à titre onéreux du patrimoine affecté », *BJE* 2011. 85 s.
- L. Firley, « EIRL : étendue de l'offre de reprise de l'entreprise en difficulté », *BJE* 2011. 221.

### 5) Sur les effets du jugement de clôture de la liquidation judiciaire

- F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, « Controverse amicale sur la non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 559 s.
- C. Saint-Alary-Houin, « "Le rebond" du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 579 s.

### 6) Sur le rétablissement professionnel sans liquidation

- C. Berger-Tarare, « De la concurrence entre la liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 3/2014, étude 12.
- L.-C. Henry et M. André, « La nouvelle procédure de rétablissement », *Rev. proc. coll.* 4/2014, dossier 31.
- V. Legrand, « Rétablissement professionnel : quel sort réserver à la caution du débiteur bénéficiaire de la procédure ? » *LPA* 2 janv. 2015, p. 7.
- F.- X. Lucas, « Réflexions sur l'impécuniosité », *LPA* 20 juin 2014, n° 123, p. 7.
- F. Reille, « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 2/2014, dossier 22
- M. Sénéchal, « Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes », *BJE* 2014. 196 s.
- J.- L. Vallens, « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE* 2015. 9 s.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

##### Vrai ou faux ?

1. Une procédure de liquidation judiciaire simplifiée peut être ouverte contre une société employant dix salariés.
2. Lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est prononcée au cours de la période d'observation d'une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur désigné est automatiquement nommé liquidateur.
3. La liquidation judiciaire met automatiquement fin aux fonctions des dirigeants sociaux.
4. Le liquidateur peut céder de gré à gré un immeuble sur autorisation du juge-commissaire.
5. Le tribunal ayant ouvert une procédure de liquidation judiciaire peut décider le maintien de l'activité de l'entreprise.
6. Le débiteur peut former recours contre le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.
7. L'ouverture d'une liquidation judiciaire emporte résiliation de plein droit du contrat de bail de l'immeuble affecté à l'exploitation de l'activité de l'entreprise.
8. En cas de vente d'un meuble, le créancier rétenteur est payé avant les créanciers postérieurs privilégiés.
9. Les créances postérieures privilégiées nées lors de la période d'observation d'une procédure de redressement judiciaire deviennent des créances antérieures si une liquidation judiciaire est prononcée.
10. En cours d'exécution du plan de cession, le cessionnaire peut se substituer tout tiers de son choix.
11. L'oncle d'un dirigeant d'une société en liquidation judiciaire peut déposer une offre de reprise.
12. Le juge-commissaire peut décider de la cession forcée d'un contrat de crédit-bail lors de l'arrêt d'un plan de cession.
13. Le jugement arrêtant un plan de cession emporte clôture de la procédure de liquidation judiciaire.
14. La résolution du plan de cession emporte de plein droit la caducité des actes accomplis en exécution de la cession.
15. La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif s'oppose à l'action en paiement des créanciers impayés contre le débiteur.
16. La clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif est une cause automatique de dissolution des sociétés.

17. La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif met fin au dessaisissement du débiteur.
18. Tout débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation.
19. La procédure de rétablissement professionnel sans liquidation est une catégorie spécifique de procédure collective.
20. La clôture d'une procédure de rétablissement professionnel emporte l'effacement des créances antérieures et postérieures du débiteur.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Cas pratique

### Énoncé

La SNC Dumon exploite une maison de couture et de confection. Son magasin est situé à Paris et son atelier de couture à Lyon. Depuis un jugement du 18 février, la société Dumon est l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. M. Bonal a été nommé mandataire judiciaire. Au cours de la période d'observation, le tribunal a décidé de prononcer la liquidation judiciaire de la société et nommé M. Bonal en qualité de liquidateur. Plusieurs offres de reprise ont été déposées depuis l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Parmi celles-ci figure l'offre de la société Bongou.

À la différence des autres offres, cette société est prête à reprendre l'atelier lyonnais avec tout son personnel (trois couturières et deux modistes) ainsi que l'ensemble des machines à coudre qui sont grevées d'un nantissement au profit de la banque Leurvet, laquelle a accordé un prêt pour leur acquisition. En revanche, la société Bongou refuse de racheter les lots de soie, qui ont été gagés, avant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, en faveur de la banque Leurvet pour garantir le remboursement d'une avance en compte courant. Cependant, la société Fildesoie a fait savoir au liquidateur qu'elle était prête à s'en porter acquéreur. M. Bonal s'est engagé à les lui vendre pour la somme de 1 500 euros.

Par un jugement du 9 novembre, le tribunal a arrêté un plan de cession portant sur l'atelier de couture au profit de la société Bongou.

La société Mode, qui avait déposé une offre concurrente, entend former appel de ce jugement. Elle proposait de racheter l'atelier pour un prix de cession de 95 000 euros alors que le prix de cession proposé par l'offre de la société Bongou ne s'élève qu'à 80 000 euros.

Le gérant de la SNC Dumon entend, quant à lui, former recours non seulement contre le jugement arrêtant le plan mais également contre la décision de conversion de la procédure de redressement en liquidation judiciaire.

*Que pensez-vous de la situation ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. Faux.
2. Faux.
3. Faux.
4. Vrai.
5. Vrai.
6. Vrai.
7. Faux.
8. Vrai.
9. Faux.
10. Faux. La substitution n'est permise qu'après autorisation du tribunal (C. com., art. L. 642-9, al. 3).
11. Faux.
12. Faux. Cette compétence appartient exclusivement au tribunal.
13. Faux. En cas de plan de cession, le tribunal ne prononce la clôture de la procédure qu'après avoir constaté le respect de ses obligations par le cessionnaire (C. com., art. L. 643-9, al. 4).
14. Faux.
15. Vrai. Ce principe est cependant assorti d'exceptions limitativement énumérées par la loi.
16. Vrai. Il s'agit d'une innovation de l'ordonnance du 12 mars 2014 qui est venue modifier l'article 1844-7, 7° du Code civil. Auparavant, c'est l'ouverture de la liquidation judiciaire qui emportait de plein droit la dissolution de la société.
17. Vrai.
18. Faux. L'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel est réservée au seul débiteur personne physique, autres qu'un EIRL.
19. Faux.
20. Faux. Seules les créances antérieures sont éteintes, sous réserve des exceptions énumérées par l'article L. 645-11 du Code de commerce.

### Cas pratique

Trois questions doivent être ici examinées. La première concerne la recevabilité des recours contre les décisions d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire et d'adoption du plan de cession (I). La deuxième est relative aux effets du plan de cession arrêté en faveur de la société Bongou (II). Enfin, la dernière a trait à la cession de gré à gré des lots de soie gagés à la société Fildesoie (III).

#### I. Recours contre les décisions ayant prononcé la liquidation judiciaire et arrêté le plan de cession

Il faut ici distinguer les recours formés par le dirigeant de la société Dumon (A) et celui formé par le candidat évincé de la reprise de l'entreprise (B).

### A. Recours formé par le dirigeant de la société Dumon

En cas de redressement judiciaire, le tribunal peut décider de prononcer la liquidation judiciaire au cours de la période d'observation s'il apparaît que le débiteur est manifestement dans l'impossibilité de procéder lui-même au redressement de l'entreprise (C. com., art. L. 631-15, II).

Lorsque l'entreprise est une société, le prononcé de la liquidation judiciaire n'emporte plus, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, dissolution de celle-ci (C. civ., art. 1844-7, 7°). Les dirigeants demeurent donc en fonction (C. com., art. L. 641-9, II) et seront donc les seuls à pouvoir exercer les « droits et actions propres » de la société, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur (C. com., art. L. 641-9, I, al. 3).

Parmi ces droits, figure celui de former recours contre le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire. L'article L. 661-1, I du Code de commerce reconnaît en effet expressément au débiteur le droit de former appel ou pourvoi en cassation contre les décisions statuant sur l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. L'appel n'est cependant pas suspensif.

Par ce recours, le débiteur peut ainsi contester le fait que la liquidation judiciaire a été prononcée alors que le débiteur n'était pas dans l'impossibilité manifeste de procéder lui-même au redressement de l'activité.

Le débiteur en liquidation judiciaire (ou ses dirigeants, s'il s'agit d'une personne morale) peut également former appel contre le jugement arrêtant ou rejetant le plan de cession. Ce droit propre lui est expressément reconnu par l'article L. 661-6, II du Code de commerce.

Le dirigeant pourra donc former appel au nom de la société Dumon.

### B. Recours formé par le candidat évincé de la reprise de l'entreprise

La situation du candidat dont l'offre de reprise n'a pas été retenue est de prime abord beaucoup moins enviable.

L'article L. 661-6, II du Code de commerce énumère en effet limitativement les personnes autorisées à former appel contre la décision arrêtant ou rejetant un plan de cession. Il ne peut tout d'abord s'agir que du ministère public et du débiteur, comme vu précédemment.

Le cessionnaire est cependant autorisé par ce texte à former appel mais, dans le cas uniquement, où le jugement arrêtant le plan lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits lors de la préparation du plan.

L'article L. 661-6, II reconnaît enfin au cocontractant, dont le contrat est cédé de manière forcée à l'occasion du plan, le droit de former appel de la partie du jugement qui emporte cession du contrat.

La voie de l'appel est donc indubitablement fermée au candidat évincé (En ce sens : Com. 28 avr. 2009, pourvoi n° 07-18.715, P+B). En revanche, la voie de la tierce opposition est-elle envisageable ? L'article L. 661-7 du Code de commerce semble l'exclure. Ce texte dispose en effet qu'« il ne peut être exercé de tierce opposition (...) contre les jugements mentionnés à l'article L. 661-6 ».

## II. Cession de l'atelier de couture par voie de plan

La question essentielle porte ici sur la charge du prêt accordé par la banque Leurvet pour le financement des machines à coudre incluses dans le plan de cession et dont le remboursement est garanti par un nantissement.

En principe, la cession se fait libre de toute charge. L'article L. 642-12, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce prévoit que lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un nantissement, d'un gage, d'un privilège spécial ou d'une hypothèque, le tribunal doit affecter une quote-part du prix de cession à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, la quote-part est obligatoirement « déterminée au vu de l'inventaire et de la prise des actifs ». Elle doit en outre correspondre « au rapport entre la valeur du bien et la valeur totale des actifs du débiteur ».

Par ailleurs, l'article L. 642-12 précise, en ses alinéas 2 et 3, que le paiement du prix de cession emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession.

En application de ces dispositions, la société Bongou devrait acquérir les machines libres de tout nantissement sans à avoir à rembourser les échéances à venir du prêt qui avait été accordé à la société Dumon par la banque Leurvet.

Mais, ces principes comportent une exception lorsqu'une sûreté immobilière et mobilière spéciale est constituée pour garantir le remboursement d'un crédit accordé à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sûr lequel porte la sûreté. En ce cas, l'article L.642-12, alinéa 4, du Code de commerce prévoit que la charge de la sûreté est transmise au cessionnaire et que ce dernier est également tenu de rembourser le prêt ayant permis l'acquisition du bien qui lui est ainsi transmis par le plan.

L'ensemble de ces conditions est rempli au cas d'espèce. Les machines ont été acquises grâce à un prêt dont le remboursement est garanti par un nantissement grevant directement lesdites machines.

Il s'ensuit deux conséquences. Tout d'abord, les machines seront transmises avec le nantissement. Ensuite, la société Bongou est tenue d'acquitter entre les mains de la banque Leurvet les échéances dues à compter du transfert de propriété (C. com., art. L. 642-12, al. 4). Il s'opère donc une reprise de dettes. Mais cette reprise ne peut pas être imposée à la société Bongou. Elle doit l'accepter dans son offre de reprise ou lors de la préparation du plan. Par ailleurs, l'article L. 642-12, alinéa 4 *in fine*, prévoit qu'il peut être dérogé à la transmission de la charge des sûretés et à l'obligation de rembourser le crédit ayant permis l'acquisition des biens inclus dans le plan, si un accord est conclu entre le cessionnaire et le créancier titulaire de la sûreté.

## III. Cession de gré à gré des lots de soie

Les biens, exclus du plan de cession, peuvent être cédés isolément. Cette cession ne peut être faite à l'initiative du liquidateur seul. Le juge-commissaire est en effet seul compétent pour décider de la cession et de son mode de réalisation (C. com., art. L. 642-19). Celui-ci peut ordonner la vente aux enchères publiques mais également autoriser le liquidateur à procéder à une vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine.



Cette autorisation préalable du juge-commissaire est une condition de validité de l'acte de cession. Elle doit en outre être donnée après que le juge-commissaire ait entendu ou dûment convoqué le débiteur.

L'acte passé sans autorisation est frappé de nullité absolue. Elle peut être demandée par tout intéressé et ne peut être régularisée par une autorisation donnée après coup par le juge-commissaire (Com. 27 oct. 1998, *JCP E* 1999. 2064, n° 6, obs. Ph. Pétel). En conséquence, la vente des lots de soie à la société Fildesoie ne pourra être faite que si elle a été dûment autorisée par le juge-commissaire.

En l'espèce, il est en outre précisé que les lots de soie ont été gagés. L'existence de ce gage ne fait pas obstacle à la vente des lots. Mais le liquidateur dispose d'une alternative. Soit payer la dette pour retirer les biens constitués en gage. Ce retrait ne peut être fait qu'avec l'autorisation du juge-commissaire (C. com., art. L. 641-3). Soit, à défaut de retrait, demander au juge-commissaire l'autorisation de réaliser le bien. Cette autorisation doit être demandée dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire et être notifiée au créancier quinze jours avant la réalisation (C. com., art. L. 642-20-1). En cas de vente, le droit de rétention du créancier gagiste est reporté de plein droit sur le prix de cession (C. com., art. L. 642-20-1, al. 3).

Par ailleurs, le créancier gagiste pourrait faire échec à la vente des lots en demandant au juge-commissaire que ceux-ci lui soient attribués judiciairement (C. com., art. L. 642-20-1, al. 2).

Selon la jurisprudence, ce droit appartient à tout créancier gagiste, que le gage soit un gage avec dépossession ou sans dépossession. Grâce à ce droit, les créanciers gagistes priment tous les autres créanciers même le superprivilège des salariés (Com. 6 janv. 1998, *D.* 1998. Somm. 375, obs. S. Piedelièvre). Il est à noter que cette attribution judiciaire doit toujours être demandée au juge-commissaire même si le créancier a déjà formé une demande alors que le débiteur était *in bonis* (Com. 14 oct. 1997, *D.* 1998. Somm. 105, obs. A. Pie).

Il convient de noter qu'en l'espèce, le tribunal aurait pu, peut-être, user de la faculté qui lui est offerte par l'article L. 641-2 du Code de commerce et ouvrir une procédure de liquidation judiciaire simplifiée. Cette procédure peut être ouverte lorsque le patrimoine de l'entreprise ne comporte aucun actif immobilier (tel semble être le cas en l'espèce), lorsque le nombre des salariés de l'entreprise n'est pas supérieur à cinq (cas en l'espèce) et que le chiffre d'affaires n'excède pas 750 000 euros (ce qui est peut-être ici le cas).

Si la procédure avait été placée sous le régime de la liquidation judiciaire simplifiée, la cession des lots de soie n'aurait pas nécessité l'autorisation du juge-commissaire. Le liquidateur procède seul à la vente des biens mobiliers soit de gré à gré, soit aux enchères publiques (C. com., art. L. 644-2). Mais cette cession aurait, quand même, dû se faire dans le respect des droits du créancier gagiste.

ch a p i t r e



# Responsabilités et sanctions

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442759382:88866152:196.200.176.177:581011411

## Plan analytique

### section 1

#### Les sanctions contre le chef d'entreprise

- § 1 Les sanctions patrimoniales : la responsabilité pour insuffisance d'actif
  - A. Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif
  - B. Les éléments constitutifs de la responsabilité pour insuffisance d'actif
  - C. Le régime de l'action et les sanctions
- § 2 Les sanctions professionnelles : la faillite personnelle et l'interdiction de gérer
  - A. La faillite personnelle
  - B. L'interdiction de gérer
  - C. Les principes communs à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer
- § 3 Les sanctions pénales : la banqueroute et les infractions annexes
  - A. Le délit de banqueroute
  - B. Les infractions annexes

### section 2

#### Les sanctions contre les tiers

- § 1 Le principe légal d'irresponsabilité du fournisseur de crédit
- § 2 Les cas légaux de responsabilité pour soutien abusif
- § 3 La mise en œuvre de l'action en responsabilité pour soutien abusif
  - A. Le régime de l'action
  - B. Les sanctions du soutien abusif

#### Compléments pédagogiques

## Responsabilités et sanctions

Avec le temps, le droit des procédures collectives a perdu le caractère strictement répressif qui était à l'origine le sien. Il a désormais avant tout une fonction économique : trouver une solution à la défaillance du débiteur afin de sauvegarder l'entreprise et les emplois qui y sont attachés (v. ss chapitre 1). Autrement dit, le sort de l'entreprise n'est plus fonction du comportement malhonnête, des erreurs de gestion, voire de l'incurie de son dirigeant. Cette évolution du rôle du droit des entreprises en difficulté ne signifie pas pour autant qu'il a perdu toute fonction « répressive ». Cette fonction demeure mais elle s'est considérablement adoucie au fil des réformes.

540 ■

En ce sens, la loi du 25 janvier 1985 a procédé selon l'expression de Robert Badinter (alors garde des Sceaux) à une « humanisation » du droit des procédures collectives, notamment par le jeu d'une « dépenalisation » des sanctions (ex. : réduction des cas banqueroute) et un retour en force des règles de la responsabilité civile, notamment en cas d'insuffisance d'actif.

541 ■

Ce mouvement a été poursuivi par la loi du 26 juillet 2005 qui a supprimé tous les cas d'ouverture d'une procédure collective à titre de sanction et réorganisé les sanctions civiles (v. ss 543 s.).

Pour sa part, la réforme de l'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé la dualité d'actions entre l'insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes. Si la première est conservée, la seconde est abrogée (v. ss 522).

En dépit de ce mouvement, les sanctions demeurent nécessaires dans le but de garantir une « certaine morale des affaires » (C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté, op. préc.*, n° 1423). Cette « morale des affaires » explique que les sanctions ne sont pas seulement dirigées contre le débiteur ou les personnes investies du pouvoir de direction et de gestion de l'entreprise (Section 1). Elles peuvent aussi frapper les tiers, c'est-à-dire les créanciers, lorsqu'ils ont contribué à l'aggravation des difficultés de l'entreprise par leur comportement (Section 2).

542 ■

### section 1

## Les sanctions contre le chef d'entreprise

S'agissant des sanctions susceptibles d'être encourues par le débiteur et les dirigeants, la loi du 26 juillet 2005 a introduit deux innovations.

543 ■

En premier lieu, *une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne peut plus être ouverte de plein droit contre un dirigeant à titre de sanction*. Autrement dit, le débiteur ou le dirigeant ne peut aujourd'hui être sanctionné qu'à la

condition que la preuve d'une faute soit établie, notamment dans la gestion de l'entreprise.

En second lieu, *le domaine rationae materiae des sanctions dépend directement de la nature de la procédure ouverte contre l'entreprise. Toute sanction contre le débiteur ou les dirigeants est en effet exclue lorsque la procédure est une procédure de sauvegarde.* Cette exclusion est logique. Rappelons en effet que la procédure de sauvegarde a un but préventif et ne peut être ouverte qu'à l'initiative d'un débiteur qui n'est pas en cessation des paiements (v. ss chapitre 4). Le prononcé d'éventuelles sanctions contre le débiteur et les dirigeants est donc avant tout fonction de deux critères : la situation financière de l'entreprise au jour du jugement d'ouverture et l'imputabilité de cette situation à la gestion du chef d'entreprise.

- 544 Les dirigeants peuvent être l'objet de trois types de sanction. Des sanctions patrimoniales, d'une part (§ 1). Des sanctions professionnelles, d'autre part (§ 2). Enfin, des sanctions pénales (§ 3).

## § 1 Les sanctions patrimoniales : la responsabilité pour insuffisance d'actif

- 545 Les sanctions patrimoniales sont celles qui visent à faire supporter au dirigeant tout ou partie du passif de l'entreprise lorsqu'il trouve sa cause dans une faute de gestion. L'emploi du pluriel est toutefois largement trompeur. Le nombre des sanctions patrimoniales s'est en effet considérablement érodé au fil des réformes. La loi du 26 juillet 2005 en avait conservé deux : l'*action en responsabilité pour insuffisance d'actif*<sup>o</sup> et l'obligation aux dettes sociales. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a conservé la première mais supprimé la seconde.

Cette suppression répond aux critiques et souhaits formulés en doctrine. *Les deux actions faisaient en effet double emploi.* Elles avaient le même domaine matériel : celui de la liquidation judiciaire ; un champ d'application personnel identique : elles visaient toutes deux les dirigeants de personne morale ; et la même nature : celle d'une action en responsabilité civile (v. sur ce point : C. Mascala, « Le dirigeant d'une société en liquidation : faut-il réformer les sanctions », *Rev. proc. coll.* 2008. 123 s.).

- 546 Si l'ordonnance supprime l'obligation aux dettes sociales, elle ne procède pas en revanche à une réforme de fond de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le domaine de cette action demeure inchangé (A). Ses éléments constitutifs (B), le régime de son action ainsi que les sanctions (C) sont également identiques.

### A. Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est doublement limité. *Rationae materiae*, d'une part (1) ; *rationae personae*, d'autre part (2).

## 1. Le domaine *rationae materiae* : l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé la possibilité d'agir en insuffisance d'actif à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

Désormais, l'action pour insuffisance d'actif ne peut être exercée que si la procédure ouverte ou prononcée contre l'entreprise est une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 651-2).

La limitation apportée au champ d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est justifiée. Le succès d'un redressement de l'entreprise doit en effet faire échapper les dirigeants à toute responsabilité patrimoniale. En quelque sorte, il convient de les « absoudre » de leurs fautes de gestion (ou du moins de ne pas leur en tenir rigueur), même si celles-ci ont conduit à la cessation des paiements. Car, ce qui importe, c'est que l'entreprise soit sauvegardée, et, les emplois qui y sont attachés maintenus.

## 2. Le domaine *rationae personae* : dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale de droit privé et entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Le domaine d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est également limité *rationae personae*.

*Elle ne vise que les dirigeants d'une personne morale en liquidation judiciaire.* L'exclusion du débiteur personne physique se comprend facilement. En vertu du principe de l'unité du patrimoine, la sanction patrimoniale a un effet mécanique puisque l'ensemble de ses biens (professionnels ou non) est saisi par la procédure collective afin de répondre de ses dettes professionnelles. Toutefois l'exclusion ne vaut bien sûr que si le débiteur personne physique n'est pas un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

*Si le débiteur est un EIRL, ce dernier se trouve alors dans une situation proche de celle du dirigeant d'une société puisque sa responsabilité à l'égard des créanciers de la procédure est limitée aux seuls éléments d'actif affectés à l'exercice de son activité professionnelle.* Il s'agit là d'une conséquence du cloisonnement patrimonial selon lequel les différents patrimoines de l'EIRL, dont son patrimoine non affecté, n'ont pas à répondre de l'exécution des dettes nées seulement de l'un d'entre eux.

En ce sens, l'article L. 651-2 du Code de commerce dispose, en son alinéa 2, que : « lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine a été affecté, le tribunal peut condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. *La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté* ». *En d'autres termes, l'action en insuffisance d'actif permet de restaurer une unité patrimoniale. Toutefois, cette unité retrouvée demeure partielle car seul le patrimoine non affecté de l'EIRL est appelé à contribuer à l'insuffisance d'actif du patrimoine affecté en liquidation judiciaire.* Il s'ensuit que si la procédure de liquidation judiciaire est ouverte ou prononcée à raison d'une activité professionnelle exercée dans le cadre du patrimoine non affecté, les conséquences des fautes commises dans la gestion de cette activité par l'EIRL ne pourront être supportées par le ou les patrimoines affectés

547 ■

548 ■

549 ■

550 ■

de ce dernier, qui sont ainsi protégés (A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, n° 1139 ; Ph. Pétel, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 2011. 1071, n° 15).

■ 551

La notion de dirigeant est largement entendue (C. com., art. L. 651-2).

*En premier lieu*, sont visés les dirigeants de toute personne morale de droit privé. Peu importe donc que celle-ci poursuive un but lucratif ou un but non lucratif. Cette acception large englobe par conséquent les sociétés civiles ou commerciales mais également les associations, les fondations, les GIE ainsi que les syndicats ou les comités d'entreprise.

*En second lieu*, la notion de dirigeant vise aussi bien le dirigeant de droit que le dirigeant de fait (C. com., art. L. 651-2).

■ 552

La notion de *dirigeant de droit*<sup>o</sup> recouvre toute personne, rémunérée ou non, qui est régulièrement nommée et investie d'un pouvoir de gestion, *même si ce pouvoir ne s'accompagne pas d'un pouvoir de représentation à l'égard des tiers* (ex. : gérant, président du conseil d'administration, président-directeur général, directeur général, directeur général délégué, administrateur, membre du directoire).

Lorsque les fonctions de dirigeant de droit ont été confiées à une personne morale (tel peut être le cas dans les SA), l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut être exercée contre les représentants permanents personnes physiques du dirigeant personne morale (Paris, 18 juin 1991, *Gaz. Pal.* 1992. I. 148).

En principe, la jurisprudence décide que les dirigeants de droit peuvent être poursuivis et condamnés pour insuffisance d'actif alors même qu'ils ont cessé leurs fonctions avant le jour de l'ouverture ou du prononcé de la liquidation judiciaire *s'il apparaît que la situation à l'origine de l'insuffisance d'actif a pris naissance alors qu'ils étaient encore en fonction* (Com. 14 oct. 1997, *Rev. sociétés* 1998. 380, note D. Randoux). De même, le fait que la nomination d'un dirigeant de droit n'ait pas été publiée au registre du commerce et des sociétés ne peut être invoqué par lui pour contester sa qualité de dirigeant, et faire échec à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre lui (Com. 26 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988. 284, note Y. Chaput). Sa responsabilité doit donc être retenue dès lors qu'il est démontré que l'insuffisance d'actif trouve sa cause dans des fautes commises à l'occasion de sa mission. Inversement, aucune action ne peut être exercée contre le dirigeant de droit qui a cessé ses fonctions, alors même que sa démission ou sa révocation n'a pas été régulièrement publiée au registre du commerce et des sociétés, si aucune faute de gestion à l'origine de l'insuffisance d'actif ne peut être retenue contre lui (Com. 14 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997. 1083, note M. Calendini).

■ 553

La notion de *dirigeant de fait*<sup>o</sup> permet, quant à elle, d'agir contre toute personne (physique ou morale) qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein d'une personne morale à la place de ses dirigeants légaux (Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007. AJ 731, obs. A. Lienhard ; Com. 27 juin 2006, *Rev. sociétés* 2006. 900, note D. Poracchia ; *D.* 2007. Pan. 1696, obs. A. Ballot-Léna). Autrement dit, *la direction de fait est une immixtion dans la gestion de droit* (C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté, op. préc.*, n° 1432).

Tel sera le cas d'une société mère (Paris, 7 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997. 480, note J.-J. Daigre), d'un associé (Com. 12 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 971), d'un directeur salarié

(Com. 24 juin 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. 14, obs. J.-P. Legros) ou du frère du dirigeant (Com. 17 sept. 2002, *RJDA* 2002, n° 1307).

La preuve de la qualité de dirigeant de fait est libre et est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (pour un ex. : Com. 27 mars 2007, *JCP E* 2007. 2274, note Delattre).

## B. Les éléments constitutifs de la responsabilité pour insuffisance d'actif

Les conditions de mise en œuvre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif sont énoncées par l'article L. 651-2 du Code de commerce *et sont identiques que l'action soit dirigée contre le dirigeant d'une personne morale ou un entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Ces conditions sont calquées sur celles de l'action en responsabilité civile. En premier lieu, la preuve d'une insuffisance d'actif doit être établie (1). En deuxième lieu, cette insuffisance d'actif doit avoir pour cause : une faute de gestion (2). Enfin, il faut que soit établi un lien de causalité entre la faute reprochée et le préjudice invoqué (3).

554 ■

### 1. L'exigence d'une insuffisance d'actif

Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être exercée que lorsque l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire « fait apparaître une insuffisance d'actif ». Cette preuve incombe au demandeur.

555 ■

La notion d'insuffisance d'actif n'est cependant pas définie par l'article L. 651-2 du Code de commerce. La doctrine s'accorde pour considérer que l'insuffisance d'actif consiste en « une insuffisance d'actif pour couvrir les dettes antérieures ». Plus précisément, celle-ci résulte d'un *déséquilibre entre le passif antérieur externe de l'entreprise et l'actif dont elle dispose au jour où le juge est saisi* (F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. préc.*, n° 1515).

L'existence comme le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés par le juge au moment où celui-ci statue. Pour cette appréciation, sont exclues les dettes nées après le jugement d'ouverture de la procédure (Com. 28 avr. 2008, *RTD com.* 1999. 187, obs. A. Laude ; *Défrenois* 1998. 948, note P. Le Cannu). Sous cette réserve, l'insuffisance d'actif n'a pas besoin d'être précisément chiffrée. Seul importe qu'elle soit certaine car à défaut aucune condamnation ne peut être prononcée (Com. 15 nov. 2005, *RJDA* 2006, n° 313).

### 2. L'existence d'une faute de gestion

Le dirigeant de droit ou de fait, comme l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, ne peuvent être condamnés à répondre de l'insuffisance d'actif sur son patrimoine personnel qu'à la condition que cette insuffisance d'actif soit due à une faute de gestion.

556 ■

La notion de faute de gestion est appréciée souverainement par le juge par référence à l'attitude d'un dirigeant ou d'un chef d'entreprise normalement avisé, « en tenant compte du fait que la gestion n'est pas plus que le droit une science exacte » (F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. préc.*, n° 1507).

*Le plus souvent, la faute de gestion sera une faute par action*. Tel sera le cas lorsque l'activité de l'entreprise est poursuivie dans l'intérêt des dirigeants ou dans l'intérêt



d'une ou plusieurs sociétés du groupe à laquelle elle appartient (Com. 7 déc. 1999, *RJDA* 2000, n° 458).

*Mais, la faute de gestion peut être également une faute d'abstention.* Tel sera le cas, lorsque le dirigeant a préféré poursuivre une activité déficitaire plutôt que de demander l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation (Douai, 29 nov. 2012 : *RTD com.* 2013. 334, obs. F. Macorig-Venier). Tel sera également le cas lorsque la comptabilité tenue était incomplète (Paris, 25 oct. 2002, *RJDA* 2003, n° 172) ou bien encore lorsque le dirigeant n'a pas su anticiper les difficultés de l'entreprise en sollicitant, par exemple, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

### 3. La preuve d'un lien de causalité

■ 557

Même si la preuve d'une faute de gestion ainsi qu'une insuffisance d'actif est rapportée, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut conduire à la condamnation du dirigeant ou de l'EIRL qu'à la condition qu'un lien de causalité soit établi.

L'article L. 651-2 du Code de commerce exige en effet que la faute de gestion ait « contribué à l'insuffisance d'actif ».

Entre la théorie de la causalité adéquate et la théorie de l'équivalence des conditions, la loi s'est très clairement exprimée en faveur de la seconde. Le juge est ainsi tenu de prendre en considération tous les faits qui ont pu conduire, de près ou de loin, à la réalisation du dommage, c'est-à-dire à l'insuffisance d'actif.

La preuve du lien de causalité incombe au demandeur à l'action. Il devra par conséquent démontrer en quoi la faute reprochée au dirigeant ou à l'EIRL a contribué à l'insuffisance d'actif dont il est demandé réparation (Com. 21 juin 2005, *D.* 2005. AJ 1850, obs. A. Lienhard ; *Rev. proc. coll.* 2005. 385, obs. A. Martin-Serf).

## C. Le régime de l'action et les sanctions

■ 558

Le régime de l'action en responsabilité est défini par l'article L. 651-3 du Code de commerce. En vertu de ce texte, le tribunal compétent pour connaître de l'action est le tribunal ayant ouvert ou prononcé la procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. R. 651-1). L'action se prescrit dans un délai de trois ans à compter du jugement de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 651-2, al. 3). En outre, *il s'agit d'une action attitrée*. Elle ne peut être exercée que par le liquidateur ou le ministère public (C. com., art. L. 651-3, al. 1<sup>er</sup>). Cependant, en cas de carence du liquidateur, elle peut aussi être exercée par la majorité des créanciers nommés *contrôleurs*<sup>o</sup>, dans l'intérêt collectif des créanciers (C. com., art. L. 651-3, al. 2, R. 651-4). *Les créanciers ne peuvent donc individuellement agir alors que leur intérêt à agir est en droit évident.*

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application, le juge n'a plus l'obligation de convoquer le dirigeant en vue de son audition (art. R. 651-2). La solution met un terme au contentieux lié à la sanction de ce défaut de convocation. La Cour de cassation avait en effet jugé, sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, que le défaut de convocation du dirigeant constituait une fin de non-recevoir faisant obstacle à toute condamnation (Com. 28 oct. 2008, *D.* 2008. AJ 2865, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 38, obs. J.-P. Legros).

■ 559

L'originalité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif par rapport au droit commun de la responsabilité se manifeste par quatre séries de règles.

*1<sup>re</sup> originalité* : le tribunal dispose d'un pouvoir souverain inhabituel. Il n'est pas tenu de condamner le dirigeant ou l'entrepreneur individuel à responsabilité, alors même que les conditions de cette condamnation se trouveraient réunies. Le tribunal peut en effet décider en fonction de la nature et la gravité de la faute reprochée si la condamnation se justifie ou pas (Com. 11 mars 2013, *Dr. sociétés* 2013, n° 164, obs. J.-P. Legros).

De la même façon, s'il existe plusieurs co-auteurs, le tribunal est libre de choisir celui ou ceux contre lesquels une condamnation sera effectivement prononcée. De même, si plusieurs dirigeants sont condamnés, le tribunal peut les déclarer solidairement responsables par une décision motivée (C. com., art. L. 651-2, al. 1<sup>er</sup> *in fine* ; Com. 7 nov. 2006, *Act. proc. coll.* 2006, n° 253, obs. C. Régnaut-Moutier ; Orléans, 29 mai 2008, *Dr. sociétés* 2009, n° 37, obs. J.-P. Legros).

*2<sup>e</sup> originalité* : le tribunal dispose d'une grande marge de liberté dans la détermination du montant de l'insuffisance d'actif mis à la charge du dirigeant ou de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. L'article L. 651-2 du Code de commerce prévoit en effet que le tribunal peut décider de leur faire supporter « tout ou partie » de l'insuffisance d'actif mais jamais plus. En pratique, tout dépendra de la gravité des fautes de gestion.

*3<sup>e</sup> originalité* : Les sommes allouées par le tribunal au titre du préjudice sont versées par les dirigeants ou l'EIRL dans le patrimoine de l'entreprise (C. com., art. L. 651-2, al. 3). Ces sommes sont alors réparties entre tous les créanciers au marc le franc, c'est-à-dire sans tenir compte des causes de préférence éventuelles.

En outre, à titre de sanction, il est prévu que le dirigeant ou l'EIRL ne peut participer aux répartitions des sommes auxquelles il a été condamné (C. com., art. L. 651-2, al. 3). Cette solution a pour objectif d'éviter que le dirigeant ou l'EIRL ne récupère une partie du montant de sa condamnation. Elle leur interdit également de prétendre à une compensation des sommes qui leur seraient éventuellement dues par la personne morale ou le patrimoine affecté en liquidation judiciaire, notamment en cas de compte courant (Ph. Roussel Galle, « Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté », *Rev. sociétés* 2009, 249 s., *spéc.* n° 41).

*4<sup>e</sup> originalité* : dans le cas où le dirigeant ou l'EIRL ne s'acquitterait pas du montant de sa condamnation, le tribunal peut prononcer contre lui une mesure de faillite personnelle (C. com., art. L. 653-6 ; v. ss 566).

## § 2 Les sanctions professionnelles : la faillite personnelle et l'interdiction de gérer

Les sanctions professionnelles ont pour objet d'éliminer, au moins temporairement, de la vie des affaires les dirigeants ainsi que les EIRL, dont l'entreprise est l'objet d'une procédure collective. Ces sanctions professionnelles sont au nombre de deux : il s'agit, d'une part, de la *faillite personnelle*<sup>O</sup> (A) et, d'autre part de l'*interdiction de gérer*<sup>O</sup> (B). Bien que distinctes, ces deux sanctions sont soumises à un même, et donc unique, régime (C)

560 ■

## A. La faillite personnelle

■ 561

La *faillite personnelle*<sup>o</sup> est la sanction professionnelle la plus sévère. Elle emporte interdiction de diriger, de gérer, d'administrer, de contrôler, directement ou indirectement, toute personne morale de droit privé ou de droit public mais aussi toute entreprise individuelle, quelle que soit la nature de son activité (C. com., art. L. 653-2). Elle peut également emporter l'incapacité d'exercer une fonction électorale pour une durée égale à celle de la faillite personnelle (C. com., art. L. 653-10).

Le domaine de la faillite personnelle est plus large que celui des sanctions patrimoniales (1). Les comportements sanctionnés par la faillite personnelle sont énumérés par les articles L. 653-3 à L. 653-6 du Code de commerce. Certains de ces comportements sont communs à l'ensemble des débiteurs personnes physiques et des dirigeants de personnes morales (2). D'autres sont au contraire spécifiques soit aux entrepreneurs individuels, soit aux dirigeants (3).

### 1. Le domaine d'application de la faillite personnelle

■ 562

*Rationae materiae*, une faillite personnelle peut être prononcée lorsque l'entreprise est en procédure de liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire.

*Rationae personae*, la faillite personnelle s'applique :

- au débiteur personne physique, qu'il soit ou non EIRL et quelle que soit l'activité de l'entreprise (commerciale, artisanale, agricole ou indépendante (C. com., art. L. 653-1, I, 1<sup>o</sup>);
- au(x) dirigeant(s) de droit ou de fait d'une personne morale (C. com., art. L. 653-1, I, 2<sup>o</sup>);
- ainsi qu'aux personnes physiques, représentants permanents d'une personne morale exerçant les fonctions de dirigeant de droit ou de fait (C. com., art. L. 653-1, I, 3<sup>o</sup>).

Toutefois, il est prévu que les « personnes physiques ou dirigeants de personne morale, exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre soumises à des règles disciplinaires », échappent aux sanctions professionnelles prévues par le Code de commerce (C. com., art. L. 653-1, I, al. 2). Cette formule, assez maladroite, vise les professions indépendantes soumises notamment à une autorité ordinaire et une déontologie propre (avocat, médecin...)

### 2. Les cas généraux de faillite personnelle

■ 563

L'article L. 653-5 du Code de commerce énumère *sept cas généraux* de faillite personnelle. Le tribunal peut prononcer une faillite personnelle contre tout entrepreneur individuel, tout dirigeant de droit ou de fait ou tout représentant permanent d'une personne morale dirigeante qui a :

- a exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi (C. com., art. L. 653-5, 1<sup>o</sup>);
- fait des opérations d'achat en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 653-5, 2<sup>o</sup>);

- souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale (C. com., art. L. 653-5, 3°);
- payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers (C. com., art. L. 653-5, 4°). Sont ici visés les paiements effectués, même par des procédés normaux, de créances en période suspecte (v. ss chapitre 11);
- fait obstacle au bon déroulement de la procédure, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure (C. com., art. L. 653-5, 5°);
- fait disparaître des documents comptables, n'a pas tenu de comptabilité lorsque les textes en font obligation ou bien encore tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables (C. com., art. L. 653-5, 6°);
- a déclaré sciemment, au nom du créancier, une créance supposée (C. com., nouv. art. L. 653-5, 7). Ce dernier cas, introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014, a pour but de tenir compte de la règle nouvelle selon laquelle le débiteur peut aujourd'hui déclarer au lieu et place du créancier les créances de celui-ci.

### 3. Les cas spécifiques de faillite personnelle

Ces cas spécifiques se subdivisent *en deux catégories*. La première catégorie ne concerne que les entrepreneurs individuels (a). La seconde vise exclusivement les dirigeants de personnes morales (b).

564 ■

#### a. Les cas spécifiques aux entrepreneurs individuels

L'article L. 653-3, I du Code de commerce énonce que le tribunal peut « à toute époque de la procédure » de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire prononcer la faillite personnelle contre toute personne physique qui a :

565 ■

- soit poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements (C. com., art. L. 653-3, I, 1°);
- soit détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif, ou frauduleusement augmenté son passif (C. com., art. L. 653-3, I, 3°).

Trois cas supplémentaires de faillite personnelle spécifiques aux EIRL ont en outre été introduits par l'ordonnance du 9 décembre 2010. Ces nouveaux cas de faillite personnelle visent à sanctionner le non-respect par l'EIRL du cloisonnement entre ses différents patrimoines. Tel sera le cas lorsqu'il :

- a disposé des biens du patrimoine visé par la procédure comme s'ils étaient compris dans un autre patrimoine (C. com., art. L. 653-3, II, 1°);
- a fait des actes de commerce, sous le couvert de l'activité visée par la procédure masquant ses agissements, dans un intérêt autre que celui de cette activité (C. com., art. L. 653-3, II, 2°);
- a fait des biens ou du crédit de l'entreprise visée par la procédure un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement (C. com., art. L. 653-3, II, 3°).

#### b. Les cas spécifiques aux dirigeants de personnes morales

Plusieurs cas spécifiques de faillite personnelle sont également prévus à l'égard des dirigeants et représentants permanents de personne morale dirigeante.

566 ■

Tout d'abord, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes mises à sa charge dans le cadre de la procédure collective (C. com., art. L. 653-6). Tel sera le cas en cas de non-paiement d'une condamnation pour insuffisance d'actif. *Par identité de motif, cette sanction a été étendue à l'EIRL* (C. com., art. L. 653-6 ; v. ss 559 *in fine*).

L'article L. 653-4 du Code de commerce reconnaît en outre au tribunal le pouvoir de prononcer la faillite personnelle de tout dirigeant de droit ou de fait qui a agi dans son intérêt au détriment de l'intérêt de la personne morale.

Tel est le cas lorsque le dirigeant a :

- disposé des biens de la personne morale comme des siens propres (C. com., art. L. 653-4, 1°). Est ici visée l'hypothèse d'un abus bien social ;
- fait des actes de commerce dans un intérêt personnel, sous le couvert de la personne morale afin de masquer ses agissements (C. com., art. L. 653-4, 2°) ;
- fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement (C. com., art. L. 653-4, 3°) ;
- poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale (C. com., art. L. 653-4, 4°) ;
- détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale (C. com., art. L. 653-4, 5°).

## B. L'interdiction de gérer

■ 567

L'*interdiction de gérer*<sup>o</sup> est une sanction plus douce par ses effets que la faillite personnelle, dont elle constitue un « succédané ». L'article L. 653-8 du Code de commerce prévoit en effet que le tribunal peut prononcer, *à la place de la faillite personnelle*, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement :

- soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale ;
- soit une ou plusieurs de celles-ci.

■ 568

Son domaine d'application est identique à celui de la faillite personnelle (v. ss 541). *Rationae materiae*, une interdiction de gérer peut être prononcée lorsque l'entreprise est en procédure de liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire. *Rationae personae*, elle s'applique à tout débiteur personne physique, EIRL ou non, et quelle que soit l'activité de l'entreprise, mais également au(x) dirigeant(s) de droit ou de fait d'une personne morale ainsi qu'aux personnes physiques, représentants permanents d'une personne morale exerçant les fonctions de dirigeant de droit ou de fait.

■ 569

Une interdiction de gérer peut être prononcée dans les cas énumérés par l'article L. 653-3 à L. 653-6 du Code de commerce concernant le prononcé d'une faillite personnelle (sur ces cas : v. ss 541 s.). Mais, elle peut aussi être prononcée *dans trois cas spécifiques* :

- lorsque *de mauvaise foi* l'entrepreneur individuel ou le dirigeant n'a pas remis aux organes de la procédure (administrateur, liquidateur, mandataire judiciaire) les renseignements qu'il était tenu de leur communiquer, l'inventaire du patrimoine de

l'entreprise et/ou la liste des créanciers dans le mois suivant le jugement d'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 653-8, al. 2). Le juge dispose d'un large pouvoir pour apprécier la mauvaise foi exigée par le texte.

– lorsque l'entrepreneur individuel ou le dirigeant aura, *sciemment*, manqué à l'obligation d'information prévue par le second alinéa de l'article L. 622-22, c'est-à-dire n'aura pas volontairement informé ses créanciers poursuivant de l'ouverture de la procédure dans les dix jours de celle-ci (C. com., art. L. 653-8, al. 2 *in fine*).

– lorsque l'entrepreneur individuel ou le dirigeant a omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, ni solliciter par ailleurs l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 653-8, al. 3). *Dans cette hypothèse particulière, l'interdiction de gérer est alors la seule sanction envisageable.* Depuis la loi du 26 juillet 2006, toute faillite personnelle est en effet exclue.

## C. Les principes communs à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer

Le régime de l'action en faillite personnelle ou en interdiction de gérer est identique (1). Il en est de même des sanctions (2).

### 1. Le régime de l'action

Le tribunal compétent pour prononcer une faillite personnelle ou une interdiction de gérer est le *tribunal de la procédure*. Cependant, le tribunal correctionnel est également compétent lorsqu'il décide de prononcer l'une ou l'autre de ces sanctions professionnelles, à titre de peine complémentaire lors d'une condamnation pour banqueroute (v. ss 552 s.). La sanction professionnelle prononcée par le tribunal correctionnel peut s'ajouter à celle qui aurait été préalablement prononcée par le tribunal de la procédure. Ce cumul de sanctions professionnelles est en effet possible si la sanction professionnelle prononcée par le juge pénal repose sur des faits différents. Ce principe d'origine jurisprudentielle (Crim. 31 oct. 2007, v. ss « Documents ») a été consacré par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (C. com., art. L. 654-6).

L'action en faillite personnelle ou en interdiction gérer est soumise à un régime identique à celui de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs (v. ss 535). Il s'agit d'une *action attitrée* qui ne peut être exercée que par le mandataire judiciaire ou le liquidateur, et en cas de carence de ces derniers, par la majorité des créanciers nommés contrôleurs. Elle se prescrit également par trois ans à compter du jugement ayant ouvert la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 653-7). Enfin, la convocation préalable du débiteur ou du dirigeant ne constitue plus une obligation pour le tribunal (C. com., art. R. 653-2).

### 2. Les sanctions

La durée de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer est en principe fixée par le tribunal. Le pouvoir de celui-ci est toutefois limité car, dans les deux cas, la durée de la sanction ne peut jamais être supérieure à quinze ans (C. com., art. L. 653-11).

Lorsque la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer est prononcée à l'encontre d'un dirigeant de droit ou de fait, cette sanction principale peut être

570 ■

571 ■

accompagnée d'une sanction complémentaire (C. com., art. L.653-9). Le tribunal peut en effet :

- soit enjoindre aux dirigeants, ou seulement à certains d'entre eux, de céder les actions ou parts sociales détenues dans le capital de la personne morale ;
- soit ordonner la cession forcée de leurs titres.

Dans les deux cas, si les dirigeants ont également été l'objet d'une condamnation, au titre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, le produit de la vente sera affecté « au paiement de la part des dettes sociales » (C. com., art. L. 653-9, al. 2 ; v. ss 535).

■ 572

Dans tous les cas (faillite personnelle, interdiction de gérer), le point de départ de la sanction est le jour où la décision ayant prononcé la sanction est devenue définitive et exécutoire (Com. 23 mai 2006, *Act. proc. coll.* 12/2006, V. Martineau-Bourgninaud). Il peut toutefois être mis fin *de plein droit* à ces sanctions dans deux cas (C. com., art. L. 653-11, al. 2) :

- d'une part, lorsque la procédure de liquidation judiciaire est l'objet d'une clôture pour extinction du passif
- d'autre part, après exécution d'une condamnation prononcée en application de l'article L. 651-2 du Code de commerce, c'est-à-dire en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (v. ss 522 s.).

À côté de ces causes de relèvement de plein droit, le tribunal peut être saisi par le débiteur ou le dirigeant pour être relevé en tout ou partie des déchéances et interdictions prononcées contre lui, s'il établit qu'« il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif » (C. com., art. L. 653-11, al. 3).

### § 3 Les sanctions pénales : la banqueroute et les infractions annexes

■ 573

Le prononcé de sanctions civiles (patrimoniales ou professionnelles) n'exclut pas le prononcé de sanctions pénales. Le Code de commerce distingue entre la *banqueroute*<sup>o</sup> (A) et les « autres infractions » (B).

Le domaine d'application de ces sanctions est identique à celui des sanctions professionnelles.

*Rationae personae*, elles concernent :

- le débiteur personne physique, qu'il soit ou non un EIRL et quelle que soit l'activité de l'entreprise (commerciale, artisanale, agricole ou indépendante (C. com., art. L 653-1, 1<sup>o</sup>)) ;
- le (ou les) dirigeant(s) de droit ou de fait d'une personne morale (C. com., art. L 654-1, 2<sup>o</sup>) ;
- les personnes physiques, représentants permanents d'une personne morale exerçant les fonctions de dirigeant de droit ou de fait (C. com., art. L 654-1, 3<sup>o</sup>).

*Rationae materiae*, elles visent le cas où une procédure de redressement judiciaire est ouverte comme celui d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 654-2).

## A. Le délit de banqueroute

L'article L. 654-2 du Code de commerce énumère cinq cas de banqueroute. Est ainsi coupable de banqueroute tout entrepreneur individuel ou tout dirigeant qui :

*1<sup>er</sup> cas* : dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, a fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds (C. com., art. L. 654-2, 1<sup>o</sup>).

*2<sup>e</sup> cas* : a détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur (C. com., art. L. 654-2, 2<sup>o</sup>).

*3<sup>e</sup> cas* : a frauduleusement augmenté le passif du débiteur (C. com., art. L. 654-2, 3<sup>o</sup>).

*4<sup>e</sup> cas* : a tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables ou bien encore qui s'est abstenu de tenir toute comptabilité lorsque celle-ci est légalement obligatoire (C. com., art. L. 654-2, 4<sup>o</sup>).

*5<sup>e</sup> cas* : a tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière (C. com., art. L. 654-2, 5<sup>o</sup>).

La banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (C. com., art. L. 654-3). À cette peine principale, qui peut se cumuler avec les sanctions professionnelles de faillite personnelle et d'interdiction de gérer (C. com., art. L. 654-6), peuvent s'ajouter des peines complémentaires.

Celles-ci sont énumérées par l'article L. 654-5 du Code de commerce. À titre d'exemples, le tribunal correctionnel peut prononcer l'interdiction des droits civiques, civils et de la famille (C. com., art. L. 654-5, 1<sup>o</sup>), l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise (C. com., art. L. 654-5, 2<sup>o</sup>) ou bien encore l'interdiction, pour une durée de cinq ans minimum, d'émettre des chèques autres que de retrait (C. com., art. L. 654-5, 4<sup>o</sup>).

## B. Les infractions annexes

Ces infractions ont un domaine plus étendu que celui de banqueroute. Elles peuvent en effet être commises dans le cadre de toute procédure collective : procédure de sauvegarde, procédure de redressement judiciaire ou procédure de liquidation judiciaire.

Il s'agit notamment, et sans souci d'exhaustivité :

- des infractions, tel que le délit de malversation, commises par les organes de la procédure, à l'exception toutefois du représentant de salariés (C. com., art. L. 654-12, II). Sont notamment visés l'administrateur, le mandataire judiciaire, le liquidateur, le commissaire à l'exécution du plan.

- des infractions destinées à sanctionner l'organisation de l'insolvabilité de l'entreprise (v. C. com., art. L. 654-14).

- des infractions visant à sanctionner la violation des règles de gestion, tel que par exemple le fait d'avoir procédé pendant la période d'observation au paiement d'une créance antérieure ou postérieure non privilégiée ou d'avoir consenti une hypothèque ou un nantissement sans autorisation préalable du juge-commissaire (C. com., art. L. 654-8 1<sup>o</sup> ; v. ss chapitre 6). Ou bien encore d'avoir procédé à la cession

574 ■

575 ■

576 ■



d'un bien inaliénable en application de l'article L. 642-10 (C. com., art. L. 654-8, 4<sup>o</sup>; v. ss chapitre 13).

– des infractions visant à sanctionner les tiers, tel que par exemple ceux qui ont déclaré frauduleusement dans la procédure des créances supposées gonflant ainsi artificiellement le passif de la procédure (C. com., art. L. 654-10).

À cette liste, il convient d'ajouter les infractions visant à rompre l'égalité des créanciers. À ce titre, l'article L. 654-8 du Code de commerce sanctionne, notamment, le fait pour toute personne à laquelle peut être imputé le délit de banqueroute :

– d'avoir payé une dette pendant la période d'observation en violation de l'interdiction des paiements ;

– d'avoir effectué un paiement en violation des modalités de règlement du passif prévues au plan de sauvegarde ou de redressement.

## section 2

# Les sanctions contre les tiers

■ 577

À côté de la responsabilité du débiteur ou des dirigeants, celle des tiers peut également être recherchée en cas d'ouverture d'une procédure collective. Tel est le cas lorsqu'il apparaît que l'activité de l'entreprise n'a pu se continuer qu'au moyen d'un soutien abusif, accréditant de manière artificielle la solvabilité du débiteur vis-à-vis de ses créanciers et retardant d'autant l'ouverture d'une procédure collective

La loi du 26 juillet 2005 a cependant modifié radicalement la philosophie de cette action. Elle substitue au principe de responsabilité un principe d'irresponsabilité civile (§ 1) tempérée d'exceptions (§ 2) dont elle ne précise pas le régime juridique (§ 3)

## § 1 Le principe légal d'irresponsabilité du fournisseur de crédit

■ 578

L'action en responsabilité pour soutien abusif<sup>o</sup> s'est construite en dehors du Code de commerce. Il s'agit d'une création prétorienne, qui sur le fondement des dispositions de l'article 1382 du Code civil, permettait de retenir la responsabilité de tout fournisseur de crédit, lorsque celui-ci avait :

– soit pratiquée une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable des charges financières de l'entreprise ;

– soit apporté un soutien artificiel à une entreprise dont elle connaissait ou aurait dû connaître, s'il s'était informé, la situation irrémédiablement compromise

(Com. 22 mars 2005, *D.* 2005. AJ 1020, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2005. 1213, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2005. 578, obs. D. Legeais).

Dans ces conditions, l'existence d'un soutien abusif permettait de faire supporter au créancier dispensateur de crédit le poids de l'aggravation du passif de l'entreprise lorsqu'une procédure collective était ultérieurement ouverte contre elle. Au terme de la jurisprudence, la responsabilité de tout créancier (et pas seulement les

établissements de crédit) pouvait être ainsi recherchée. À titre d'exemples, une action pour soutien abusif pouvait être exercée contre les fournisseurs de biens ou de services, tel qu'un franchiseur ou un concédant (Com. 27 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 879) ou les créanciers publics (pour une application à un organisme social : Com. 10 déc. 2003, *RTD com.* 2004. 139, D. Legeais ; *Bull. Joly* 2004. 491, note F.-X. Lucas).

Dans le double but de permettre aux entreprises en difficulté de trouver des financements et de limiter le risque juridique de condamnation des établissements de crédit pour soutien abusif, la loi du 26 juillet 2005 a fait le choix d'apporter une limitation radicale à ces principes jurisprudentiels en inversant la logique.

L'article L. 650-1 du Code de commerce prévoit aujourd'hui que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers *ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis* ».

Le domaine d'application de ce principe d'irresponsabilité est très largement entendu.

*Rationae materiae*, il s'applique quelle que soit la nature de la procédure collective ouverte contre le débiteur : procédure de sauvegarde, procédure de redressement judiciaire ou procédure de liquidation judiciaire.

*Rationae personae*, il joue sans distinction à l'égard de tous les créanciers du débiteur lui ayant fourni un concours. Sont donc visés à titre principal, les établissements de crédit. Mais également tous les autres créanciers du débiteur, que ceux-ci soient des partenaires commerciaux habituels ou des créanciers publics (En ce sens : Com. 16 oct. 2012 : *Rev. sociétés* 2012. 730, obs. Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2012, 1735, note D. Legeais). La forme du concours consenti au débiteur est également un élément indifférent : il peut tout aussi bien s'agir d'un prêt, que d'un découvert en compte courant, voire de délais de paiement (Com. 16 oct. 2012, préc.).

## § 2 Les cas légaux de responsabilité pour soutien abusif

L'article L. 650-1 du Code de commerce énonce trois cas dans lesquels la responsabilité du créancier peut être retenue pour soutien abusif. Il s'agit de :

– *la fraude*. Cette exception ouvre un large pouvoir d'intervention au juge, notamment, lorsque le concours a été accordé à une entreprise qui était déjà dans une situation irrémédiablement compromise et que le dispensateur de crédit ne pouvait ignorer ;

– *l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur*. Cette hypothèse renvoie au cas dans lequel le créancier, fort des concours consentis au débiteur, adopterait un comportement identique à celui d'un dirigeant de fait. L'immixtion suppose qu'il soit établi des actes positifs et répétés puisque l'immixtion doit être « caractérisée ». Si l'immixtion est démontrée, et la direction de fait établie, le créancier peut alors être l'objet d'une des sanctions professionnelles déjà étudiées (v. ss 539 s.) ;

– la prise de garanties disproportionnées. De l'avis de la doctrine, il s'agit là du cas qui, en pratique, sera le plus souvent invoqué dans les prétoires. Mais, en l'absence de jurisprudence, cette prédiction est encore difficile à vérifier. Quoi qu'il en soit, l'existence et l'importance de la disproportion de la garantie par rapport aux

579 ■

580 ■

concours accordés au débiteur seront l'objet d'une appréciation souveraine des juges.

### § 3 La mise en œuvre de l'action en responsabilité pour soutien abusif

Le Code de commerce ne définit pas le régime de l'action en responsabilité pour soutien abusif (A) mais précise en revanche la nature des sanctions (B)

#### A. Le régime de l'action

■ 581

Dans le silence de la loi, et notamment de l'article L. 650-1 du Code de commerce, la doctrine s'accorde pour considérer qu'une distinction doit être opérée selon la nature du préjudice dont il est demandé réparation. S'agit-il d'un préjudice collectif, subi par la collectivité des créanciers du débiteur, ou d'un préjudice individuel, propre à tel ou tel créancier ?

*Si le préjudice est un préjudice collectif*, seuls les organes de la procédure chargés de représenter et de défendre l'intérêt collectif des créanciers pourront agir (v. ss chapitre 5, v. ss 158 s.). Sont en conséquence visés le *mandataire judiciaire*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 622-20) mais également le *liquidateur*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 641-4) et le *commissaire à l'exécution du plan*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 626-25).

Depuis la réforme du 26 juillet 2005, rien ne paraît exclure une action à l'initiative des *contrôleurs*<sup>o</sup>, mais uniquement en cas de carence du mandataire judiciaire (C. com., art. L. 622-20).

■ 582

À l'opposé, *si le préjudice est un préjudice individuel*, la possibilité d'une action du créancier, victime du soutien abusif, paraît beaucoup plus problématique en raison de l'ouverture de la procédure collective.

Dès l'instant de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les organes de la procédure chargés de représenter et défendre l'intérêt collectif du débiteur disposent en effet d'un monopole de représentation (Com. 3 juin 1997, *D.* 1997. 517, note F. Derrida ; *JCP E* 1997. II. 988, note M. Béhar-Touchais).

Aussi pour qu'un créancier puisse agir en réparation de son préjudice personnel, il lui appartiendra de démontrer que celui-ci constitue un préjudice distinct du préjudice collectif subi par l'ensemble des autres créanciers du débiteur. La preuve de ce préjudice distinct ne sera pas tâche facile. La Cour de cassation considère en effet que le préjudice individuel est celui qui n'est pas inhérent à la procédure collective (Ass. plén. 9 juill. 1993, *D.* 1993. 469, note F. Derrida ; *JCP E* 1993. II. 509, note F. Pollaud-Dulian). Cette définition conduit à absorber le préjudice individuel dans le préjudice collectif (Ph. Pétel, *Procédures collectives*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Cours », 2014).

#### B. Les sanctions du soutien abusif

■ 583

Si l'existence d'une faute dans l'octroi des concours consentis au débiteur est démontrée (v. ss 455), encore faut-il établir l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et ce préjudice.

Conformément à la jurisprudence antérieure, ce préjudice consistera dans l'augmentation du passif du débiteur entre le moment de l'octroi du concours et la date à laquelle la procédure collective a été ouverte. S'agissant du lien de causalité, il conviendra de démontrer que cette aggravation du passif a pour cause l'octroi des concours litigieux.

Si, l'ensemble de ces conditions se trouve réuni, la sanction consistera en l'allocation de dommages et intérêts. Leur montant entrera dans le patrimoine du débiteur et sera affecté au désintéressement des créanciers de la procédure. Cette solution ne vaut cependant que si le préjudice constitue un préjudice collectif. En cas de préjudice individuel, seul le créancier à l'origine de l'action recevra les dommages et intérêts (v. ss 582, Ph. Pétel, *op. préc.*, n° 452).

À cette sanction traditionnelle et commune à l'ensemble des cas de soutien abusif énumérés par l'article L. 650-1 du Code de commerce, *une sanction propre est applicable lorsque les garanties accordées par le débiteur revêtent un caractère disproportionné*. Dans ce cas particulier, le juge peut soit annuler, soit réduire les garanties prises en contrepartie des concours consentis (C. com., art. L. 650-1, al. 2).

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette sanction ne constitue pour le juge qu'une simple faculté, s'ajoutant à la créance de dommages et intérêts.

Par ailleurs, l'ordonnance du 18 décembre 2008 offre au juge non seulement la faculté de prononcer la nullité des garanties disproportionnées mais elle lui permet aussi, selon la gravité de la faute du créancier, *soit* de prononcer la nullité des garanties, *soit* de les maintenir mais en décidant de les réduire afin de faire disparaître l'excès. Le juge semble pouvoir, à ce titre, modifier l'assiette de la garantie.

584 ■

## Compléments pédagogiques

### Mémo

*Des sanctions patrimoniales, professionnelles et pénales* peuvent être prononcées contre le débiteur et les dirigeants d'une personne morale en procédure collective.

*Le domaine de ces sanctions dépend de la nature de la procédure ouverte contre le débiteur.*

*La responsabilité pour insuffisance d'actif est une sanction patrimoniale qui ne peut être prononcée qu'en cas de liquidation judiciaire.*

*Il n'y pas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif sans faute de gestion*

*Seuls les dirigeants (de droit ou de fait) d'une personne morale de droit privé ainsi que les EIRL* peuvent être l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Est un dirigeant de fait toute personne qui *s'immisce dans la gestion d'une personne morale sans avoir la qualité* de dirigeant de droit.

*Il existe deux types de sanctions professionnelles* : la faillite personnelle et l'interdiction de gérer.

Tout débiteur personne physique ainsi que tout dirigeant (de droit ou de fait) d'une personne morale en *redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire* peut être l'objet d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer

La durée des sanctions professionnelles ne peut excéder 15 ans.

Tout débiteur personne physique et tout dirigeant (de droit ou de fait) d'une personne morale *en procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* peut être l'objet de sanctions pénales.

*La banqueroute est la principale des sanctions pénales.*

La banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement.

Un créancier peut être poursuivi pour soutien abusif.

*L'action pour soutien abusif est une action en responsabilité civile* ; elle n'est possible *que dans trois cas.*

La prise de garanties disproportionnées est un des cas de soutien abusif.

Le juge peut prononcer la nullité ou la réduction des garanties disproportionnées.

## Quid

### ■ Action en responsabilité pour soutien abusif n° 578

Action civile ouverte en cas de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire contre les créanciers ayant consenti au débiteur un crédit dans les cas prévus par l'article L. 650-1 du Code de commerce : fraude, immixtion caractérisée, prise de garanties disproportionnées.

### ■ Action en responsabilité pour insuffisance d'actif n° 545

Action civile introduite par le liquidateur ou le ministère public en cas de liquidation judiciaire contre tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale ou contre un entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Cette action a pour objet de faire supporter au dirigeant sur son patrimoine personnel, et à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée sur son patrimoine non affecté, le montant de l'insuffisance d'actif de la personne morale ou du patrimoine affecté.

### ■ Banqueroute n°s 573 s.

Sanction pénale pouvant être prononcée, dans les cas prévus par la loi, contre un débiteur, personne physique, en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire ou contre les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

### ■ Commissaire à l'exécution du plan n° 581

Mandataire de justice chargé de veiller à l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal à l'issue de la période d'observation. Cette mission peut être confiée par le tribunal à l'administrateur judiciaire ou au mandataire judiciaire.

### ■ Contrôleur n°s 558, 581

Créancier du débiteur désigné par le juge-commissaire et chargé d'assister le mandataire judiciaire ainsi que le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

### ■ Dirigeant de droit n° 552

Toute personne, rémunérée ou non, qui est régulièrement nommée et investie d'un pouvoir de gestion, même si ce pouvoir ne s'accompagne pas d'un pouvoir de représentation à l'égard des tiers.

### ■ Dirigeant de fait n° 553

Toute personne (physique ou morale) qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein d'une personne morale à la place de ses dirigeants légaux.

### ■ Faillite personnelle n°s 560, 561 s.

Sanction professionnelle qui emporte interdiction de diriger, de gérer, d'administrer, de contrôler, directement ou indirectement, toute personne morale de droit privé ou de droit public mais aussi toute entreprise individuelle quelle que soit la nature de son

activité. Elle peut également emporter l'incapacité d'exercer une fonction élective pour une durée égale à celle de la faillite personnelle.

■ **Interdiction de gérer n°s 560, 567 s.**

Sanction professionnelle applicable à tout débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire ou à tout dirigeant, de droit ou de fait, d'une personne morale en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Elle emporte l'interdiction de diriger, gérer, d'administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, ou une ou plusieurs de celles-ci.

■ **Liquidateur n° 581**

Mandataire judiciaire chargé de liquider les actifs, de régler le passif et de gérer l'entreprise pendant la procédure de liquidation judiciaire. Il est également chargé de représenter et défendre l'intérêt collectif des créanciers.

■ **Mandataire judiciaire n° 581**

Mandataire de justice, désigné avant la loi du 26 juillet 2005 sous le nom de « représentant des créanciers ». Il a pour mission de vérifier les créances mais aussi de représenter les créanciers et de défendre leurs intérêts. Il assume les fonctions de liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire.

## Documents

### 1) Notion de dirigeant de fait

Com. 27 juin 2006 (extraits)

(*Rev. sociétés* 2006. 900, note D. Poracchia ; *D.* 2007. Pan. 1696, obs. A. Ballot-Léna)

« Mais attendu que, de même qu'en vertu de l'article L. 624-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, les fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société en redressement ou liquidation judiciaires peuvent engager la responsabilité des personnes morales dirigeantes et celle de leurs représentants permanents, de même peut être déclarée responsable de ces fautes, sur le fondement de l'article L. 624-3 du même code, la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaires, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société ».

## 2) Conditions du prononcé d'une sanction professionnelle par le juge pénal

Crim. 31 oct. 2007 (extraits)

(D. 2008. Pan. 1579, obs. C. Mascal; *Rev. sociétés* 2008. 165, note H. Matsopolou; *Bull. Joly* 2008. 332, note D. Chilstein)

« Attendu que, contrairement à ce qui est soutenu au moyen, l'impossibilité pour la juridiction pénale de prononcer une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, lorsqu'une juridiction civile ou commerciale a déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive, édictée par l'article L. 654-6 du code de commerce, issu de la loi du 26 juillet 2005, ne s'applique que si cette décision a été prise à l'occasion des mêmes faits ».

## Biblio

### 1) Sur la responsabilité pour soutien abusif

- V. Forray, « Commentaires complémentaires de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008. 661 s.
- P. Hoang, « La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit » in *La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures, quelles responsabilités*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2006. 75 s.
- J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D. affaires* 2006. Chron. 1743.
- D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D. affaires* 2006. Chron. 69.
- R. Routier, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. proc. coll.* 8-10 mars 2009. p. 53 s.

### 2) Sur la responsabilité pour insuffisance d'actif

- N. Delattre, « Le dirigeant fautif », *Rev. proc. coll.* 2011.85 s.
- A. Diesbecq, « Conditions procédurales de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *Rev. proc. coll.* 2012, p. 81.
- C. Mascala, « Le périmètre des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2011, dossier 5.
- Th. Montéran, « La réforme des responsabilités et des sanctions » *Gaz. Pal. proc. coll.* 8-10 mars 2009, p. 57 s.
- Ph. Roussel Galle, « La procédure civile dans les responsabilités et sanctions civiles », in *Procédure civile et procédure collective*, LPA 28 nov. 2008. 80 s. ; « Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. sociétés* 2009. 249 s.

### 3) Sur la faillite personnelle, l'interdiction de gérer et la banqueroute

- M. Benejat, « Faut-il sauver la banqueroute ? », *Rev. proc. coll.* 2010. Étude 27.
- A. Lienhard, « Aubaine pour le dirigeant condamné », in *Mélanges J.-H Robert*, Lexis-Nexis, 2012, p. 431.



- C. Mascala, « Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. proc. coll.* 2009. 105 s.
- H. Matsopoulou, « Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer », *D.* 2007. Chron. 104

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

*Vrai ou faux ?*

1. Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut être ouverte contre tout commerçant en liquidation judiciaire.
2. Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut être ouverte contre un dirigeant d'une personne morale en redressement judiciaire.
3. Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut être ouverte contre un dirigeant de fait ou de droit d'une personne morale en liquidation judiciaire.
4. Le dirigeant d'une société dont la cessation des fonctions n'a pas été publiée au registre du commerce et des sociétés est un dirigeant de fait.
5. L'insuffisance d'actif doit trouver sa cause dans une faute de gestion.
6. Une action pour insuffisance d'actif peut être exercée par un créancier.
7. Une interdiction de gérer peut être prononcée contre un artisan en redressement judiciaire.
8. Une faillite personnelle peut être prononcée contre un médecin en liquidation judiciaire.
9. Le tribunal correctionnel peut prononcer une faillite personnelle ou une interdiction de gérer.
10. L'interdiction de gérer prononcée contre un dirigeant peut s'accompagner de la cession forcée de ses parts sociales ou actions.
11. La durée de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer ne peut être supérieure à quinze ans.
12. Une action pour soutien abusif n'est possible que dans les cas prévus par la loi.
13. Un créancier peut agir en réparation du préjudice collectif né d'un soutien abusif..
14. Le juge doit prononcer la nullité des garanties accordées par le débiteur lorsqu'elles sont disproportionnées.
15. L'action pour soutien abusif est interdite lorsque le débiteur est l'objet d'une procédure de sauvegarde.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Cas pratique

### Énoncé

L'EURL Ciclop a été créée il y a dix ans. Spécialisée dans la fabrication d'appareils de lecture optique, elle emploie dix salariés. Son fondateur et gérant, M. Leborgne a obtenu de la banque Miop un prêt de 2 000 000 d'euros pour financer la prospection de nouveaux marchés en Amérique du Sud ainsi que l'achat d'un immeuble pour abriter son siège social. Au début de l'année dernière, M. Leborgne a décidé de se retirer temporairement du monde des affaires pour faire le tour du monde en bateau avec son épouse et leurs deux enfants. Bien que M. Leborgne ait conservé son titre de gérant, les rênes de la société ont été confiées à Mme Claindeuille, jeune directrice financière de la société Ciclop et fraîchement diplômée d'une illustre école de commerce.

Ce changement de « capitaine » s'est accompagné d'un changement radical de politique d'investissement. Mme Claindeuille a décidé d'abandonner le marché sud-américain pour investir celui de l'Asie. Ce choix s'est révélé rapidement être mauvais : aucune des négociations menées n'ayant abouti à la conclusion d'un quelconque contrat. Face à cet échec, Mme Claindeuille s'est de nouveau tournée vers le marché sud-américain qu'elle avait laissé en friche. Malheureusement pour elle, l'image de la société y est désormais désastreuse. L'EURL Ciclop vient en effet d'être condamnée à verser à l'un de ses anciens clients mexicains, plus de 500 000 euros de dommages et intérêts pour malfaçons de ses appareils. Craignant la colère de M. Leborgne et redoutant encore plus de perdre son emploi, Mme Claindeuille a falsifié les derniers résultats trimestriels. En outre, pour cacher la cessation des paiements, elle a obtenu de la banque Miop un découvert en compte courant de 500 000 euros alors que le prêt de 2 000 000 d'euros n'est remboursé qu'à hauteur de 25 %. Pour garantir, ce découvert la banque a obtenu une hypothèque sur le nouvel immeuble où est logé le siège de l'EURL.

En dépit des efforts déployés par Mme Claindeuille, la société a été mise en redressement judiciaire le 6 mars dernier. Il y a deux jours, cette procédure a été convertie en procédure de liquidation judiciaire. M<sup>e</sup> Klervoyan, en sa qualité de liquidateur a décidé de saisir le tribunal en responsabilité pour insuffisance d'actif ainsi qu'en faillite personnelle contre Mme Claindeuille et M. Leborgne. Il envisage également d'engager la responsabilité de la banque Miop pour soutien abusif.

*Que pensez-vous de ces actions ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. Faux. Sauf si le commerçant est un EURL.
2. Faux.
3. Vrai.
4. Faux.
5. Vrai.
6. Faux.

7. Vrai.
8. Faux. Il ne peut être l'objet que de sanctions disciplinaires prononcées par son ordre.
9. Vrai. La sanction est alors une sanction complémentaire au délit pénal de banqueroute.
10. Vrai.
11. Vrai.
12. Vrai.
13. Faux.
14. Faux. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il ne s'agit que d'une simple faculté pour le juge.
15. Faux.

### Cas pratique

Trois types d'actions sont ici envisagés par le liquidateur. Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui est une sanction patrimoniale (I). Une action en faillite personnelle qui est une sanction professionnelle (II). Enfin une action pour soutien abusif (III). Si les deux premières sont dirigées contre le gérant et le directeur financier de l'EURL, la troisième est, pour sa part, dirigée contre un créancier de cette dernière.

À titre liminaire, il convient de souligner que la qualité à agir du liquidateur ne soulève pas, en l'espèce, de difficulté.

S'agissant des actions pour insuffisance d'actif et en faillite personnelle, ces deux actions sont des actions attitrées, c'est-à-dire des actions dont l'exercice est réservé aux seules personnes désignées expressément par la loi. Or, qu'il s'agisse de l'article L. 651-3 (action en pour insuffisance d'actif) ou de l'article L. 653-7 (action en faillite personnelle) du Code de commerce, ces deux textes reconnaissent expressément qualité à agir au liquidateur.

Il en va de même pour l'action en soutien abusif mais pour une autre raison. Rappelons en effet que le liquidateur est investi de la mission de veiller au respect de l'intérêt collectif des créanciers, et dispose à ce titre d'un monopole de représentation pour agir au nom et pour le compte de la collectivité des créanciers (v. chapitre 13).

### II. Action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le gérant et le directeur financier de l'EURL

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est régie par les articles L. 651-1 et suivant du Code de commerce. Son domaine d'application est strictement entendu. Cette action ne peut être exercée qu'à la condition que l'entreprise ait été l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 651-1). Ce qui place donc hors de son champ les hypothèses dans lesquelles une procédure de sauvegarde ou une procédure de redressement judiciaire est ouverte. En l'espèce, si la procédure initialement ouverte était une procédure de redressement judiciaire, il est précisé que celle-ci a été convertie en procédure de liquidation judiciaire. Donc, rien ne s'oppose au jeu des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce.

Le domaine d'application *rationae personae* de cette action est également limité : une action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être introduite qu'à

l'encontre des dirigeants d'une personne morale de droit privé, et, contre un débiteur personne physique s'il exploite son activité en qualité d'EURL. L'application de cette condition devrait donc conduire à exclure toute action contre Mme Claindeuille puisque celle-ci est la directrice financière de l'EURL et a par conséquent le statut de salarié. Donc, seul M. Leborgne, en sa qualité de gérant de l'EURL, et donc de dirigeant, peut être poursuivi.

Toutefois, la notion de dirigeant est entendue très largement. Elle vise tout aussi bien les dirigeants de droit que les dirigeants de fait. La question se pose de savoir si Mme Claindeuille, à qui M. Leborgne a confié la direction de la société pendant son absence, peut recevoir la qualification de dirigeant de fait.

#### A. Sur la qualité de dirigeant de fait de la directrice financière

La notion de dirigeant de fait permet d'agir contre toute personne (physique ou morale) qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein d'une personne morale à la place de ses dirigeants légaux (v. Com. 27 juin 2006, ss « Documents »). La preuve de la qualité de dirigeant de fait est en principe laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. À titre d'exemple, cette qualité de dirigeant de fait a déjà été reconnue à un directeur salarié (Com. 24 juin 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. 14, obs. J.-P. Legros). Ce qu'est en l'espèce Mme Claindeuille.

Toutefois, pour emporter la conviction du tribunal, le liquidateur doit rapporter la preuve de l'existence d'actes positifs de gestion accomplis de manière répétée et en toute indépendance par celui (ou celle) soupçonné de direction de fait. En l'espèce, la qualité de dirigeant de fait de Mme Claindeuille est difficilement contestable. Il est précisé que le gérant (qui est le dirigeant de droit) lui a laissé les « rênes de l'entreprise ». Mme Claindeuille semble donc avoir exercé les pouvoirs attachés à la qualité de dirigeant (pouvoir de gestion et de direction) en toute indépendance durant l'absence du gérant en titre.

Mais la qualité de dirigeant de fait ou de droit ne suffit pas pour que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif prospère. Il appartient au liquidateur d'établir la preuve d'une insuffisance d'actif mais aussi démontrer que cette insuffisance d'actif trouve sa cause dans une faute de gestion.

#### B. Sur la preuve des éléments constitutifs de l'action en responsabilité au cas d'espèce

Trois éléments doivent être réunis en vertu de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Tout d'abord, le liquidateur doit faire la preuve d'une insuffisance d'actif. Cette preuve peut être aisément rapportée car l'insuffisance d'actif est définie de manière tautologique. Il y a en effet insuffisance d'actif toutes les fois où l'actif est insuffisant pour couvrir le passif de l'entreprise, né antérieurement au jugement d'ouverture (Com. 28 avr. 2008, *RTD com.* 1999. 187, obs. A. Laude ; *Défrenois* 1998. 948, note P. Le Cannu). Or, tel semble être le cas en l'espèce. L'endettement de l'entreprise paraît suffisamment important pour conclure que l'actif (composé certes d'un immeuble) est insuffisant pour couvrir ses dettes (remboursement du prêt et du découvert ainsi que le paiement des dommages et intérêts dus au cocontractant chinois).

Mais cette preuve n'est pas suffisante. Le liquidateur doit ensuite démontrer l'existence d'une ou de fautes de gestion imputables tant au gérant, pris en sa qualité de dirigeant de droit, qu'à sa directrice financière, pris en sa qualité de dirigeant de fait. Le liquidateur doit enfin établir le lien de causalité entre les fautes de gestion et l'insuffisance d'actif.

À l'égard de M. Leborgne, dirigeant de droit, cette preuve paraît difficile à rapporter. L'aggravation de l'endettement et des difficultés de la société s'est produite en son absence. Or, si la jurisprudence considère que les dirigeants de droit peuvent être poursuivis et condamnés pour insuffisance alors même qu'ils ont cessé leurs fonctions avant le jour l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire, elle exige dans le même temps que la situation à l'origine de l'insuffisance d'actif ait pris naissance alors qu'ils étaient encore en fonction (En ce sens not. : Com. 14 oct. 1997, *Rev. sociétés* 1998. 380, note D. Randoux). Or, tel ne semble pas être le cas en l'occurrence. M. Leborgne a certes commis une erreur en confiant la direction « de fait » de la société à sa directrice financière sans démissionner de ses fonctions de gérant mais cette erreur ne peut pas conduire, semble-t-il, à lui imputer l'origine de l'insuffisance d'actif de la société au jour du prononcé de la liquidation. D'autant que lorsqu'il a quitté la société, celle-ci était prospère et le déclin de son activité résulte des choix hasardeux de sa directrice financière.

Mais ces constats suffisent-ils à retenir la responsabilité de M<sup>me</sup> Claindeuille, prise en sa qualité de dirigeant de fait ? Y a-t-il eu des fautes de gestion ? Il apparaît difficile de se prononcer sur cette question. La directrice financière a commis des choix regrettables : abandonner le marché sud-américain pour se tourner vers le marché asiatique. Mais cela suffit-il à considérer qu'il y a faute de gestion ? Rien n'est moins sûr, car comme l'observe le professeur F. Pérochon, « la gestion n'est pas plus que le droit une science exacte ». Par ailleurs, la condamnation de la société au paiement d'importants dommages et intérêts n'est pas imputable à M<sup>me</sup> Claindeuille. La livraison des appareils défectueux n'est pas une faute de gestion. En outre, cette livraison a eu lieu, semble-t-il, alors que Monsieur Leborgne était encore à la tête de la société, et donc en fonction.

Mais, dans le même temps, si on ne peut imputer à M<sup>me</sup> Claindeuille l'échec de l'activité de la société, elle a cherché dans le même temps à cacher les difficultés financières de l'entreprise, notamment en contractant un important découvert en compte courant, ce qui a aggravé l'endettement, et donc l'insuffisance d'actif de la société. Sur ce terrain, on peut penser que l'action en responsabilité pour l'insuffisance d'actif du liquidateur a de fortes chances de prospérer.

Si tel était le cas, le tribunal pourrait alors décider de faire supporter à M<sup>me</sup> Claindeuille soit la totalité, soit une partie de l'insuffisance d'actif de la société. Ce qui l'obligerait à en répondre sur son patrimoine personnel et à verser le montant de l'insuffisance d'actif mis à sa charge à la procédure en vue de sa répartition entre les créanciers au marc le franc (C. com., art. L. 652-1, al. 3)

## **II. Action en faillite personnelle contre le gérant et le directeur financier**

La faillite personnelle est une sanction professionnelle qui emporte interdiction de diriger, de gérer, d'administrer, de contrôler, directement ou indirectement, toute personne morale de droit privé ou de droit public mais aussi toute entreprise individuelle, quelle que soit la nature de son activité (C. com., art. L. 653-2). Elle peut

également emporter l'incapacité d'exercer une fonction élective pour une durée égale à celle de la faillite personnelle (C. com., art. L. 653-10).

Le domaine de la faillite personnelle est plus large que celui de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Elle peut être prononcée lorsque la procédure ouverte est une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Cette première condition est remplie en l'espèce puisque la procédure est une procédure de liquidation judiciaire.

*Rationae personae*, la faillite personnelle peut être prononcée non seulement contre tout débiteur personne physique mais également contre tout dirigeant qu'il soit dirigeant de droit ou de fait (C. com., art. L. 653-1, I). Cette seconde condition est, en l'espèce, également remplie (v. ci-dessus I).

Les cas de faillite personnelle sont toutefois énumérés limitativement par les articles L. 653-3 à L. 653-6 du Code de commerce. Or, aucun des cas énumérés ne peut être reproché à Monsieur Leborgne.

En revanche, il apparaît que M<sup>me</sup> Claindeuille a falsifié les comptes et a cherché à cacher l'état de cessation des paiements de la société par le recours à un crédit « ruineux » pour la société. Or, il résulte de l'article L. 653-3, I, 1<sup>o</sup> du Code de commerce que le fait de poursuivre abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements » est une cause de faillite personnelle. De même, l'article L. 653-5, 2<sup>o</sup> du Code de commerce prévoit que le fait d'avoir « dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (...) employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds » constitue aussi une cause de faillite personnelle. Enfin, le fait d'avoir tenu une comptabilité infidèle est aussi une cause de faillite personnelle (C. com., art. L. 653-5, 6<sup>o</sup>).

Compte tenu de cette énumération, il est plus que probable qu'une mesure de faillite personnelle soit prononcée contre M<sup>me</sup> Claindeuille, en sa qualité de dirigeant de fait de l'EURL Ciclop. Il appartiendra au juge d'en fixer la durée qui ne peut excéder quinze ans (C. com., art. L. 653-11, al. 1<sup>er</sup>).

### III. Action pour soutien abusif contre la banque

Depuis la loi du 26 juin 2005, une action pour soutien abusif est possible dans les trois cas limitativement énumérés par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Ceux-ci sont la fraude, l'immixtion caractérisée et la prise de garanties disproportionnées.

En l'espèce, les deux premiers cas sont, de prime abord, inapplicables, même si la notion de fraude peut être entendue assez largement. Sous cette réserve, reste donc le cas de la prise de garanties disproportionnées. La banque Miop a en effet obtenu à titre de garantie du découvert de 500 000 euros consenti à l'EURL Ciclop une hypothèque sur l'immeuble abritant son siège social. Cette sûreté réelle immobilière ne semble pas disproportionnée par rapport au découvert accordé, même si il est vrai que nous ne disposons pas encore de jurisprudence sur la question. Mais, on peut raisonnablement penser que la disproportion, visée par l'article L. 650-1 du Code de commerce, doit être appréciée par comparaison entre la nature et l'assiette de la garantie accordée et le montant de la créance pour laquelle elle est constituée. Or, en l'espèce, le montant de l'hypothèque est limité au montant du découvert accordé. Rien ne permet donc de penser que l'action du liquidateur puisse prospérer sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce.

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442924460:88866152:196.200.176.177:1581011466

# Sujet terminal



## Sujet corrigé de droit des entreprises en difficulté

### Cas pratique

Remarque : Le sujet fait appel aux connaissances relatives aux chapitres 1 à 14 du présent ouvrage.

#### Énoncé

M. Anselme exploite un garage dans la banlieue parisienne qu'il a apporté à un patrimoine affecté. Il emploie deux mécaniciens ainsi qu'une secrétaire. À la suite de difficultés de santé, M. Anselme a négligé l'exploitation de son entreprise, dont l'activité a sérieusement périclité. M. Anselme a notamment perdu le contrat d'entretien du parc automobile d'un de ses plus importants clients. Depuis lors, M. Anselme éprouve d'importantes difficultés pour faire face aux échéances des emprunts contractés auprès de plusieurs banques et dont le montant total s'élève à 400 000 euros.

Sur les conseils de son comptable, M. Anselme s'est résolu à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. La procédure a été ouverte, il y a trois mois. M<sup>e</sup> Miquet a été nommé administrateur avec mission d'assistance.

Depuis l'ouverture de la procédure, M. Anselme est en conflit avec M<sup>e</sup> Miquet. Ils s'opposent sur la poursuite d'un contrat de crédit-bail relatif à un pont élévateur, que M. Anselme estime indispensable à l'exercice de l'activité de l'entreprise, ainsi que sur le souhait de M. Anselme de vendre sa résidence secondaire, qui figure dans l'actif de son patrimoine non affecté, pour financer la période d'observation.

Les soucis de M. Anselme ne s'arrêtent pas là. L'une de ses banques l'a mis en demeure de procéder au remboursement d'un prêt de 20 000 euros, conclu il y a deux ans pour la réfection de la toiture de son garage, et pour lequel la mère de M. Anselme s'est portée caution solidaire. Le prêt est arrivé à échéance quinze jours après l'ouverture de la procédure. Par ailleurs, un de ses fournisseurs, qui lui avait livré des pièces de rechange pour la réparation d'une voiture accidentée, a agi en revendication en se prévalant d'une clause de réserve de propriété stipulée dans ses conditions générales de vente. Or, les pièces détachées ont déjà été utilisées et la voiture a été restituée à son propriétaire. Enfin, l'un de ses concurrents, installé dans une localité voisine, lui a fait savoir qu'il était disposé à faire une offre de reprise pour la totalité de son activité.

*Que pensez-vous de la situation de M. Anselme ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

International.scp@univ-lyon1.fr Tél : 04 72 43 12 12 Fax : 04 72 43 12 13



## Corrigé

### Cas pratique

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde répond à des conditions très spécifiques, et ceci quel que soit le mode d'exploitation de l'activité du débiteur, dès lors que cette activité est une activité commerciale, artisanale, agricole ou indépendante (C. com., art. L. 620-1)

À la différence de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, la procédure de sauvegarde est exclusivement réservée aux débiteurs qui ne sont pas en état de cessation des paiements mais qui éprouvent cependant des difficultés qu'ils ne peuvent surmonter seuls (C. com., art. L. 620-1, al. 1<sup>er</sup>). Peu importe la nature de ces difficultés. La Cour de cassation, dans un arrêt dit « Cœur Défense » du 8 mars 2011, a en effet jugé que, « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur au motif qu'il rechercherait à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie par ailleurs de difficulté qu'il n'est pas en mesure de surmonter » (v. ss 93).

De manière plus générale, l'absence de cessation des paiements justifie qu'une procédure de sauvegarde ne peut jamais être prononcée à la demande d'un des créanciers du débiteur.

En l'occurrence, la possibilité pour M. Anselme de solliciter une procédure de sauvegarde ne peut être contestée.

Tout d'abord, aucun élément ne permet d'affirmer qu'il était au jour de cette demande en cessation des paiements, c'est-à-dire dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible. L'absence de toute cessation des paiements est vérifiée par le tribunal au jour où il statue sur la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Par ailleurs, l'article L. 621-12 du Code de commerce prévoit que s'il apparaît, après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, que le débiteur était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, la procédure doit alors être convertie en une procédure de redressement judiciaire.

Ensuite, M. Anselme éprouve bien des difficultés qui sont principalement liées au poids de son endettement bancaire. Aussi, l'ouverture de la procédure de sauvegarde peut être un moyen pour lui d'obtenir un rééchelonnement du paiement de cet endettement, voire des remises partielles de dettes.

### I. Domaine de la procédure de sauvegarde ouverte contre un EIRL

Lorsque le débiteur est un EIRL, les règles du Code de commerce relatives au traitement des difficultés des entreprises ne sont applicables, d'une part, qu'aux seuls patrimoines de l'EIRL affectés à une activité économique, et, d'autre part, « patrimoine par patrimoine » (C. com., art. L. 680-1). En d'autres termes, les règles du Livre VI du Code de commerce ne s'appliqueront qu'au seul patrimoine affecté à une activité économique et qui se trouve en difficulté.

Au cas d'espèce, il s'ensuit que l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne concernera que les seuls éléments composant le patrimoine affecté à l'activité de garagiste de M. Anselme (C. com., art. L. 680-2). De même, la procédure ne concernera que les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de cette activité professionnelle (C. com., art. L. 680-3). En résumé, « la soumission à la

discipline collective est sélective » en raison de l'étanchéité de principe entre les différents patrimoines de l'EIRL.

Symétriquement, il résulte du cantonnement de la procédure de sauvegarde que l'EIRL conserve la pleine maîtrise des biens et autres éléments inclus dans le patrimoine (ou les patrimoines) non soumis à la procédure collective. Il peut donc continuer librement à les gérer, les administrer et en disposer. En l'espèce, tel sera le cas pour M. Anselme s'agissant de son patrimoine non affecté, c'est-à-dire privé.

## II. Pouvoirs de l'administrateur en procédure de sauvegarde

En l'espèce, un administrateur a été nommé. Cette nomination constitue une simple faculté pour le tribunal lorsque l'entreprise emploie moins de vingt salariés et réalise un chiffre d'affaires hors taxe inférieur à 3 000 000 euros (C. com., art. L. 621-4, al. 4, R. 621-11).

L'administrateur ne peut cependant avoir qu'une mission de surveillance ou une mission d'assistance (comme en l'espèce). Une mission de représentation est en revanche exclue. Celle-ci n'est possible qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

En vertu de l'article L. 622-1, I du Code de commerce, la nomination d'un administrateur n'a pas en principe d'incidence sur les conditions d'administration de l'entreprise qui continue d'être assurée par le débiteur lui-même. Ce principe est toutefois un « trompe l'œil » lorsque l'administrateur est investi d'une mission d'assistance car, en cette hypothèse, il est directement associé à la gestion de l'activité de l'entreprise, ou du patrimoine sous sauvegarde lorsque le débiteur est, comme en l'espèce, un EIRL. Son co-seing est en effet nécessaire pour que les actes de gestion accomplis en période d'observation soient opposables à la procédure (C. com., art. L. 622-1, II ; v. ss 177). Cette exigence de co-seing reçoit cependant exception si l'acte de gestion, accompli par le débiteur sans l'assistance de l'administrateur, est un acte de gestion courante (C. com., art. L. 622-23 C. com.v. ss 178).

Par ailleurs, la loi réserve à l'administrateur, quelle que soit la nature de sa mission (surveillance ou assistance), des pouvoirs propres en sa qualité d'organe de la procédure. Tel est le cas de la décision de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture

### A. Continuation du contrat de crédit-bail

L'article L. 622-13 du Code de commerce dispose que « l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur ». Si aucun administrateur n'avait été nommé, la décision de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat en cours aurait pu être prise par le débiteur mais après avis conforme du mandataire judiciaire (C. com., art. L. 627-2).

En l'espèce, M. Anselme ne peut donc prendre la décision de poursuivre l'exécution du contrat de crédit-bail, même s'il juge que cette continuation est nécessaire au maintien de l'activité de son entreprise.

La non-continuation du contrat par l'administrateur emporte un certain nombre de conséquences.

Tout d'abord, l'inexécution pour défaut de continuation du contrat peut donner lieu à des dommages et intérêts qui devront être déclarés par le cocontractant au passif de la procédure (C. com., art. L. 622-13, V). La déclaration au passif de la procédure devra être faite dans le délai d'un mois à compter de la date de résiliation du contrat (C. com., art. R. 622-21, al. 2).

Par ailleurs, la société de crédit-bail, qui est propriétaire du bien loué, peut agir en restitution de celui-ci. Mais l'exercice de ce droit de retour est soumis à des conditions différentes selon que le droit de propriété résulte ou non d'un contrat publié. En l'absence de publication, l'action en revendication doit être exercée dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 624-9 ; v. ss 308). En revanche, si le contrat a été publié (tel est normalement le cas des contrats de crédit-bail), le propriétaire n'a pas à faire reconnaître l'existence de son droit de propriété sur le bien, il lui suffit d'en demander la restitution par lettre recommandée à l'administrateur (C. com., art. L. 624-10 ; v. ss 309).

Dans tous les cas, si le propriétaire du bien a pris la précaution de faire reconnaître son droit de propriété, et que le bien fait l'objet d'un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture (comme c'est le cas en l'espèce), la restitution effective de ce bien interviendra alors au jour de la résiliation du contrat (C. com., art. L. 624-10-1).

### B. Cession contre l'avis de l'administrateur d'un bien immobilier appartenant au patrimoine non affecté

Comme il l'a déjà été dit (v. ss I), lorsque le débiteur est un EIRL, la procédure collective ne concerne que les biens et éléments composant le patrimoine dont l'activité est placée sous procédure. En conséquence, l'EIRL conserve la libre gestion et disposition des biens compris dans son patrimoine non affecté (ou privé) (C. com., art. L. 680-1 s.).

Cet effet sélectif de la procédure limite, par voie de ricochet, l'étendue des pouvoirs de l'administrateur qui ne peut s'immiscer dans la gestion du patrimoine non affecté. Donc, rien n'interdit à l'EIRL de prendre la décision de vendre un des biens du patrimoine non affecté et d'en utiliser le prix de vente pour aider au financement de la période d'observation de la procédure ouverte contre le patrimoine affecté.

En outre, selon l'article L. 680-6 du Code de commerce, toute affectation nouvelle ou toute modification d'affectation – une fois le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire – n'est interdite que si et seulement si la décision concerne un bien compris dans le « patrimoine visé par la procédure » et si cette décision conduit « à une diminution de l'actif de ce patrimoine ». Or, telle n'est pas l'intention de M. Anselme puisque la vente envisagée porterait sur un bien (sa résidence secondaire) compris dans son patrimoine non affecté et dont le prix de vente serait affecté à la poursuite de l'activité de son patrimoine professionnel. Il s'agit en quelque sorte d'un apport d'argent frais profitant au patrimoine en procédure sans contrepartie.

Le risque est cependant celui d'un appauvrissement du patrimoine non affecté et d'une atteinte corrélative au droit de gage des créanciers de ce patrimoine. Or, ces derniers ne pourront contester sa validité qu'à la condition de faire la preuve d'une fraude à leurs droits.

### III. Remboursement du prêt et recours de la banque contre la caution

M. Anselme a contracté un prêt d'un montant de 20 000 euros, dont le remboursement est garanti par un cautionnement solidaire donné par sa mère.

Il faut ici s'interroger doublement sur la nature de la créance dont il est demandé paiement.

*1<sup>re</sup> question* : s'agit-il d'une obligation attachée au patrimoine professionnel affecté de M. Anselme ? La réponse est positive puisque le prêt a été accordé pour financer les travaux de réfection de la toiture du garage. En raison de sa cause, la créance revêt donc un caractère professionnel et est en conséquence comprise parmi les biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'exercice de l'activité professionnelle de M. Anselme (C. com., art. L. 526-6, al. 2).

*2<sup>de</sup> question* : le prêt relève-t-il de la catégorie des créances antérieures ou de la catégorie des créances postérieures dites « privilégiées » en vertu de l'article L. 622-17 du Code de commerce ?

En l'espèce, bien que le remboursement du prêt ne soit exigible qu'après l'ouverture de la procédure, la créance de la banque à l'égard de M. Anselme s'analyse en une créance antérieure puisque le contrat de prêt a été conclu avant l'ouverture de la procédure.

Pour obtenir paiement de sa créance, la banque doit donc procéder à la déclaration de celle-ci dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC (C. com., art. L. 622-24). À défaut de déclaration, la créance est alors inopposable à la procédure. Ce principe signifie que le créancier conserve sa créance mais n'est pas admis dans les répartitions et dividendes (C. com., art. L. 622-26).

Toutefois, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, cette déclaration peut être faite par le débiteur lui-même pour le compte du créancier, en portant l'existence de la créance à la connaissance du mandataire judiciaire (C. com., nouv. art. L. 622-24, al. 3). Ce nouveau mode de déclaration protège les créanciers du débiteur de l'inopposabilité à la procédure prévue par l'article L. 622-26, al. 2 du Code de commerce. D'autant que si le débiteur omet sciemment de ne pas porter à la connaissance du mandataire judiciaire les créances dont il a connaissance, il s'expose à une action pour faillite personnelle (C. com., art. L. 653-5, 7<sup>o</sup>) ou une action pour interdiction de gérer (C. com., art. L. 653-8). Néanmoins, force est de constater que ces sanctions ont peu de poids en l'espèce. En vertu de l'article L. 653-1 du Code de commerce, le prononcé d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer n'est possible qu'à la condition que la procédure ouverte contre le débiteur est une procédure de redressement judiciaire ou une procédure de liquidation judiciaire ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Indépendamment du point de savoir si la créance a été ou non déclarée, rien n'interdit *a priori* à la banque d'agir en garantie contre la mère de M. Anselme sur le fondement du contrat de cautionnement solidaire. Cette action est possible même si la créance n'a pas été déclarée. La créance non déclarée n'est en effet pas éteinte mais est seulement inopposable à la procédure du débiteur placé en sauvegarde. Le créancier conserve donc intacts ses droits contre la caution.

Mais si la banque dispose aujourd'hui du droit d'obtenir paiement de ce qui lui est dû contre la caution, cette action est temporairement paralysée lorsque le débiteur principal est l'objet d'une procédure de sauvegarde et que la caution est une personne physique. Ce principe est posé par l'article L. 622-28, alinéa 2, du Code de commerce qui énonce que « Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (cas de la caution) ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

Cette suspension a un caractère temporaire : elle ne joue que jusqu'au jour de l'arrêt du plan de sauvegarde, sauf pour les créances non déclarées régulièrement. En l'absence de déclaration, l'inopposabilité est en effet prorogée pendant toute l'exécution du plan de sauvegarde (C. com., art. L. 622-26, al. 2).

#### **IV. Clause de réserve de propriété et action en revendication des pièces de rechange par le fournisseur**

Avant le jugement d'ouverture, il a été livré à M. Anselme un lot de pièces de rechange pour la réparation d'une voiture accidentée. Cette livraison n'a pas encore été payée et le fournisseur argue d'une clause de réserve de propriété.

L'efficacité de la clause de réserve de propriété est expressément reconnue par l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce. Toutefois, l'efficacité de cette clause est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions. Il faut qu'elle ait été convenue entre les parties dans un écrit établi au plus tard au moment de la livraison. En l'espèce, la clause de réserve de propriété litigieuse est stipulée dans les conditions générales de vente du fournisseur. La loi admet cette possibilité en prévoyant que la clause de réserve peut figurer « dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties » (C. com., art. L. 624-16, al. 2). Il convient toutefois de s'assurer de l'acceptation de cette clause par l'acheteur. En l'espèce, compte tenu des relations commerciales, cette acceptation paraît difficilement contestable.

À supposer que la clause de réserve de propriété soit valable, cette validité ne signifie pas pour autant que l'action en revendication aboutira à la restitution du bien livré. L'article L. 624-16 du Code de commerce énonce en effet que la revendication n'est possible que si les biens livrés se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure. Or, en l'espèce, les pièces de rechange ont déjà été utilisées pour procéder aux réparations. Cette incorporation n'est pas en soi un obstacle à la revendication si la récupération peut se faire sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel il est incorporé (C. com., art. L. 624-16, al. 3). En l'espèce, cette récupération apparaît bien délicate. On peut légitimement penser que la récupération ne peut être opérée sans dommage. En outre, la récupération apparaît d'autant plus illusoire que la voiture a déjà été restituée à son propriétaire.

Le succès de l'action en revendication apparaît donc très improbable. Le fournisseur ne peut espérer obtenir que le paiement de sa créance de prix. Comme il s'agit d'une créance antérieure, elle doit être déclarée sous peine d'inopposabilité. Elle est en outre frappée par l'interdiction des paiements prévue par l'article L. 622-7 du Code de commerce.

partie



# Droit des instruments de paiement et de crédit

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442924460:88866152:196.200.176.177:1011466

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442924460:88866152:196.200.176.177:1581011466

ch a p i t r e

# Introduction



international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442924460:88866152:196.200.176.177:1581011466



## Plan analytique

section **1**

La notion d'instrument de paiement

section **2**

La notion d'instrument de crédit

section **3**

La notion d'effet de commerce

Compléments pédagogiques

## Introduction

Les instruments de paiement (section 1) et les instruments de crédit (section 2) sont des mécanismes de règlement des créances des entreprises mais ne constituent pas tous des effets de commerce (section 3).

585 ■

### section 1

## La notion d'instrument de paiement

Les *instruments de paiement*<sup>o</sup> sont destinés à assurer l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent sans manipulation d'espèces monétaires. La catégorie des instruments de paiement est hétérogène.

586 ■

Certains d'entre eux sont fondés sur la création d'un titre négociable, tel que le *chèque*<sup>o</sup> qui est un titre écrit, tiré sur une banque ou un établissement assimilé, et, qui permet d'obtenir le paiement, au bénéfice d'un porteur, d'une somme d'argent disponible à son profit.

D'autres reposent sur la technique du mandat comme le *virement*<sup>o</sup>, la *carte de paiement*<sup>o</sup> ou le prélèvement automatique dont le *titre interbancaire de paiement*<sup>o</sup> (ou TIP) constitue une variante. Ces nouveaux instruments de paiement forment des ordres de paiement par inscription en compte.

Pendant longtemps, le chèque a été l'instrument de paiement privilégié. Aujourd'hui, son utilisation est concurrencée par de nouveaux instruments de paiement (virement, prélèvement automatique ou carte de paiement). Ce déclin tient à la conjonction de plusieurs éléments : la multiplication des incidents de paiement due à l'augmentation du nombre de chèques émis sans provision, le coût de traitement pour les établissements de crédit ainsi que l'insécurité de ce mode de paiement résultant des utilisations frauduleuses à la suite de vol ou de perte.

587 ■

### section 2

## La notion d'instrument de crédit

Les *instruments de crédit*<sup>o</sup> sont des moyens de financement à court terme des entreprises. Il s'agit de titres créés à l'occasion d'une opération commerciale et destinés à permettre la mobilisation de la créance correspondante pour en obtenir le règlement sans en attendre l'échéance. Tel est le cas de la *lettre de change*<sup>o</sup> ou de la

588 ■

*cession de créances professionnelles*<sup>o</sup>, plus connue sous le nom de cession « Dailly ». Ces deux institutions reposent sur une cession de créance qui garantit le crédit consenti par le porteur de la lettre de change ou le cessionnaire des créances professionnelles.

■ 589

Pour les établissements de crédit, l'usage des instruments de paiement et de crédit se révèle coûteux et lourd en raison des manipulations de papier qu'il nécessite. Pour surmonter ces inconvénients, il est aujourd'hui fait appel à l'informatique et à la télématique. La pratique a notamment créé la lettre de change relevé, dont le régime a été ultérieurement défini par une loi du 2 juillet 1973.

Il existe aujourd'hui deux formes de lettre de change relevé : la *lettre de change relevé-papier*<sup>o</sup> et la *lettre de change relevé-magnétique*<sup>o</sup>. La première est un effet de commerce dont le règlement s'effectue au moyen de techniques informatiques. Les mentions figurant sur la lettre de change ainsi que les coordonnées bancaires du tiré sont inscrites par le banquier du tireur (appelé « présentateur ») sur un support magnétique. Le paiement s'effectue sans présentation du support papier et s'opère de banque à banque.

La lettre de change relevé-magnétique pousse encore plus loin la dématérialisation car tout support papier est éliminé. Le tireur transcrit lui-même les données de la lettre de change relevé sur un support magnétique. Cette modification du support matérialisant le titre n'est pas sans conséquences sur la nature et le régime juridiques de la lettre de change relevé-magnétique. À la différence de la lettre de change relevé-papier, elle ne constitue pas un effet de commerce. De ce fait, les recours attachés à la lettre de change-papier ne lui sont pas applicables (v. ss chapitre 18).

## section 3

# La notion d'effet de commerce

■ 590

Traditionnellement, l'étude des instruments de paiement et de crédit va de pair avec celle des *effets de commerce*<sup>o</sup>. Pourtant tout instrument de paiement ou de crédit n'est pas nécessairement un effet de commerce (ex. : cession de créances professionnelles par bordereau « Dailly »). Les effets de commerce sont des *titres négociables*<sup>o</sup>, c'est-à-dire transmissibles selon des procédés simplifiés (endossement ou tradition) qui dérogent aux principes de la cession de créance définis aux articles 1690 et suivants du Code civil. Ils constatent l'existence, au profit du porteur, d'une créance à court terme et sert à son paiement.

■ 591

La loi ne fixe pas la liste des effets de commerce. Le plus ancien est certainement la lettre de change. Elle constitue l'archétype des effets de commerce. Le régime juridique du *billet à ordre*<sup>o</sup> et du chèque lui emprunte de nombreuses règles. Il en est de même pour le *warrant*<sup>o</sup>, qui est un billet à ordre garanti par un gage ou des billets au porteur.

■ 592

En dépit de leur variété, les effets de commerce sont soumis à des principes communs qui peuvent être résumés de la manière suivante :

– le *principe du formalisme cambiaire*<sup>o</sup> : la qualification d'effet de commerce suppose que le titre soit rédigé en respectant l'ensemble des mentions obligatoires



## Compléments pédagogiques

# Quid

### ■ Billet à ordre n° 591

Titre par lequel une personne, appelée « souscripteur », s'engage à payer à l'ordre d'une autre personne, appelée « bénéficiaire », une somme d'argent à une date déterminée.

### ■ Carte de paiement n° 586

Instrument de paiement, appelé également « carte accréditive », délivré par un établissement de crédit (émetteur) à son client (adhérent) lui permettant de payer ses dépenses par débit de son compte lors de chaque opération ou en fin de mois.

### ■ Cession de créances professionnelles n° 588

Bordereau par lequel une personne, appelée « cédant », transfère selon des formes simplifiées à un établissement de crédit, appelé « cessionnaire », la propriété de créances nées de son activité professionnelle.

### ■ Chèque n° 586

Titre négociable par lequel une personne, appelée « tireur », donne l'ordre à un établissement de crédit, dénommé « tiré », de payer à vue une somme d'argent au profit d'une troisième personne dite « porteur » ou « bénéficiaire ».

### ■ Effet de commerce n° 590

Titre négociable constatant au profit du porteur ou bénéficiaire une créance à court terme et servant à son paiement.

### ■ Formalisme cambiaire n° 592

Ensemble des mentions exigées à titre de validité d'un effet de commerce.

### ■ Inopposabilité des exceptions (principe de l') n° 592

Principe qui interdit aux personnes actionnées en vertu d'une lettre de change d'en refuser le paiement en opposant au porteur (ou bénéficiaire) les exceptions fondées soit sur le rapport fondamental, soit sur leurs rapports personnels avec le tireur ou les autres signataires.

### ■ Instruments de crédit n° 588

Titres, créés à l'occasion d'une opération commerciale, permettant le financement à court terme des entreprises par la mobilisation de la créance correspondante avant son échéance.

### ■ Instruments de paiement n° 586

Titres destinés à assurer l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent sans manipulation d'espèces monétaires.

### ■ Lettre de change n° 588

Titre négociable (appelé également « traite ») par lequel une personne, nommée « tireur », donne l'ordre à une autre personne, dénommée « tiré », de payer à une époque déterminée une certaine somme d'argent à une troisième personne, appelée « bénéficiaire » ou « porteur ».

### ■ Lettre de change relevé-magnétique n° 589

Lettre de change émise sur un support magnétique dont le règlement s'effectue au moyen de techniques informatiques.

### ■ Lettre de change relevé-papier n° 589

Lettre de change émise sur un support papier dont le règlement s'effectue au moyen de techniques informatiques.

### ■ Titre interbancaire de paiement (ou TIP) n° 586

Ordre de virement établi par un créancier et adressé au débiteur qui le renvoie signé et daté au centre de traitement indiqué pour recouvrement auprès de l'établissement de crédit, teneur de son compte.

### ■ Titre négociable n° 590

Titre transmissible selon des procédés simplifiés (endossement, tradition) qui dérogent aux règles de la cession de créance de l'article 1690 du Code civil.

### ■ Solidarité cambiaire n° 592

Obligation pesant sur l'ensemble des signataires d'un effet de commerce (tireur, tiré accepteur, endosseur ou avaliste) d'en payer le montant au porteur.

### ■ Virement n° 586

Ordre de paiement par inscription en compte qui réalise un transfert de fonds par inscription d'un débit au compte du donneur d'ordre et du crédit correspondant au compte du bénéficiaire.

### ■ Warrant n° 591

Billet à ordre dont le paiement est garanti par un gage.

## Biblio

### 1) Ouvrages généraux

- R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015.
- P. Le Cannu, Th. Granier, et R. Routier, *Instruments de paiement et de crédit-Titrisation*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2016.
- S. Piédelièvre, *Instruments de crédit et de paiement*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Cours », 2016.
- J. Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 2012.

## 2) La lettre de change relevé

- E. Chvika, « Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de crédit », *D.* 2000. 615 s.
- P. Leclercq et Y. Gérard, « L'évolution du droit des effets de commerce sous l'influence de l'informatique », *RD bancaire et bourse* 1989. 153 s.
- M. Szulman, « La LCR magnétique, enfin une véritable lettre de change ? », *Banque et Droit* 2000. n° 74. 10.
- M. Vasseur, « La lettre de change relevé », *RTD com.* 1975. 203 s.

## 3) La carte de paiement

- F.-J. Crédot et P. Bouteiller, « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », *Dr. et patr.* 1995. 32 s.
- C. Lucas de Leysac, « Les cas d'opposition au paiement d'une opération-carte », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 329 s.
- D. R. Martin, « La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée) », *D.* 1992. 277.

## 4) Le chèque

- Th. Bonneau, « À propos du refus de considérer le chèque comme un effet de commerce », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 323 s.

ch a p i t r e



# Le formalisme cambiaire

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442924460:88866152:196.200.176.177:581011466



## Plan analytique

### section 1

#### Les manifestations du formalisme en droit des effets de commerce

##### § 1 Le formalisme de la lettre de change

- A. Les mentions obligatoires
- B. Les mentions facultatives

##### § 2 Le formalisme du chèque

- A. L'exigence d'un support papier
- B. Les mentions obligatoires
- C. Les mentions facultatives

##### § 3 Le formalisme du billet à ordre

- A. Les mentions obligatoires
- B. Les mentions facultatives

### section 2

#### Les sanctions du formalisme cambiaire

##### § 1 L'omission d'une mention obligatoire

##### § 2 L'inexactitude d'une mention obligatoire

##### § 3 L'altération d'une mention obligatoire

#### Compléments pédagogiques

## Le formalisme cambiaire

La création des effets de commerce est soumise au principe du formalisme (section 1). Un effet de commerce (chèque, lettre de change, billet à ordre) n'est valable que s'il comporte l'ensemble des mentions obligatoires prévues par la loi (section 2).

Ce formalisme cambiaire permet à celui qui détient l'effet de commerce de s'en tenir à sa seule apparence pour en obtenir le paiement à l'échéance et bénéficier des principes de solidarité cambiaire des signataires ou de l'inopposabilité des exceptions nées du rapport fondamental (sur ces principes : v. chapitre 18). *Il est ainsi souvent dit que le titre absorbe la créance qui lui a donné naissance ou qui est à l'origine de sa circulation.* Comme le résume le professeur S. Piedelièvre, l'importance du formalisme cambiaire s'explique par le fait que l'effet de commerce ne constate pas seulement un engagement commercial *mais joue surtout un rôle de monnaie* : l'effet de commerce représente en effet une somme d'argent déterminée payable à court terme, ce qui explique son aspect de crédit à court terme (S. Piedelièvre, « Instrument de paiement et de crédit », 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Cours », 2016, n<sup>o</sup> 74).

593 ■

### section 1

## Les manifestations du formalisme en droit des effets de commerce

Le formalisme participe de la nature des effets de commerce, qu'il s'agisse de la lettre de change (§ 1), du chèque (§ 2) ou du billet à ordre (§ 3).

### § 1 Le formalisme de la lettre de change

La *lettre de change*<sup>o</sup>, appelée également « traite », est un écrit par lequel une personne (le *tireur*<sup>o</sup>) donne l'ordre à une autre personne (le *tiré*<sup>o</sup>) de payer une certaine somme d'argent, à une date déterminée, à une troisième personne (le *bénéficiaire*<sup>o</sup>).

La lettre de change est créée en raison de l'existence d'un « *rapport fondamental*<sup>o</sup> » entre le tireur et le tiré, en vertu duquel le premier est créancier du second. Ainsi, le vendeur, qui a livré des marchandises payables à trente jours, a la possibilité de tirer sur l'acheteur une lettre de change d'un montant égal à celui du prix des marchandises livrées :

– soit pour éteindre une dette qu'il a à l'égard d'un tiers qui endossera alors la lettre de change et obtiendra paiement au jour de l'échéance auprès de l'acheteur (le tiré) ;

594 ■

– soit pour obtenir un paiement anticipé de la créance qu'il a sur le tiré en mobilisant celle-ci. L'endossataire de la lettre de change lui versera le montant de la lettre de change endossée. À l'échéance, l'acheteur (le tiré) versera au porteur de la lettre de change le montant inscrit sur celle-ci et qui correspond au montant de créance qu'il doit au vendeur (le tireur).

■ 595 Dans les deux cas, si le tiré refuse de payer la lettre de change en arguant de l'absence de *provision*<sup>o</sup>, le porteur se retournera contre les autres signataires de la lettre de change, c'est-à-dire le tireur mais aussi tous les autres endosseurs successifs de la lettre de change, ou bien encore l'*avaliste*<sup>o</sup>. Les signataires de la lettre de change sont solidairement tenus au paiement de la lettre de change (v. ss 592 et chapitre 18).

■ 596 Aux termes de l'article L. 110-1 du Code de commerce, la lettre de change est un *acte de commerce par la forme* et relève donc toujours de la compétence des tribunaux de commerce. La jurisprudence en a déduit que *tout signataire d'une lettre de change fait un acte de commerce même s'il n'est pas commerçant, et, quelle que soit la cause de l'engagement* (Civ. 12 mai 1909, S 1910. 24). Mais, aujourd'hui, la règle ne vaut que pour les personnes morales de droit privé non commerçantes. L'article L. 313-3 du Code de la consommation frappe de nullité les lettres de change souscrites par des personnes physiques non commerçantes à l'occasion d'opérations de crédit à la consommation.

■ 597 Les droits du porteur sont garantis par le formalisme qui préside la création de la lettre de change. Ce formalisme se caractérise par le respect d'un certain nombre de mentions dites « obligatoires » (A) auxquelles des mentions facultatives peuvent être ajoutées (B).

## A. Les mentions obligatoires

■ 598 Les mentions obligatoires sont énumérées par l'article L. 511-1, I du Code de commerce. Elles sont au nombre de huit :

- la dénomination de lettre de change. Celle-ci doit être insérée dans le texte même du titre et dans la langue employée pour la rédaction de l'acte ;
- le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- le nom du tiré, c'est-à-dire celui qui doit payer ;
- l'indication du lieu du paiement ;
- le nom du bénéficiaire auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;
- l'indication de la date et du lieu où la lettre de change est créée. Cette dernière indication permettra, si besoin était, de déterminer la loi applicable à la lettre de change ;
- la signature du tireur. Cette signature doit être manuscrite ou apposée par tout procédé mécanique, tel qu'une griffe ;
- l'indication de l'échéance.

L'article L. 511-22 du Code de commerce prévoit quatre manières d'indiquer l'échéance d'une lettre de change. L'échéance peut être :

- *à vue*. En ce cas, la lettre de change peut être présentée au paiement par le porteur dès son émission et au plus tard dans un délai d'un an à compter de sa création, sauf si ce délai est expressément abrégé ou allongé par le tireur (C. com., art. L. 511-23) ;

– à jour fixe. En ce cas, la lettre de change mentionne la date exacte de l'échéance (C. com., art. L. 511-25). Cette date est fixée par le porteur ;

– à un certain délai de vue. La lettre de change est alors payable à compter de son acceptation par le tiré ou de son refus de l'accepter constaté par un protêt (C. com., art. L. 511-24 ; v. ss 649) ;

– à un certain délai de date. En ce cas, le délai au terme duquel l'échéance de la lettre de change sera acquise (le plus souvent 90 jours) court à compter de la date de sa création et selon un mode de calcul fixé par l'article L. 511-24 du Code de commerce. Il s'agit du mode d'échéance le plus fréquemment utilisée par la pratique.

Si l'une de ces mentions fait défaut, le titre ne peut valoir comme lettre de change (C. com., art. L. 511-1, II). Ce principe prive le titre de la qualification de « lettre de change », ce qui interdit l'exercice des recours cambiaires (v. ss chapitre 18). Mais, la lettre de change incomplète n'est pas pour autant sans valeur juridique. Elle peut notamment valoir promesse de payer de la part du tireur et être ainsi utilisée comme une reconnaissance de dette (Com. 10 févr. 1971, *RTD com.* 1972. 126, obs. M. Cabrillac et J.-J. Rives-Langes). Elle peut aussi valoir *billet à ordre*<sup>o</sup> si les mentions obligatoires propres à cet effet de commerce sont réunies (Com. 23 janv. 2007, *D.* 2007. 2509, note A. Boujeka ; *RTD com.* 2007. 421, obs. D. Legeais). L'irrégularité entraîne en effet en cette hypothèse une réduction par conversion (v. ss 605).

599 ■

## B. Les mentions facultatives

La lettre de change peut comporter des mentions facultatives. *Ces mentions ne participent pas à la validité du titre* mais sont destinées soit à compléter les mentions contenues dans la lettre de change, soit à aménager les rapports cambiaires qui lient les signataires. Elles peuvent indifféremment être insérées lors de l'émission de la lettre de change ou en cours de circulation.

600 ■

Parmi ces clauses, la plus fréquente est la *clause de domiciliation*<sup>o</sup> dont l'objet est d'indiquer que le paiement sera fait, non pas au domicile du tiré, mais au domicile d'un tiers, le plus souvent l'établissement de crédit du tiré (C. com., art. L. 511-2, al. 4). D'autres clauses facultatives peuvent être stipulées comme une *clause de retour sans frais*<sup>o</sup>, une *clause de valeur fournie*<sup>o</sup> ou une *clause non à ordre*<sup>o</sup>.

En revanche, certaines clauses seront toujours interdites en raison de l'atteinte qu'elles portent aux mécanismes généraux du droit cambiaire.

À titre d'exemples, sont nulles en vertu de la loi :

– la *clause de non-garantie de paiement* : l'article L. 511-6 du Code de commerce prévoit en effet que le tireur est le garant du paiement de la lettre de change et que toute clause qui aurait pour objet ou pour effet de l'exonérer de cette obligation de garantie légale est réputée non écrite.

– la *clause d'échéance multiple* : En vertu de l'article L. 511-1 du Code de commerce une lettre de change ne peut avoir qu'une seule et même échéance

– la *clause de paiement sous condition* : pareille clause est nulle en vertu de l'article L. 511-1 du Code de commerce. Le paiement de la lettre de change ne peut en effet être soumis à la réalisation d'une condition qu'elle soit suspensive ou résolutoire.

## § 2 Le formalisme du chèque

■ 601

Le *chèque*<sup>o</sup> se définit comme un titre par lequel une personne, appelée « tireur », donne l'ordre à un établissement de crédit, dénommé « tiré », de payer à vue une somme d'argent au profit d'une troisième personne dite « porteur ou bénéficiaire ».

Bien que cette qualification soit contestée par une partie de la doctrine, le chèque est un effet de commerce. Il se distingue cependant de la lettre de change. Tout d'abord, le chèque n'est pas un acte de commerce par la forme mais *un acte de commerce par son objet*. Il sera donc commercial s'il est créé par un commerçant pour les besoins de son commerce.

En outre, le chèque est un instrument de paiement et non pas un instrument de crédit. Cette fonction explique que la provision doit exister au jour de l'émission du chèque et non au jour de son échéance ou de sa présentation (v. ss chapitre 20). Mais, à l'image de la lettre de change, le chèque est un titre littéral. Rédigé à partir de formules papier normalisées (A), il doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires (B), ce qui n'exclut pas l'insertion de mentions facultatives (C).

### A. L'exigence d'un support papier

■ 602

L'article. L. 131-2 du Code monétaire et financier impose que le chèque soit rédigé sur un support papier. Celui-ci est en principe un imprimé normalisé délivré par un établissement de crédit et appelé « formule ». Mais, cet usage n'est pas obligatoire. La jurisprudence n'interdit pas en son principe les chèques sur papier libre (Paris, 2 oct. 1986, *RD bancaire et bourse* 1987. 8, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard).

La solution est souvent critiquée au motif que si le Code monétaire et financier n'interdit pas expressément l'utilisation du papier libre, il la condamne au moins implicitement. Les établissements de crédit doivent en effet procéder à un certain nombre de vérifications avant la remise d'un chéquier.

L'utilisation la plus fréquente du chèque sur papier libre concerne les *chèques de casino*<sup>o</sup>. Ces chèques, rédigés sur papier libre ou sur une formule établie par le casino, permettent au joueur de se procurer des fonds pour participer au jeu. Leur validité est admise en jurisprudence. Leur cause n'est pas illicite sauf si l'avance est effectuée pour permettre au joueur de continuer à jouer (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1984. *D.* 1985. 50, note P. Diener).

### B. Les mentions obligatoires

■ 603

À l'image des solutions posées pour la lettre de change, la qualification de « chèque » dépend du respect de mentions obligatoires énumérées par l'article L. 131-2 du Code monétaire et financier.

Pour valoir comme chèque, le titre doit contenir :

– la dénomination de chèque, insérée dans le texte même du titre et dans la langue employée pour la rédaction de ce titre. La formule généralement employée est « payez contre ce chèque la somme de... » ;

– le mandat pur et simple de payer une somme déterminée dont le montant doit être indiqué à la fois en chiffres et en lettres. *En cas de différence, le chèque vaut pour la somme inscrite en lettres*. Cette somme doit en outre être payable à vue ;

- le nom du tiré qui doit être un établissement de crédit. À défaut, le titre ne peut valoir comme chèque (L. 131-4, al. 1<sup>er</sup> C. mon. fin.);
- l'indication du lieu où le paiement doit être fait;
- l'indication de la date et du lieu où le chèque est créé. La date s'entend non seulement de l'année mais aussi du jour et du mois où il est créé (Com. 24 juin 1997, *RTD com.* 1997. 655, obs. M. Cabrillac);
- la signature manuscrite du tireur, c'est-à-dire de celui qui émet le chèque.

### C. Les mentions facultatives

*Le chèque peut comporter des mentions facultatives qui ne le privent pas de la qualification de « titre cambiaire ».*

604 ■

Les plus fréquentes concernent :

- l'indication du bénéficiaire. Le chèque est alors nominatif et peut comporter, en ce cas, une clause à « ordre » ou « non à ordre » (art. L. 131-6 C. mon. fin.). Le *chèque à ordre*<sup>o</sup> est endossable alors que le *chèque « non à ordre »*<sup>o</sup> ne peut être transmis que dans les conditions de droit commun de la cession de créance. Si le bénéficiaire est généralement un tiers, il peut également être le tireur lui-même, notamment pour permettre des retraits d'argent de son compte (C. mon. fin., art. L. 131-7);
- le chèque peut aussi être émis sans indication du nom du bénéficiaire, il est alors appelé *chèque au porteur*<sup>o</sup> (C. mon. fin., art. L. 131-6);
- l'interdiction de tout endossement, sauf au profit d'un établissement de crédit ou un établissement assimilé (C. mon. fin., art. L. 131-71, al. 3);
- le barrement du chèque (C. mon. fin., art. L. 131-44, L. 131-46). En principe facultatif selon la loi, le barrement est aujourd'hui la règle. Le *chèque barré*<sup>o</sup> ne peut être payé par le tiré qu'à un banquier, à un chef de bureau de poste ou à un client du tiré (C. mon. fin., art. L. 131-45). Le barrement s'effectue au moyen de deux barres parallèles apposées au recto du chèque (C. mon. fin., art. L. 131-44, al. 2).

### § 3 Le formalisme du billet à ordre

Le *billet à ordre*<sup>o</sup> est le titre par lequel une personne s'engage à payer à l'ordre d'une autre personne, appelée « souscripteur », une somme d'argent à une date déterminée.

605 ■

*Son régime juridique est calqué en grande partie sur celui de la lettre de change.* Cette identité de régime juridique explique que la lettre de change incomplète puisse être « réduite par conversion » en un billet à ordre (v. ss 599).

*Comme la lettre de change, le billet à ordre est un effet de commerce.* Sa validité est donc soumise au respect d'un certain nombre de conditions de forme obligatoires (A) ou facultatives (B). En définitive, ne sont exclues que les dispositions relatives à la lettre de change qui seraient incompatibles avec la nature propre du billet à ordre (C. com., art. L. 512-3). En effet, à la différence de la lettre de change, le *billet à ordre est une opération qui ne met en scène que deux personnes : le souscripteur du billet et le bénéficiaire.* Par ailleurs, le billet à ordre n'est pas un acte de commerce par la forme. Son caractère civil ou commercial dépend directement de la nature du rapport fondamental qui est à son origine. De plus, il joue un rôle de paiement et de garantie.

## A. Les mentions obligatoires

■ 606

Les mentions obligatoires que doit comporter le billet à ordre sont énumérées par l'article L. 512-1 du Code de commerce.

Il doit contenir :

- une clause à ordre ou la dénomination « billet à ordre » insérée dans le texte même et exprimée dans la langue employée pour la rédaction du titre ;
- la promesse pure et simple de payer une somme déterminée ;
- l'indication de son échéance. À défaut, le billet à ordre est réputé payable à vue (C. com., art. L. 512-1, II) ;
- le lieu où le paiement doit être effectué ;
- le nom du bénéficiaire auquel, ou à l'ordre duquel, le paiement doit être fait.
- l'indication de la date et du lieu où il est souscrit ;
- la signature du souscripteur qui, à la différence des solutions posées pour la lettre de change, doit obligatoirement être manuscrite.

## B. Les mentions facultatives

■ 607

Il est possible d'insérer dans le billet à ordre la plupart des mentions facultatives permises pour la lettre de change, dès lors que ces mentions sont compatibles avec sa nature particulière (C. com., art. L. 512-3).

À titre d'exemple, le billet à ordre peut stipuler une *clause de domiciliation*<sup>o</sup>, une clause dispensant de dresser protêt en cas de non-paiement (appelée également « *clause de retour sans frais* »<sup>o</sup>). En revanche, les parties ne peuvent exclure la clause à ordre prévue par l'article L. 512-1, I, 1<sup>o</sup> du Code de commerce. Cette clause participe en effet de l'essence du billet à ordre. Les parties ne peuvent pas non plus stipuler des clauses non acceptables ou des clauses ayant pour objet de dispenser de dresser un protêt en cas de refus d'acceptation.

## section 2

# Les sanctions du formalisme cambiaire

■ 608

La sanction du formalisme cambiaire varie selon les cas. Il faut en effet distinguer la sanction de l'omission d'une mention obligatoire (§ 1) de celle applicable en cas de simple inexactitude (§ 2) ou d'altération des mentions obligatoires (§ 3).

## § 1 L'omission d'une mention obligatoire

■ 609

L'omission d'une des mentions obligatoires emporte la nullité du titre incomplet comme effet de commerce. Cette règle est commune à la lettre de change (C. com., art. L. 511-1), au chèque (C. com., art. L. 131-3, al. 1<sup>er</sup>) et au billet à ordre (C. com., art. L. 512-2, al. 1<sup>er</sup>). *Mais, la loi organise un mécanisme de suppléance qui permet d'écartier la nullité du titre incomplet dès lors qu'il comporte par ailleurs des mentions équivalentes.*

Pour la lettre de change, trois mentions équivalentes sont prévues :

- si la date d'échéance n'est pas mentionnée sur le titre, la lettre de change est alors considérée comme payable à vue (C. com., art. L. 511-1, III ; v. ss 598) ;

- si la lettre de change ne mentionne aucune indication spéciale quant au lieu du paiement, celui-ci est réputé être le lieu désigné à côté du nom du tiré (C. com., art. L. 511-1, IV). Si par extraordinaire, aucun lieu ne figure à côté du nom du tiré, la Cour de cassation décide en ce cas qu'il est possible de prendre en compte l'adresse du tireur, notamment lorsque celle-ci figure au verso du titre sous forme de cachet... ce qui n'est pas en pratique toujours le cas ! (Com. 26 mai 2010, D. 2010. 1476, obs. X ; Delpech ; RTD com. 2010. 759, obs. D. Legeais) ;

- si le lieu de la création de la lettre de change n'a pas été indiqué, celui-ci est alors censé être le lieu désigné à côté du nom du tireur (C. com., art. L. 511-1, V).

De manière plus générale, la jurisprudence admet la régularisation de la lettre de change incomplète en vertu d'un accord, même tacite, entre les différents intéressés (Com. 28 févr. 1983, RTD com. 1983. 580, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié). La régularisation unilatérale est en revanche interdite (Com. 9 mars 1971, JCP 1971. II. 16900, note L. Groslière). La nullité de la lettre de change irrégulièrement régularisée peut être opposée par le tireur au porteur, même s'il est de bonne foi (Com. 15 mars 1985, D. 1985. 418, obs. M. Cabrillac).

Pour le chèque, deux cas de suppléance sont prévus par l'article L. 131-3 du Code monétaire et financier :

- en premier lieu, si le chèque ne mentionne pas le lieu de paiement, celui-ci est réputé être le lieu désigné à côté du nom du tiré. Mais il est également prévu que, si plusieurs lieux sont mentionnés à côté du nom du tiré, le chèque est payable au premier lieu indiqué (C. com., art. L. 131-3, al. 2). De surcroît, en l'absence de toute indication sur le lieu du paiement, le chèque est alors payable au lieu où le tiré a son établissement principal (C. com., art. L. 131-3, al. 3) ;

- en second lieu, la loi prévoit la suppléance de l'absence d'indication du lieu de création du chèque. Le chèque sans indication de lieu de création est considéré comme souscrit au lieu désigné à côté du nom du tireur (C. mon. fin., art. L. 131-3, al. 4).

S'agissant enfin du billet à ordre, les hypothèses de suppléance sont organisées par l'article L. 512-2 du Code de commerce. Elles sont au nombre de trois :

- lorsque le billet à ordre ne comporte pas d'échéance, il est alors considéré comme payable à vue (C. com., art. L. 512-1, II sur renvoi art. L. 512-2) ;

- à défaut d'indication spéciale, le lieu de création du titre est réputé être le lieu de paiement, et, en même temps le lieu du domicile du souscripteur (C. com., art. L. 512-1, III sur renvoi art. L. 512-2) ;

- le billet à ordre qui n'indique pas le lieu de sa création est considéré souscrit au lieu désigné à côté du nom du souscripteur (C. com., art. L. 512-1, IV sur renvoi art. L. 512-2).

Toutes ces exceptions sont d'interprétation stricte. À titre d'exemple, la jurisprudence refuse de retenir la qualification de billet à ordre en cas d'absence d'indication du nom du bénéficiaire. Le titre incomplet constitue alors un titre au porteur (Com. 24 nov. 1992, RTD com. 1993. 137, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié) qui bénéficie cependant de la règle de l'inopposabilité des exceptions (Civ. 31 oct. 1906, S 1908. 1.

610 ■

611 ■

612 ■

613 ■



305, note Ch. Lyon-Caen). Dans le même sens, la Cour de cassation considère que le chèque incomplet ne peut être utilisé que comme moyen de preuve (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1988, *Bull. civ.* I, n° 23), notamment comme commencement de preuve par écrit, s'il remplit les conditions de l'article 1326 du Code civil (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1986, *RTD com.* 1987. 84, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

## § 2 L'inexactitude d'une mention obligatoire

■ 614

*L'inexactitude des mentions obligatoires n'est pas sanctionnée par la nullité du titre.* L'inexactitude constitue en effet un vice caché et non un vice apparent. Cette solution est clairement posée, en jurisprudence, pour la lettre de change. Elle doit être étendue par identité de motif aux autres effets de commerce.

En application des règles relatives à la simulation, la jurisprudence considère que la situation réelle doit prévaloir entre les parties ainsi qu'à l'égard des porteurs de la lettre de change qui ont eu connaissance de l'inexactitude et sont donc de mauvaise foi. Pour leur part, les porteurs de bonne foi bénéficient d'une option : se prévaloir de l'apparence créée ou démontrer l'inexactitude dans le but de se prévaloir de la situation réelle. Il est fait exception à ces principes lorsque l'inexactitude a pour objet de cacher l'absence d'une condition essentielle de validité de la lettre de change, comme, par exemple, l'indication d'une fausse date destinée à dissimuler l'incapacité d'un des signataires de la lettre de change (Com. 9 mai 1962, *Bull. civ.* III, n° 247). La lettre de change est alors nulle.

## § 3 L'altération d'une mention obligatoire

■ 615

*L'altération*<sup>o</sup> des mentions portées sur le titre cambiaire consiste en une modification unilatérale, et non autorisée, de son texte d'origine dans le but de modifier la situation juridique de ses signataires. Cette altération porte le plus souvent sur le montant de l'effet de commerce ou sa date d'échéance, notamment pour les lettres de change.

*Les effets de l'altération dépendent du moment où le signataire a apposé sa signature sur l'effet de commerce.* Les signataires postérieurs à l'altération sont tenus dans les termes du texte altéré alors que les signataires antérieurs sont, pour leur part, tenus dans les termes du texte d'origine (art. L. 511-77 C. com., pour la lettre de change ; art. L. 512-3 C. com., pour le billet à ordre ; art. L. 131-58 C. mon. fin., pour le chèque).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

La lettre de change, le billet à ordre et le chèque sont *des effets de commerce*.

À la différence de la lettre de change et du billet à ordre qui sont *des instruments de crédit*, le chèque est *un instrument de paiement*.

La lettre de change est *un acte de commerce par la forme*.

Le billet à ordre et le chèque sont *des actes de commerce par l'objet*.

Un effet de commerce n'est régulier que si le titre le constatant comporte l'ensemble des mentions obligatoires, énumérées par la loi. *Ce principe est appelé « principe du formalisme cambiaire »*.

*Le formalisme cambiaire permet la circulation de l'effet de commerce en toute sécurité.*

*Une lettre de change incomplète peut valoir billet à ordre.*

Lorsqu'un effet de commerce est régulier en la forme, son paiement est garanti *par le principe de solidarité cambiaire et le principe de l'opposabilité des exceptions*.

L'omission d'une mention obligatoire est sanctionnée par la *nullité du titre incomplet comme effet de commerce*, sauf si la loi (Code de commerce pour la lettre de change et le billet à ordre ; Code monétaire et financier s'agissant du chèque) a prévu un mécanisme de suppléance.

L'effet de commerce sans date d'échéance n'est pas nul mais est *payable à vue*.

*L'inexactitude ou l'altération d'une des mentions obligatoires n'empêche pas la validité du titre.*

L'altération est une modification unilatérale des mentions figurant sur le titre cambiaire.

Les signataires qui ont apposé leur signature sur le titre cambiaire après l'altération sont tenus dans les termes du texte altéré alors que les signataires antérieurs sont, pour leur part, tenus dans les termes du texte d'origine.

L'effet de commerce peut comporter *des mentions facultatives* (ex. : clause de domiciliation, clause de retour sans frais ou clause de valeur fournie).

## Quid

### ■ Altération n° 615

Modification non autorisée du texte d'origine d'un effet de commerce affectant la situation juridique de ses signataires.

### ■ Avaliste n° 595

Personne, appelée également « donneur d'aval » ou « avaliseur », garantissant par cautionnement solidaire le paiement d'une lettre de change en cas de défaillance d'un signataire déterminé, appelée « avalisé ».

### ■ Bénéficiaire de la lettre de change n° 594

Personne à laquelle ou à l'ordre de laquelle le paiement de la lettre de change doit être fait.

### ■ Billet à ordre n°s 599, 605

Titre par lequel une personne, appelée « souscripteur », s'engage à payer à l'ordre d'une autre personne, appelée « bénéficiaire », une somme d'argent à une date déterminée.

### ■ Chèque n° 601

Titre négociable par lequel une personne, appelée « tireur », donne l'ordre à un établissement de crédit, dénommé « tiré », de payer à vue une somme d'argent au profit d'une troisième personne dite « porteur » ou « bénéficiaire ».

### ■ Chèque à ordre n° 604

Chèque nominatif endossable.

### ■ Chèque au porteur n° 604

Chèque émis sans indication du nom du bénéficiaire.

### ■ Chèque barré n° 604

Chèque sur lequel ont été apposées deux barres parallèles et qui ne peut être payé par le tiré qu'à un établissement de crédit, à un chef de bureau de poste ou à un client du tiré.

### ■ Chèque de casino n° 602

Chèque, rédigé sur papier libre ou sur une formule établie par un casino, permettant à un joueur de se procurer des fonds en vue du jeu.

### ■ Chèque non à ordre n° 604

Chèque nominatif non endossable mais cessible dans les conditions de droit commun de l'article 1690 du Code civil.

### ■ Clause de domiciliation n°s 600, 607

Mention facultative de la lettre de change prévoyant que le paiement sera fait au domicile d'un tiers désigné.

### ■ Clause de retour sans frais n°s 600, 607

Mention facultative de la lettre de change qui dispense ou interdit au porteur de dresser protêt en cas de refus de paiement ou d'acceptation du tiré. Appelée également clause « sans frais » ou clause « sans protêt ».

### ■ Clause non à ordre n° 600

Mention facultative de la lettre de change interdisant sa transmission par endossement.

### ■ Clause de valeur fournie n° 600

Mention facultative de la lettre de change constatant la créance du bénéficiaire contre le tireur et permettant aux porteurs successifs de bénéficier des garanties attachées à cette créance.

### ■ Lettre de change n° 594

Titre négociable (appelé également « traite ») par lequel une personne, nommée « tireur », donne l'ordre à une autre personne, dénommée « tiré », de payer à une époque déterminée une certaine somme d'argent à une troisième personne, appelée « bénéficiaire » ou « porteur ».

### ■ Provision n° 595

Créance de somme d'argent détenue par le tireur contre le tiré dont le montant est en principe égal au montant de la lettre de change.

### ■ Rapport fondamental n° 594

Créance du tireur sur le tiré à l'origine de la création d'un effet de commerce et correspondant à sa provision.

### ■ Tiré n° 594

Personne devant payer le montant d'une lettre de change ou d'un chèque tiré sur elle.

### ■ Tireur n° 594

Auteur de la création d'une lettre de change ou d'un chèque.

## Biblio

- A. Boujeka, « La conversion par réduction : contribution des nullités des actes juridiques formels », *RTD com.* 2002. 223 s.
- L. Boy, « Des parts respectives de la volonté des parties et du rôle économique de la lettre de change dans le régime juridique de la régularisation », *LPA* 18 mai 1990. 8 s.
- M. Crionnet, « De l'omission des mentions obligatoires de la lettre de change », *D.* 1989. Chron. 129.
- C. Malecki, « Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature informatique », *JCP E* 2000. 2036.
- J. Revel, « Le contrat de domiciliation des effets de commerce », *JCP CI* 1976. 12282.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

1. Le tireur d'une lettre de change est :
  - a. celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;
  - b. celui qui émet la lettre de change ;
  - c. celui qui doit payer la lettre de change.
2. Le tiré d'une lettre de change est :
  - a. celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait ;
  - b. celui qui émet la lettre de change ;
  - c. celui qui doit payer la lettre de change.
3. La lettre de change est :
  - a. un acte civil par son objet ;
  - b. un acte commercial par son objet ;
  - c. un acte commercial par la forme.
4. Le tribunal compétent pour connaître des litiges relatifs à une lettre de change est :
  - a. le tribunal d'instance ;
  - b. le tribunal de grande instance ;
  - c. le tribunal de commerce.
5. Le billet à ordre est :
  - a. un acte civil par son objet ;
  - b. un acte commercial par son objet ;
  - c. un acte commercial par la forme.
6. Le chèque non à ordre est un chèque :
  - a. transmissible par voie d'endossement ;
  - b. transmissible dans les conditions de l'article 1690 du Code civil ;
  - c. intransmissible.
7. L'omission d'une mention obligatoire est sanctionnée par :
  - a. la nullité du titre comme effet de commerce ;
  - b. la nullité du rapport fondamental ;
  - c. l'inopposabilité du titre au tiré.

8. La clause de domiciliation est la clause qui prévoit que le paiement de l'effet de commerce doit avoir lieu :

- a. au domicile du tireur ;
- b. au domicile du tiré ;
- c. au domicile d'un tiers désigné.

9. La provision est la créance de somme d'argent détenue :

- a. par le bénéficiaire contre le tiré ;
- b. par le tireur contre le tiré ;
- c. par le bénéficiaire contre le tireur.

10. La valeur fournie est la créance de somme d'argent détenue :

- a. par le bénéficiaire contre le tiré ;
- b. par le tireur contre le tiré ;
- c. par le bénéficiaire contre le tireur.

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## B) Test de compréhension

### Énoncé n° 1

Le 1<sup>er</sup> septembre, la société Blansec a passé commande à la société Ordino de plusieurs ordinateurs et imprimantes. Cette commande, qui s'élève à 8 000 euros, est payable au jour de livraison, fixé le 4 octobre. Le 3 septembre, la société Ordino a tiré sur la société Blansec une lettre de change en blanc d'un montant de 2 000 euros, dont l'échéance est fixée pour le 6 octobre. La société Blansec a accepté cette lettre de change. Le 6 septembre, la lettre de change a été transmise à la banque Leurvet.

Au jour de l'échéance, la société Blansec a refusé de payer la lettre de change aux motifs qu'elle ne comportait pas, au jour de sa présentation à l'acceptation, ni le nom du bénéficiaire, ni de clause de domiciliation.

*Qu'en pensez-vous ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 2

La société Ordino a tiré une seconde lettre de change sur la société Blansec, dont le bénéficiaire est un de ses fournisseurs. Son montant correspond au reste du prix de la commande passée par la société Blansec. Son échéance est également fixée au 6 octobre.

Au jour de l'échéance, la société Blansec refuse une nouvelle fois le paiement aux motifs que la lettre de change a été signée au moyen d'une griffe, que sa date de création est illisible et enfin que le nom du tiré est mal orthographié.

*Qu'en pensez-vous ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

### Énoncé n° 3

M. Lembris a récemment proposé à la société Ordino de lui payer par lettre de change plusieurs jeux vidéo qu'il souhaite offrir à son plus jeune fils pour son anniversaire. L'achat ne s'élevant qu'à 300 euros, la société a refusé ce mode de paiement et a demandé à M. Lembris de lui payer par chèque. Le chèque a été remis pour encaissement à la banque Leurvet, dès le lendemain.

En consultant dernièrement les relevés du compte bancaire de la société Ordino, le gérant s'est aperçu que le chèque de M. Lembris n'a été crédité qu'à hauteur de 30 euros. Interrogée sur ce montant, la banque Leurvet lui a expliqué que le montant en chiffres (300 euros) porté sur le chèque ne correspondait pas au montant en lettres (30 euros). Par ailleurs, M. Lembris a omis d'indiquer le lieu de création du chèque. Le gérant regrette aujourd'hui de ne pas avoir accepté un paiement par lettre de change, d'autant plus que M. Lembris habite Aix en Provence.

*Que pouvez-vous conseiller à la société Ordino ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. **b**; 2. **c**; 3. **c**; 4. **c**; 5. **a et b**; 6. **b**; 7. **a**; 8. **c**; 9. **b**; 10. **c**.

### Test de compréhension n° 1

La lettre de change est un titre dont la validité dépend du respect d'un strict formalisme. Elle doit comporter toutes les mentions obligatoires énumérées par la loi. En l'espèce, la lettre de change a été émise en blanc, c'est-à-dire sans que le nom du bénéficiaire n'ait été porté sur la lettre de change. Le nom du bénéficiaire a été ajouté ultérieurement, lors de la transmission de la lettre de change à la banque Leurvet.

L'article L. 511-1 du Code de commerce prévoit que la lettre de change doit comporter « le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel la lettre de change doit être payée ». Cette mention participe de la validité de la lettre de change. Cependant, la jurisprudence admet la régularisation de la lettre de change incomplète avant sa présentation au paiement (Com. 6 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 425). La régularisation doit résulter d'un accord entre le tireur et le tiré et porter sur une mention « régularisable ». La jurisprudence opère en effet une distinction entre les mentions obligatoires indispensables à la validité de la lettre de change au jour de sa création et celles qui sont seulement accessoires. Seules ces dernières peuvent être régularisées. Le nom du bénéficiaire est considéré comme une mention accessoire car la personne du bénéficiaire est un élément indifférent pour le tiré (Com. 6 juill. 1965, préc.); ce qui importe c'est que le paiement au jour de l'échéance de la lettre de change soit libératoire. Mais, en l'espèce, la régularisation a été faite sans l'accord préalable du tiré. Toutefois, il ne peut être reproché à la banque d'avoir commis une faute en régularisant unilatéralement la lettre de change qui lui a été transmise. C'est en effet un usage bien établi que la remise d'une lettre de change en blanc fait présumer la volonté du tiré et du tireur de permettre au bénéficiaire de la compléter.

La lettre de change n'est donc pas irrégulière. Le tiré doit la payer comme il s'y est d'ailleurs engagé en l'acceptant (sur les effets de l'acceptation : v. ss chapitre 18).

Mais, la société Blansec conteste également la clause de domiciliation figurant sur la lettre de change. En principe, la lettre de change doit indiquer le lieu où le paiement doit être effectué (C. com., art. L. 511-1, I, 5°). Par ailleurs, lorsque le lieu du paiement a été omis, l'article L. 511-1, IV supplée à cette omission : le lieu de paiement est alors le lieu désigné à côté du nom du tiré. Or, en l'espèce, la société Ordino-Rouen a, sans l'autorisation du tiré, modifié le lieu du paiement de la lettre de change en introduisant une clause de domiciliation.

La clause de domiciliation est une mention facultative qui a pour objet d'indiquer que le paiement de la lettre de change sera fait, non pas au domicile du tiré, mais au domicile d'un tiers. La modification apportée par la Société Ordino-Rouen aux mentions initiales de la lettre de change ne s'analyse pas en une régularisation mais en une altération. L'altération n'est pas une cause de nullité du titre. Elle ne peut donc être opposée par le tiré au bénéficiaire de la lettre de change, si celui-ci est de bonne foi. En l'espèce, rien ne permet de considérer que la banque Leurvet s'est rendue complice de l'altération. La société Blansec ne peut donc s'opposer au paiement de la lettre de change transmise par la banque Leurvet. Toutefois, elle pourrait éventuellement engager une action en responsabilité contre la société Ordino-Rouen si l'altération lui a causé un préjudice.

## Test de compréhension n° 2

Pour se soustraire à son obligation de payer la lettre de change arrivée à échéance, la société Blansec conteste la régularité de la signature du tireur qui est une condition de validité de la lettre de change. La signature n'est pas manuscrite mais a été apposée au moyen d'une griffe. Ceci n'est pas une cause de nullité de la lettre de change. Il s'agit là d'une différence avec le billet à ordre (v. ss 606). L'article L. 511-1 du Code de commerce prévoit en effet que la signature peut être apposée par le tireur par tout procédé non manuscrit, ce que constitue la signature par griffe. La lettre de change est donc valable.

Le tiré (la société Blansec) invoque un autre motif d'irrégularité : son nom a été mal orthographié. Cet élément est-il suffisant pour priver le titre de la qualification de « lettre de change » ? En vertu de l'article L. 511-1, l'indication du nom du tiré est une mention obligatoire et son omission emporte la nullité du titre comme lettre de change. En l'espèce, le nom du tiré figure bien sur la lettre de change. Il est seulement inexact. L'inexactitude d'une mention obligatoire n'est pas sanctionnée par la nullité du titre. La jurisprudence recourt en effet aux règles civiles de la simulation. Le tiers de bonne foi a ainsi la possibilité soit de se prévaloir de l'apparence créée, soit de démontrer l'inexactitude dans le but de se prévaloir de la situation réelle. En l'espèce, on peut penser que l'inexactitude, invoquée par le tiré, est tellement vénielle que les règles de la simulation n'ont pas besoin de s'appliquer. L'erreur d'orthographe commise ne modifie en rien l'engagement du tiré et n'a pas fait obstacle à son identification. Il doit donc payer à échéance si la provision a été constituée par le tireur, c'est-à-dire que les marchandises commandées lui ont été livrées.

Le dernier motif d'irrégularité concerne la date de création de la lettre de change qui est une autre condition nécessaire à sa validité. L'incidence de l'illisible de la date de création de la lettre de change a été tranchée par la Cour de cassation qui considère



qu'une date illisible équivaut à une absence de date (Com. 29 mars 1994, *D.* 1994. Somm. 183, obs. M. Cabrillac). La lettre de change tirée par la société Ordino-Rouen est donc nulle. Il faut souligner qu'une régularisation était possible avec l'accord du tireur et du tiré avant la présentation au paiement (Com. 25 mai 1988, *JCP E* 1990. II. 15840, note E. Putman). La nullité pour absence de date n'affecte cependant que le titre. Le titre incomplet ne peut valoir comme lettre de change. En revanche, il peut être utilisé comme moyen de preuve des engagements contractés selon le droit commun (Com. 7 nov. 1979, *RTD com.* 1980. 115, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange).

### Test de compréhension n° 3

La société Ordino pouvait-elle accepter la proposition de M. Lembris de payer le montant de son achat par lettre de change ? De prime abord, rien n'interdit un tel mode de paiement même si la proposition faite par M. Lembris peut apparaître singulière. En effet, si l'article L. 313-3 du Code de la consommation frappe de nullité les lettres de change souscrites par des personnes physiques non commerçantes (cas de M. Lembris) cette interdiction ne concerne que les lettres de change souscrites à l'occasion de crédit à la consommation. Bien que M. Lembris soit une personne physique non commerçante, le contentieux concernant la validité et le paiement de la lettre de change aurait été soumis au tribunal de commerce car il s'agit d'un acte de commerce par la forme.

Qu'en est-il maintenant de la validité du chèque remis par M. Lembris en paiement de son achat ? Aux termes de l'article L. 131-2 du Code monétaire et financier, le chèque doit contenir, à peine de nullité, le mandat pur et simple de payer une somme déterminée dont le montant doit être indiqué en chiffres et en lettres. En l'espèce, ces mentions ne font pas défaut mais le montant en lettres ne correspond pas au montant en chiffres. En outre, la banque Leurvet n'a tenu compte que du premier de ces montants lors du crédit au compte de la société Ordino. Sur ce point, la banque a respecté les dispositions prescrites par l'article L. 131-2 du Code monétaire et financier qui prévoient qu'en cas de différence entre le montant porté en chiffres et celui porté en lettres, le chèque vaut pour la somme inscrite en lettres. Pour obtenir le paiement des 270 euros restants, la société Ordino-Rouen devra rapporter la preuve de sa créance selon les règles de droit commun. Compte tenu du montant de la créance impayée, cette preuve pourra être faite par tous moyens. À cette fin, la société Ordino pourra notamment produire le chèque émis par M. Lembris.

Il est également rapporté que M. Lembris n'a pas indiqué le lieu de création du chèque. Cette mention est normalement une mention obligatoire du chèque (C. mon. fin., art. L. 131-2, 5°). Mais, l'article L. 131-3, alinéa 4, précise qu'à défaut d'indication du lieu de sa création, le chèque est considéré comme souscrit au lieu désigné à côté du nom du tireur. En cas de litige, cette règle de suppléance a pour vocation de déterminer la loi applicable au chèque, ce qui en l'espèce n'a aucun intérêt. Toutefois, il faut préciser que l'absence d'indication du lieu d'émission est passible d'une amende égale à 6 % de la somme pour laquelle le chèque est tiré (C. mon. fin., art. L. 131-69). Cette sanction s'applique également en l'absence de date d'émission ou de fausse date.

ch a p i t r e



# L'endossement et la circulation de la lettre de change

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442924460:88866152:196.200.176.777:1581011466

## Plan analytique

### section 1

#### L'endossement translatif

- § 1 Les conditions de l'endossement translatif
  - A. Les formes de l'endossement
  - B. Les conditions relatives à la personne de l'endosseur et de l'endossataire
- § 2 Les autres catégories d'endossement
  - A. L'endossement de procuration
  - B. L'endossement pignoratif

### section 2

#### Les effets de l'endossement translatif

- § 1 La transmission de la propriété de la lettre de change et de la provision
  - A. La transmission de la provision et les droits du porteur d'une lettre de change acceptée
  - B. La transmission de la provision et les droits du porteur d'une lettre de change non acceptée
- § 2 L'inopposabilité des exceptions nées du rapport fondamental
  - A. Les conditions d'application du principe de l'inopposabilité des exceptions
  - B. Les exceptions toujours opposables au porteur de bonne foi
- § 3 La garantie due par l'endosseur

#### Compléments pédagogiques

## L'endossement et la circulation de la lettre de change

La lettre de change est un titre négociable qui est appelé à circuler même lorsqu'elle n'a pas été expressément tirée à ordre (C. com., art. L. 511-8, al. 1<sup>er</sup>). Sa circulation ou transmission s'opère par un mode simplifié : l'*endossement*<sup>o</sup> c'est-à-dire par la voie d'une simple signature du titulaire de la lettre de change placée au dos de celle-ci (section 1). Cet endossement emporte transmission de la propriété de la provision de la lettre de change (section 2).

616 ■

L'endossement peut s'opérer plusieurs fois. Celui qui remet le titre est appelé *endosseur*<sup>o</sup> ; celui qui le reçoit prend le nom d'*endossataire*<sup>o</sup>. La simplicité de ce mode de transmission explique le succès de l'opération dite d'*escompte*<sup>o</sup> qui se définit comme l'opération de crédit à court à terme par laquelle un établissement de crédit (appelé « escompteur ») procède au paiement du montant de la lettre de change, déduction des intérêts et des commissions (*taux d'escompte*<sup>o</sup>).

Les parties peuvent cependant insérer dans le texte de la lettre de change une *clause « non endossable »* ou « *non à ordre* »<sup>o</sup>. En ce cas, la transmission de la lettre de change se réalise selon les modalités de la cession de créance définies par l'article 1690 du Code civil (C. com., art. L. 511-8, al. 2).

617 ■

### section 1

## L'endossement translatif

L'*endossement translatif*<sup>o</sup> a pour effet de transmettre la propriété de la lettre de change selon un mode simplifié. Cette opération de transmission peut s'opérer plusieurs fois mais elle ne peut produire ses effets que si certaines conditions de fond et de forme sont remplies (§ 1). L'endossement translatif doit être distingué des autres formes d'endossement que sont l'*endossement de procuration*<sup>o</sup> et l'*endossement pignoratif*<sup>o</sup> (§ 2).

618 ■

### § 1 Les conditions de l'endossement translatif

Les conditions de l'endossement sont déterminées par l'article L. 511-8 du Code de commerce. En vertu de ce texte, l'endossement peut avoir plusieurs formes mais il ne peut jamais être partiel ou conditionnel (A). L'article L. 511-8 pose également des conditions relatives à la personne de l'endosseur et de l'endossataire (B).

## A. Les formes de l'endossement

- 619 L'endossement translatif peut être un *endossement nominatif*<sup>o</sup>. Le nom de l'endossataire est alors expressément indiqué. L'endossement se matérialise par l'inscription sur la lettre de change ou sur une feuille qui lui est attachée (dite « *allonge*<sup>o</sup> ») de la mention « passé à l'ordre de X... » ou « transmis à l'ordre de X... » ainsi que par la signature de l'endosseur.

*La signature de l'endosseur au dos de la lettre de change est indispensable.* Elle peut être apposée de sa main ou par tout procédé technique tel qu'une griffe (C. com., art. L. 511-8, al. 7). Selon la jurisprudence, aucun équivalent ne peut la remplacer (Com. 3 juin 1982. *Bull. civ.* IV, n° 82). À titre d'exemple, il a été jugé que le cachet commercial d'une société apposé au dos du titre pour endossement, même s'il comporte le nom de la société, son adresse et ses coordonnées téléphoniques, ne peut pas tenir lieu de signature (Paris, 16 juin 2000, *RJDA* 2000, n° 1036).

- 620 L'endossement peut également être un *endossement en blanc*<sup>o</sup> auquel le Code de commerce assimile l'endossement au porteur (art. L. 511-8, al. 6). *L'endossement en blanc confère les mêmes droits que l'endossement nominatif* (C. com., art. L. 511-13, al. 8). Il doit être inscrit au dos de la lettre de change ou sur une allonge afin de ne pas être confondu avec une signature d'acceptation ou d'aval (C. com., art. L. 511-8, al. 8).

- 621 L'endossement doit être pur et simple (C. com., art. L. 511-8, al. 4). L'endossement partiel est nul (C. com., art. L. 511-8, al. 5). Lorsque l'endossement est conditionnel, la condition est réputée non écrite (C. com., art. L. 511-8, al. 4).

## B. Les conditions relatives à la personne de l'endosseur et de l'endossataire

- 622 Par l'endossement, l'*endosseur*<sup>o</sup> s'engage cambiairement : il est désormais solidairement tenu du paiement de la lettre de change et ne peut plus opposer les exceptions tirées du rapport fondamental (v. ss chapitre 18). Compte tenu de la gravité de l'engagement cambiaire, l'endosseur doit avoir la capacité et les pouvoirs de s'engager cambiairement (Com. 23 mai 1989, *Rev. Banque* 1989. 1086, note J.-L. Rives-Lange). Mais, surtout, pour pouvoir valablement transmettre la traite, il doit être un *porteur légitime*<sup>o</sup>.

Le porteur légitime se définit comme la personne dont le nom figure à la dernière place sur la lettre de change ou sur l'allonge, à la suite d'une chaîne régulière et ininterrompue d'endossements, même si le dernier endossement est un endossement en blanc (C. com., art. L. 511-11). Cette règle se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité de la circulation de la lettre de change. L'endossataire doit pouvoir vérifier que l'endosseur peut lui transmettre valablement la traite (en ce sens : Com. 24 nov. 1992, v. ss « Documents »).

- 623 L'*endossataire*<sup>o</sup> d'une lettre de change n'a pas besoin de justifier de la capacité de s'engager cambiairement. Il doit cependant avoir la capacité de recevoir un paiement. *L'endossement peut être fait soit au profit d'un tiers, soit au profit d'un précédent signataire de la lettre de change : tireur, tiré, ou tout autre obligé* (C. com., art. L. 511-8, al. 3). Toutefois, l'endosseur peut interdire à l'endossataire de la lettre de change de faire un nouvel endossement. L'étendue de cette interdiction doit être précisée : elle

n'interdit pas à l'endossataire d'endosser la lettre, mais le stipulant n'est pas engagé cambiairement à l'égard des personnes auxquelles la lettre de change est ultérieurement transmise.

## § 2 Les autres catégories d'endossement

L'endossement translatif doit être distingué de l'endossement de procuration (A) et de l'endossement pignoratif (B). Car, ils n'emportent, l'un et l'autre, aucun effet translatif.

### A. L'endossement de procuration

L'*endossement de procuration*<sup>o</sup> est un mandat de recouvrement de la lettre de change. La lettre de change est remise par endossement à un tiers endossataire afin que celui-ci en reçoive paiement pour le compte de l'endosseur qui est demeuré propriétaire de la traite (C. com., art. L. 511-13, al. 1<sup>er</sup>). Le plus souvent, l'endossataire est un établissement de crédit.

L'endossement de procuration doit contenir la mention « valeur en recouvrement », « pour encaissement », « par procuration » ou toute autre formule équivalente impliquant l'existence d'un mandat. Ce formalisme a pour but de distinguer l'endossement de procuration de l'endossement translatif. D'ailleurs, la jurisprudence considère qu'en cas de doute sur la nature exacte de l'endossement, celui-ci doit être analysé comme un endossement translatif (Com. 3 mai 2000, v. ss « Documents »). Par exemple, l'endossement réalisé par une simple signature, sans autre mention, est présumé translatif (Com. 3 oct. 1977, *RTD com.* 1977. 750, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange). Cette présomption est cependant une présomption simple qui peut être librement combattue, c'est-à-dire par tout moyen de preuve.

Vis-à-vis des tiers, le porteur de la lettre de change endossée à titre de procuration peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change mais il ne peut jamais effectuer un endossement translatif car, comme il l'a déjà été dit, l'endossataire n'acquiert pas la propriété de la lettre de change qui reste acquise à l'endosseur (C. com., art. L. 511-13, al. 1<sup>er</sup>). En revanche, un nouvel endossement de procuration est tout à fait possible.

Lors du paiement d'une lettre de change endossée à titre de procuration, les signataires peuvent opposer les exceptions qui seraient opposables à l'endosseur (C. com., art. L. 511-13, al. 2). Le porteur de la lettre de change agit en effet comme simple mandataire, ce qui lui interdit d'accorder un report d'échéance ou de restituer les impayés, sans y avoir été préalablement autorisé par l'endosseur (Req. 6 déc. 1921, *DP* 1922. 1. 56). Tout manquement dans sa mission engage sa responsabilité contractuelle envers l'endosseur si ce manquement a causé à ce dernier un préjudice. Pour se protéger, les banquiers, qui ont endossé la lettre de change à titre de procuration, stipulent des clauses de non-responsabilité, qui ne peuvent cependant jouer en cas de faute lourde ou dolosive de leur part (Com. 18 oct. 1971, *JCP* 1972. II. 17503, note B. Vézian).

624 ■

625 ■

## B. L'endossement pignoratif

■ 626

L'*endossement pignoratif*<sup>o</sup> est l'endossement qui permet la mise en gage de la lettre de change (C. com., art. L. 511-13, al. 4). *L'endosseur est le constituant du gage et l'endossataire est le créancier bénéficiaire de la sûreté.* Comme pour l'endossement de procuration, l'endossement pignoratif ne fait pas perdre à l'endosseur la propriété de la lettre de change et des droits qui y sont attachés. Elle lui permet d'obtenir un prêt ou une ouverture de crédit dont le remboursement est garanti par la mise en gage de la lettre de change.

L'endossement pignoratif doit comporter la mention « valeur en garantie », « valeur en gage » ou toute mention impliquant un nantissement (C. com., art. L. 511-13, al. 4). Cette mention doit être suivie par la signature de l'endosseur. À l'image des solutions précédemment posées pour l'endossement de procuration (v. ss 624), l'endossement sera présumé fait à titre translatif en l'absence de toute mention.

■ 627

Le porteur de la lettre de change peut exercer tous les droits dérivant de la lettre de change mais un endossement fait par lui ne vaut que comme endossement de procuration (C. com., art. L. 511-13, al. 4 *in fine*). Toutefois, l'endossement translatif est permis lorsqu'il est fait au profit du précédent endosseur. En ce cas, l'endossement pignoratif cesse de produire effet par le « réendossement » (Com. 21 avr. 1975, *Bull. civ. IV*, n° 109).

*Les signataires de la lettre de change auxquels il en est demandé le paiement ne peuvent opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec l'endosseur, à moins que le porteur, en recevant la lettre de change, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur* (C. com., art. L. 511-13, al. 5 ; Com. 13 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 227).

## section 2

# Les effets de l'endossement translatif

■ 628

L'*endossement translatif*<sup>o</sup> emporte transmission de la propriété de la lettre de change (*c'est-à-dire du titre*) et de la provision (§ 1). Cet effet translatif est différent de celui attaché à une simple cession de créance : les exceptions nées du rapport fondamental, à l'origine de la création de la lettre de change, sont en effet inopposables au porteur (§ 2). Par ailleurs, l'endosseur est tenu d'une garantie de paiement vis-à-vis de l'endossataire (§ 3).

## § 1 La transmission de la propriété de la lettre de change et de la provision

■ 629

L'endossement translatif transmet tout d'abord tous les droits résultant de la lettre de change, en tant que titre (C. com., art. L. 511-9, I), qu'il s'agisse des droits cambiaux (droit de demander l'acceptation, le paiement, de faire dresser protêt ou de procéder à un nouvel endossement) ou de ses accessoires tels que les garanties personnelles ou,

les sûretés légales ou conventionnelles (Civ. 11 déc. 1940, DC 1943. 49, note A. Trasbot). La transmission de la lettre de change emporte également la transmission de la clause de réserve de propriété attachée à la créance de provision. La jurisprudence considère en effet que la « réserve de propriété constitue l'accessoire de la créance du vendeur lui garantissant le paiement du prix et que l'endossement d'une lettre de change transmet au porteur la propriété de la provision avec ses accessoires » (Com. 11 juill. 1988, RTD com. 1988. 604, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié). Cette solution jurisprudentielle est aujourd'hui consacrée par l'article 2367 du Code civil qui énonce que « la propriété réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement ».

L'endossement transmet également la propriété de la provision<sup>o</sup>, c'est-à-dire la créance de somme d'argent possédée par le tireur contre le tiré et dont le montant est au moins égal à celui de la lettre de change (C. com., art. L. 511-7, al. 2 et 3). Cette créance, qui doit être liquide, disponible, exigible et certaine, correspond, selon les cas, au prix des marchandises, ou au remboursement de l'ouverture de crédit, dû par le tiré au tireur. Mais, à la différence des solutions posées pour le chèque, et parce que la lettre de change constitue un instrument de crédit et non un instrument de paiement, la provision n'a pas besoin d'exister au jour de la création du titre mais seulement à son échéance (C. com., art. L. 511-7, al. 1<sup>er</sup>). C'est donc à cette date que la créance de provision devra être certaine, liquide et exigible. Ainsi, dans le cas d'une vente de marchandises, celles-ci devront avoir été livrées par le tireur (vendeur) au tiré (acheteur) au jour de l'échéance de la lettre de change. Si ce n'est pas le cas ou si les marchandises livrées ne sont pas conformes, le tiré pourra s'opposer au paiement de la lettre de change pour défaut de provision.

En résumé, il s'ensuit que la transmission de la provision s'opère de plein droit aux endosseurs successifs, alors même qu'elle ne serait encore que simplement éventuelle, faute pour le tireur de l'avoir constituée auprès du tiré (C. com., art. L. 511-7, al. 3). La force de ce droit privatif acquis par le porteur de la lettre de change sur la provision varie selon que la lettre de change a été (A) ou non acceptée par le tiré (B).

## A. La transmission de la provision et les droits du porteur d'une lettre de change acceptée

L'*acceptation*<sup>o</sup> est l'engagement cambiaire du tiré de payer à l'échéance le montant de la lettre de change au porteur de bonne foi. En acceptant la lettre de change tirée sur lui, le tiré se reconnaît ainsi débiteur cambiaire du porteur de la lettre et en devient le débiteur principal.

### 1. L'engagement cambiaire du tiré accepteur

L'*acceptation* est une simple faculté pour le tiré qui peut donc la refuser sans engager sa responsabilité (C. com., art. L. 511-17, al. 1<sup>er</sup>). La présentation de la lettre de change à l'acceptation par le porteur est également une simple faculté mais elle peut être interdite par le tireur en stipulant une clause « non acceptable » (C. com., art. L. 511-15, al. 3). La lettre de change est alors appelée « *traite pro forma*<sup>o</sup> ».

Une fois donnée, l'*acceptation* est irrévocable. Mais, le tiré peut biffer son acceptation avant la restitution de la lettre de change au porteur (C. com., art. L. 511-20, al. 1<sup>er</sup>). En d'autres termes, l'acceptation ne devient irrévocable qu'une fois que le

630 ■

631 ■

632 ■



titre se retrouve en possession du porteur. L'acceptation n'est en outre valable que si elle est pure et simple (C. com., art. L. 511-17, al. 3). *Les acceptations conditionnelles sont assimilées à un refus d'acceptation* (C. com., art. L. 511-17, al. 4).

- 633 Si le tiré refuse de donner son acceptation, ce refus impose au porteur de dresser un *protêt faute d'acceptation*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 511-39), sauf si le porteur en a été dispensé par une *clause de retour sans frais*<sup>o</sup>, stipulé dans le corps du texte de la lettre de change (C. com., art., L. 511-43).

## 2. *L'opposabilité erga omnes des droits du porteur*

- 634 *L'acceptation fait présumer la provision* (C. com., art. L. 511-7, al. 4 et 5). Ce principe emporte deux conséquences importantes :
  - l'acceptation oblige le tiré à payer la lettre de change à son échéance (C. com., art. L. 511-19, al. 1<sup>er</sup>);
  - l'acceptation interdit au tiré d'opposer au porteur les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le tireur, notamment celles fondées sur l'absence de provision au jour de l'échéance de la lettre de change (v. ss 665 s.).Grâce à l'acceptation, le porteur de la lettre de change acquiert donc un droit irrévocable et opposable à tous sur la provision, quelle que soit la date à laquelle la provision est effectivement constituée.

- 635 Il en résulte que :
  - les sous-traitants auxquels le tireur a fait appel ne peuvent pas exercer leur action directe contre le maître d'ouvrage, tiré accepteur (Com. 18 nov. 1997, *RTD com.* 1998. 180, obs. M. Cabrillac ; v. ss 730 s.);
  - les créanciers du tireur ne peuvent pas non plus saisir la créance de provision entre les mains de leur débiteur puisque la propriété de celle-ci est transmise de plein droit au porteur de la lettre de change acceptée (Dijon, 23 mai 1973, *RTD com.* 1973. 835, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange).
  - de même, si le tireur de la lettre de change acceptée a également cédé sa créance par bordereau Dailly, c'est en principe la lettre qui doit être honorée (v. sur les conflits de droits : v. ss chapitre 20).

## B. *La transmission de la provision et les droits du porteur d'une lettre de change non acceptée*

- 636 Les règles applicables au droit de propriété du porteur d'une lettre de change non acceptée sont plus complexes. Sans dénier au porteur son droit de propriété, la jurisprudence considère qu'avant l'échéance de la lettre de change, son droit est simplement éventuel et, qu'en conséquence, la circulation de la lettre de change ne rend pas automatiquement indisponible la provision à son profit.

Cette interprétation explique que :

  - le tireur a le droit de réclamer au tiré, jusqu'à l'échéance de la lettre de change, la restitution ou le paiement de la créance de provision (Com. 1<sup>er</sup> févr. 1977, *RTD com.* 1977. 332, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange);
  - le tiré peut opposer au porteur la compensation entre la créance de provision et une créance qu'il possédait contre le tireur, même si les conditions de la

compensation sont réunies postérieurement à l'endossement de la lettre de change (Com. 18 mars 1986, *D.* 1987. 72, note M. Cabrillac) ;

– le sous-traitant peut obtenir paiement du tiré dès lors qu'il exerce son action directe avant l'échéance de la lettre de change (Com. 4 déc. 1984, *JCP* 1985. II. 20445, note H. Synvet ; v. ss chapitre 19).

Pour éviter ces déconvenues, le porteur d'une lettre de change non acceptée a la possibilité de consolider ses droits sur la provision avant l'échéance de la lettre de change. Cette consolidation peut prendre la forme d'une saisie attribution ou d'une saisie conservatoire entre les mains du tiré. Plus simplement, elle peut consister à adresser au tiré une défense de payer toute autre personne que lui-même (Com. 24 avr. 1972, *D.* 1972. 686, note R. Roblot). La consolidation des droits du porteur peut aussi résulter de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre du tireur qui emporte, rappelons-le, déchéance du terme (C. com., art. L. 643-1 C. com.v. ss 499). Ainsi, en raison de la déchéance du terme, le droit du porteur n'a plus un caractère éventuel puisque l'échéance est acquise.

À défaut de l'une ou de l'autre de ces mesures de consolidation, *seule la survivance de l'échéance rendra irrévocable le droit du porteur sur la provision*, pour autant qu'elle existe en son principe au jour de l'échéance (Com. 4 oct. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 290).

637 ■

## § 2 L'inopposabilité des exceptions nées du rapport fondamental

Le porteur de la lettre de change bénéficie de la règle de *l'inopposabilité des exceptions*<sup>o</sup>. Ce principe interdit aux personnes actionnées en vertu de la lettre de change d'opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur (C. com., art. L. 511-12). *L'endossataire acquiert ainsi plus de droits que n'en possédait l'endosseur. Chaque endossement purge les vices qui affectaient l'engagement cambiaire, ce qui permet de faciliter la circulation de la lettre de change.*

638 ■

### A. Les conditions d'application du principe de l'inopposabilité des exceptions

Le porteur ne bénéficie de la règle de l'inopposabilité des exceptions qu'à la double condition d'avoir la qualité de *porteur légitime*<sup>o</sup> (C. com., art. L. 511-11 ; sur cette notion, v. ss 622), et, d'être de bonne foi. Aux termes de l'article L. 511-12 du Code de commerce, le *porteur de mauvaise foi*<sup>o</sup> est celui qui, en acquérant la lettre de change, a agi sciemment au détriment du débiteur. Cette définition légale a été précisée par la jurisprudence dite « Worms ».

639 ■

En vertu de cette jurisprudence, est de mauvaise foi, le porteur qui a endossé la lettre de change « en ayant conscience du préjudice que cause l'endossement au débiteur cambiaire en le plaçant dans l'impossibilité de se prévaloir, vis-à-vis du tireur ou d'un précédant endosseur, d'un moyen de défense issu de ses relations avec ces derniers » (Com. 26 juin 1956, *JCP* 1956. II. 9600, note R. Roblot).

- 640 L'article L. 511-12 du Code de commerce exige que *la mauvaise foi soit constituée au moment même où le porteur acquiert la lettre de change*. Conformément aux principes du droit de la preuve, c'est à celui qui invoque la mauvaise foi du porteur de la prouver. Il peut le faire par tous moyens. Le porteur qui prend conscience, après l'acquisition de la lettre de change, du préjudice que cause l'endossement au débiteur cambiaire est de bonne foi. Par conséquent, il continue à bénéficier du principe de l'inopposabilité des exceptions.
- 641 *L'inopposabilité des exceptions ne joue qu'à l'encontre « des personnes actionnées en vertu de la lettre de change »* (C. com., art. L. 511-12). Cette formule sibylline désigne les signataires de la lettre de change : tireur, porteurs antérieur ou avaliste. S'agissant en revanche du tiré, tout dépendra si ce dernier a ou non accepté la lettre de change. *En cas d'acceptation, le tiré s'engage en effet à payer la provision à son échéance*. Il ne peut plus opposer ni les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le tireur, ni le défaut de provision à échéance (v. ss 634). À l'opposé, si le tiré n'a pas accepté la lettre de change, le principe de l'inopposabilité des exceptions est automatiquement écarté. L'action en paiement du porteur est, dans ce cas, engagée sur le terrain du droit commun et non du droit cambiaire.

## B. Les exceptions toujours opposables au porteur de bonne foi

- 642 Certaines exceptions sont toujours opposables au porteur légitime :
- *les irrégularités de forme de la lettre de change* : l'omission d'une des mentions obligatoires constitue un vice apparent toujours opposable au porteur, même de bonne foi (sur le principe du formalisme cambiaire : v. ss chapitre 16). Il en va de même lorsque la lettre de change comporte une mention interdite par la loi, comme une clause soumettant l'engagement cambiaire à une condition (v. ss 600) ;
  - *l'incapacité d'un des signataires de la lettre de change* : cette exception est également toujours opposable, même si le porteur est de bonne foi. Elle ne peut toutefois être opposée que par l'incapable lui-même ou par son représentant ;
  - *les exceptions fondées sur les rapports personnels entre le débiteur et le porteur* : ce principe, posé par l'article L. 511-12 du Code de commerce, permet notamment au tiré d'opposer au tireur, lorsque ce dernier est resté porteur, toutes les exceptions tirées du rapport fondamental, notamment le défaut de provision. De même, l'endosseur peut opposer à l'endossataire les exceptions nées de leurs rapports personnels sans pouvoir les opposer aux autres endossataires.

## § 3 La garantie due par l'endosseur

- 643 L'endosseur est tenu d'une obligation de garantie vis-à-vis de l'endossataire. *Il est, sauf clause contraire, garant de l'acceptation et du paiement de la lettre de change* (C. com., art. L. 511-10, al. 1<sup>er</sup>). L'endosseur garantit donc la solvabilité du débiteur cambiaire principal.
- Il s'agit là d'une différence essentielle avec le droit commun de la cession de créance. L'obligation pour le cédant de garantir la solvabilité du débiteur cédé est en effet exclue par l'article 1694 du Code civil. Pareille garantie ne peut exister que si le cédant l'a expressément acceptée.

Toutes autres sont les solutions du droit cambiaire puisque la garantie de la solvabilité du débiteur cambiaire principal par le tireur est la règle en vertu du Code de commerce.

Cette obligation de garantie reçoit cependant exception lorsque l'endosseur a interdit tout nouvel endossement (C. com., art. L. 511-11, al. 2). En ce cas, son obligation de garantie s'éteint envers les personnes ayant ultérieurement endossé la lettre de change.

*L'obligation de garantie ne pèse pas exclusivement sur l'endosseur mais sur l'ensemble des signataires de la lettre de change.* L'article L. 511-44 du Code de commerce prévoit en effet que « tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change sont tenus *solidairement* envers le porteur ». Ce principe est le principe dit de « solidarité cambiaire » (v. ss 592). Cette solidarité légale entre les différents signataires de la lettre de change offre une garantie de paiement particulièrement efficace. Car, plus le titre aura circulé, plus il y aura de signataires et donc de codébiteurs solidaires. Le porteur a ainsi la possibilité d'agir en paiement contre le signataire de son choix.

La solidarité prévue par l'article L. 511-44 du Code de commerce se conjugue alors avec *le principe de l'indépendance des signatures*<sup>9</sup>. Un signataire est tenu au paiement du montant de la lettre de change du seul fait de sa signature et ne peut opposer au porteur une exception qu'aurait pu lui opposer un autre signataire.

644 ■

## Compléments pédagogiques

### Mémo

La transmission de la lettre de change et de la propriété de la provision se réalise selon un mode simplifié : *l'endossement translatif*.

L'endossement translatif a pour effet de transmettre la propriété du titre et la propriété de la provision.

L'endossement translatif peut être directement porté sur la lettre de change *ou sur une « allonge »*.

L'endossement translatif peut être un *endossement nominatif* ou un *endossement en blanc*.

*Le bénéficiaire de l'endossement est appelé « endossataire ».*

Tous *les signataires de la lettre de change* (tireur, endosseur, avaliste) sont tenus *solidairement du paiement de la lettre de change*. Cette obligation de garantie ne pèse sur le tiré que s'il a accepté la lettre de change.

*L'acceptation de la lettre de change fait présumer la provision.*

*Le principe de l'inopposabilité des exceptions* interdit aux signataires de la lettre de change d'opposer à l'endossataire les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs.

L'endossataire bénéficie également du principe de l'inopposabilité des exceptions.

La lettre de change peut également circuler par *endossement à titre de procuration* ou par *endossement pignoratif*.

L'endossement à titre de procuration est l'endossement par lequel la lettre de change est remise à un tiers endossataire *afin que celui-ci en reçoive paiement pour le compte de l'endosseur qui demeure propriétaire du titre*.

L'endossement pignoratif est l'endossement qui *réalise la mise en gage de la lettre de change*. L'endosseur est le constituant du gage. L'endossataire est le créancier bénéficiaire de la sûreté.

### Quid

#### ■ Acceptation n° 631

Engagement cambiaire du tiré de payer le montant de la lettre de change à son échéance sans pouvoir invoquer les exceptions tirées du rapport fondamental (ex. : absence de provision) et de ses rapports personnels avec le tireur ou un autre signataire de la lettre de change.

■ **Allonge n° 619**

Feuille attachée à la lettre de change et destinée à recevoir les endossements qui ne peuvent plus, en raison de leur nombre, être portés sur le corps de la lettre.

■ **Clause de retour sans frais n° 633**

Mention facultative de la lettre de change qui dispense ou interdit au porteur de dresser protêt en cas de refus de paiement ou d'acceptation du tiré. Appelée également clause « sans frais » ou clause « sans protêt ».

■ **Clause non endossable ou non à ordre n° 617**

Mention facultative d'une lettre de change interdisant sa transmission par endossement.

■ **Endossement n° 616**

Mention portée au dos d'une lettre de change par laquelle l'endosseur enjoint au tiré d'effectuer le paiement à une tierce personne, appelée « endossataire ».

■ **Endossement de procuration n°s 618, 624**

Endossement donnant à l'endossataire mandat de recouvrer le montant de la lettre de change pour le compte de l'endosseur.

■ **Endossement en blanc (ou au porteur) n° 620**

Endossement n'indiquant pas l'identité de l'endossataire.

■ **Endossement nominatif n° 619**

Endossement indiquant le nom de l'endossataire. Il peut être porté sur la lettre de change ou sur une allonge.

■ **Endossement pignoratif n°s 618, 626**

Endossement donnant à l'endossataire les droits d'un créancier gagiste sur la lettre de change endossée.

■ **Endossement translatif n°s 618, 628**

Endossement qui transfère à l'endossataire la propriété de la lettre de change et celle de la provision.

■ **Endossataire n°s 616, 623**

Personne à laquelle la lettre de change est transmise par voie d'endossement translatif, pignoratif ou de procuration.

■ **Endosseur n°s 616, 622**

Personne qui transmet la lettre de change par voie d'endossement translatif, pignoratif ou de procuration.

■ **Escompte n° 616**

Opération de crédit à court terme par laquelle un établissement de crédit avance au porteur d'une lettre de change non échue le montant de celle-ci contre le transfert de la propriété du titre et de la provision.

■ **Indépendance des signatures (principe de l') n° 644**

Principe qui impose à chaque signataire d'une lettre de change d'en payer le montant par le seul fait d'y avoir apposé sa signature et qui interdit d'opposer au porteur (ou bénéficiaire) une exception qui aurait pu être opposée à un autre signataire.

■ **Inopposabilité des exceptions (principe de l') n° 638**

Principe qui interdit aux personnes actionnées en vertu d'une lettre de change d'en refuser le paiement en opposant au porteur (ou bénéficiaire) les exceptions fondées soit sur le rapport fondamental, soit sur leurs rapports personnels avec le tireur ou les autres signataires.

■ **Porteur de mauvaise foi n° 639**

Porteur qui, en acquérant la lettre de change, a agi sciemment au détriment du débiteur ce qui le prive du bénéfice de l'inopposabilité des exceptions nées du rapport fondamental (C. com., art. L. 511-12).

■ **Porteur légitime nos 622, 639**

Personne qui détient la propriété d'une lettre de change par une suite ininterrompue d'endossements, même si le dernier endossement est en blanc (C. com., art. L. 511-11).

■ **Protêt faute d'acceptation n° 633**

Acte authentique dressé par le porteur d'une lettre de change et constatant le refus du tiré d'accepter la lettre de change.

■ **Provision n° 630**

Créance de somme d'argent détenue par le tireur contre le tiré dont le montant est en principe égal au montant de la lettre de change.

■ **Taux d'escompte n° 616**

Intérêts et commissions perçus par un établissement de crédit en rémunération d'une opération d'escompte.

■ **Traite (ou lettre de change) pro forma n° 632**

Lettre de change dont une des mentions interdit sa présentation par le porteur à l'acceptation du tiré.

## Documents

### 1) Portée de la présomption d'endossement translatif

Com. 3 mai 2000 (extraits)

(RD bancaire et bourse 2000. 289, obs. Crédot et Gérard)

« Attendu, d'autre part, qu'en l'état du débat, au cours duquel n'a été invoqué aucun élément caractérisant l'intention de la RNB et de la BNP de limiter la portée de l'endossement inscrit au

bénéfice de celle-ci à un mandat pour encaissement, la cour d'appel a pu estimer qu'en l'espèce, il s'agissait d'un endossement translatif ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les effets où la RNB avait été désignée en qualité de bénéficiaire avaient été émis par un tirage pour son compte, élément inopérant pour déterminer si l'endossement souscrit par elle était translatif, ou non ; »

## 2) Conditions de preuve de la qualité de porteur légitime

**Com. 24 nov. 1992 (extraits)**  
**(D. 1993. Somm. 317, obs. M. Cabrillac)**

« Vu l'article 120 [devenu art. L. 511-11] du Code de commerce ;

Attendu que, pour condamner la société Bessier à payer le montant de la lettre de change à la Société générale, l'arrêt retient qu'il est exact que cet effet n'a pas été endossé au profit de la Société générale, que toutefois, il est établi, par le bordereau du 17 décembre 1986, qu'il a été remis à l'escompte par la société Le Centuple et qu'il a été porté au crédit du compte de cette société le 18 décembre 1986 ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la Société générale fondait sa demande sur sa qualité de porteur légitime et alors que, pour être considéré comme tel, le détenteur d'une lettre de change doit justifier de son droit par une suite ininterrompue d'endossements, la cour d'appel a violé le texte susvisé »

## Biblio

- A. Boujeka, La provision, essai d'une théorie générale, LGDJ, 2001.
- J.-J. Daigre, « De la preuve des exceptions opposables par le débiteur d'une traite », *RTD com.* 1977. 651 s.
- Ch. Hécart, « Réflexions à propos de la lettre de change non acceptée », *D.* 2003. *Cah. dr. aff.* 539.
- J.-P. Marty, « Les rapports de la créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change », *RTD com.* 1978. 307 s.
- Y. Parrot, « Les droits du porteur sur la provision d'une lettre de change non acceptée en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du tireur », *JCP E* 1991. I. 58.
- J.-M. Talau, « Le porteur d'une lettre de change, le sous-traitant et la provision », *JCP E* 1999. 996.
- Y. Tchoutourian, « Sur la définition de la mauvaise foi de l'article L. 511-12 du code de commerce », *Mélanges AEBDF-France*. T. III, Banque éditeur 2004. 381 s.
- M. Vasseur, « Réflexions sur le régime juridique du porteur de traite non acceptée », *D.* 1985. Chron. 199.



## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### Tests de compréhension

##### Énoncé n° 1

M. Boneval a reçu par endossement une lettre de change dite « *pro forma* ». Il l'a présentée au tiré pour acceptation. Le tiré se demande s'il peut refuser d'accorder son acceptation sans engager sa responsabilité ?

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 2

La SCI Immo a endossé à l'ordre de la banque Leurvet une lettre de change. Lors de cet endossement, la mention « valeur en recouvrement » a été portée sur la lettre de change. La banque Leurvet souhaite aujourd'hui endosser la traite à l'ordre de la banque Simono. *Le peut-elle ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 3

Par un jugement du 18 juin, le tribunal de commerce de Nanterre a prononcé la liquidation judiciaire de M. Brulan. Le 20 juin, M. Brulan a endossé à l'ordre de la SNC Baulieu une lettre de change non acceptée tirée sur la SA Denfer par M. Darmon. Le 22 juin, le jugement ouvrant la procédure de liquidation est publié. Le jour de l'échéance, la SA Denfer a refusé de régler le montant de la lettre de change. M. Darmon n'a pas en effet constitué la provision. La SNC Baulieu s'est retournée contre M. Brulan mais le liquidateur refuse de régler le montant de l'effet. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 4

Le 30 septembre, la société Vilion a tiré deux lettres de change sur la société Dumay, qui lui doit une somme de 5 000 euros pour des marchandises qui doivent lui être livrées le 1<sup>er</sup> octobre. L'échéance de chacune des lettres de change est fixée au 15 novembre. La première lettre d'un montant de 3 000 euros a été escomptée par la banque Simono. La seconde a été émise, pour un montant de 2 000 euros, à l'ordre de la société Vilipen qui a accepté ce mode de paiement par crainte que la société Vilion ne soit prochainement en cessation des paiements. Le 4 octobre, la société Vilipen, redoutant toujours l'ouverture prochaine d'une procédure collective contre la société Vilion, a adressé la lettre de change à la société Dumay pour acceptation, qui par retour de courrier la lui a accordée. Pour sa part, la banque Simono n'a pas jugé bon de solliciter l'acceptation du tiré. La société Dumay, qui est un de ses plus vieux clients, a la réputation de payer ses dettes à première demande. Aussi, la banque Simono s'est limitée à adresser à la société Dumay une défense de payer que le tiré a reçu le 10 novembre. Cependant, au jour de l'échéance, la société Dumay a refusé

tout paiement au motif que la créance de provision avait été saisie entre ses mains, le 7 novembre, par l'un des créanciers de la société Vilion, et, qu'en outre cette dernière avait été déclarée en cessation de paiement par un jugement du 10 novembre. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de compréhension n° 1

L'acceptation est un acte grave pour le tiré car il s'oblige à payer la lettre de change à échéance même si le tireur n'a pas constitué la provision (C. com., art. L. 511-19). Ceci explique que l'acceptation est en principe une simple faculté pour le tiré (C. com., art. 511-17, al. 1<sup>er</sup>). Le refus du tiré ne peut donc être considéré comme fautif, à moins qu'il ne se soit engagé, vis-à-vis du tireur, à accepter les lettres de change tirées sur lui par ce dernier. Ceci ne semble pas être le cas ici. Le refus d'acceptation se justifie d'autant plus que la lettre de change est, en l'espèce, une lettre de change *pro forma*, c'est-à-dire une lettre de change dont l'une des mentions interdit sa présentation par le porteur à l'acceptation du tiré (C. com., art. L. 511-15).

### Test de compréhension n° 2

Lorsque l'endossement comporte la mention « valeur en recouvrement », il constitue un endossement de procuration et non un endossement translatif. L'endossement de procuration est un mandat de recouvrement donné par l'endosseur à l'endossataire afin que ce dernier reçoive pour le compte du premier le paiement de la lettre de change. L'endossataire n'acquiert donc pas la propriété de la provision. Il ne peut pas endosser la lettre de change qui lui a été remise à titre translatif. En revanche, il peut la transmettre par un nouvel endossement de procuration (C. com., art. L. 511-13, al. 1<sup>er</sup>).

### Test de compréhension n° 3

L'endossement fait à l'ordre de la SNC Baulieu est un endossement nominatif. Pour être valable, il faut qu'il soit porté sur la lettre de change elle-même (ou sur une allonge) accompagné de la signature de l'endosseur (C. com., art. L. 511-8, al. 7). Mais, cette condition de forme n'est pas suffisante, il faut également que l'endosseur ait la capacité et les pouvoirs de s'engager cambiairement. M. Brulan est en liquidation judiciaire depuis le 18 juin. Or, tout jugement de liquidation emporte de plein droit, à compter de sa date et non de sa publication, dessaisissement du débiteur (v. ss chapitre 13). M. Brulan ne pouvait donc endosser valablement la lettre de change.

*Ce défaut de pouvoir* est une exception toujours opposable même si le porteur est de bonne foi. Cette exception peut être invoquée par le débiteur en liquidation judiciaire mais également par le liquidateur nommé par le tribunal ayant prononcé la procédure collective. En l'occurrence, à la suite du refus du tiré et de l'endosseur, la SNC n'a pas d'autre choix que d'agir en paiement de la lettre de change contre le tireur (M. Darmon).

## Test de compréhension n° 4

Les deux lettres de change tirées par la société Vilion ont été transmises par voie d'endossement translatif. Cet endossement a pour effet d'emporter transmission de la propriété de la lettre de change mais également transmission de la propriété de la provision, c'est-à-dire la créance de somme d'argent possédée par le tireur contre le tiré (C. com., art. L. 511-7, al. 3). Toutefois, la force de ce droit de propriété n'est pas la même selon que la lettre de change endossée a été ou non acceptée. En l'espèce, deux lettres de change ont été tirées sur la société Dumay. L'une a été acceptée (I), l'autre a seulement donné lieu à l'envoi par le bénéficiaire d'une défense de payer, ce qui n'équivaut pas à une acceptation (II).

### I. Refus du tiré de payer la lettre de change acceptée

L'acceptation est un engagement cambiaire pris par le tiré de payer à l'échéance le montant de la lettre de change au porteur. Une fois donnée, l'acceptation est irrévocable. Elle présume en outre l'existence de la provision (C. com., art. L. 511-7, al. 4), et, en établit la preuve à l'égard des endosseurs (C. com., art. L. 511-7, al. 5). De fait, l'acceptation oblige le tiré à payer la lettre de change à son échéance même si celle-ci n'a pas été constituée entre ses mains, ou comme en l'espèce a été saisie par un des créanciers du tireur (C. com., art. L. 511-19). En d'autres termes, en acceptant la lettre de change, le tiré renonce à se prévaloir, le jour de l'échéance, des exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur, ou à tout autre signataire de la lettre de change.

En vertu de ces principes, le tiré accepteur ne peut refuser de payer la société Vilipen en invoquant, d'une part, la saisie entre ses mains de la créance de provision, et, d'autre part, l'ouverture d'une procédure collective contre le tireur. Par son acceptation, le tiré a renoncé à toutes ces exceptions.

Mais le principe de l'inopposabilité des exceptions est écarté lorsque le porteur n'est pas un porteur légitime ou lorsqu'il a acquis la lettre de change de mauvaise foi. En l'espèce, la légitimité des droits acquis par le porteur ne pose pas de difficulté : la lettre de change n'a pas circulé et le porteur doit être considéré comme ayant acquis la traite à la suite d'une chaîne ininterrompue d'endossements. Mais, si la société Vilipen est sans conteste un porteur légitime, sa bonne foi au jour de l'acquisition de la lettre de change et de la demande d'acceptation peut être mise en doute. Il est en effet rapporté que la société n'a accepté le paiement par traite que dans la crainte de la cessation des paiements du tireur. La question se pose donc de savoir si, en acquérant la lettre de change, la société Vilipen avait conscience d'agir au détriment du débiteur (le tiré accepteur) en le plaçant dans l'impossibilité de se prévaloir, à son égard, d'un moyen de défense issu de ses relations avec le tireur ou un précédent endosseur (C. com., art. L. 511-12 ; Com. 26 juin 1956, *JCP* 1956. II. 9600, note R. Roblot).

La preuve de la mauvaise foi du porteur fait alors échec à l'interdiction pour le tiré d'opposer au paiement de la lettre de change les exceptions nées du rapport fondamental. Cette preuve incombe au tiré et peut être rapportée par tous moyens (Com. 2 févr. 1960, *Bull. civ.* III, n° 48). La notion de « mauvaise foi » est cependant entendue assez strictement. La Cour de cassation a déjà jugé que la seule connaissance de la cessation des paiements du tireur au jour de l'endossement ne suffit pas à rendre le porteur de mauvaise foi (Com. 19 nov. 1973, *RTD com.* 1974. 308, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Langes). Il faut en effet que cette connaissance s'accompagne de circonstances particulières donnant à croire que la situation est

irréremdiablement compromise. En l'espèce, aucun des éléments de fait rapportés ne permet d'établir la mauvaise foi du porteur. On ne peut en effet reprocher à celui-ci d'avoir craint une cessation des paiements et d'avoir cherché à s'en protéger. Cet élément n'est pas, à lui seul suffisant, pour caractériser la conscience de porter atteinte aux droits du tiré.

## II. Refus du tiré de payer la lettre de change non acceptée

Le porteur d'une lettre de change non acceptée acquiert la propriété de la lettre de change et celle de la provision au jour de l'endossement (C. com., art. L. 511-7, al. 3). Mais, ce droit de propriété sur la provision est simplement éventuel (Com. 10 juill. 1973, *RTD com.* 1973. 832, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Langes). La propriété de la provision ne sera réellement acquise qu'au jour de l'échéance de la lettre de change.

Cette règle explique notamment que le paiement fait par le tiré entre les mains du tireur ou d'un tiers, avant l'échéance de la lettre de change, est libératoire. En l'espèce, la saisie entre les mains du tiré par l'un des créanciers du tireur emporte attribution de la créance de provision à son profit. Toutefois, il est ici rapporté que la banque Simono a adressé au tiré une défense de payer. Cette défense de payer a pour objet d'interdire au tiré de se libérer du montant de la lettre de change dans d'autres mains que celles du porteur. Ainsi, selon la jurisprudence, la défense de payer faite à l'initiative du porteur d'une lettre de change non acceptée, avant son échéance, a pour effet de consolider ses droits sur la provision en l'immobilisant à son profit (Com. 24 févr. 1982, *DS* 1972. 686, note R. Roblot).

La défense de payer a été reçue par le tiré le 10 novembre, et, la saisie a été faite par le créancier du tireur le 7 novembre. La défense de payer est donc postérieure et n'a donc pas pu consolider le droit de propriété du porteur sur la provision transmise lors de la création de la lettre de change. Il s'ensuit que le paiement fait entre les mains du créancier du tireur est opposable au porteur et que le tiré n'est tenu à aucun paiement à son égard. La banque Simono n'a alors pas d'autre choix que d'agir en paiement de la lettre de change contre le tireur, une fois que celle-ci sera arrivée à échéance.

Mais, malheureusement pour la banque Simono, une procédure collective a entre-temps été ouverte contre le tireur. La créance de la banque Simono contre la société Vilion constitue donc une créance antérieure qui doit être déclarée, dans le délai préfix de deux mois, pour pouvoir participer à la répartition des produits et dividendes. À défaut de déclaration, la créance de la banque Simono sera inopposable à la procédure (v. ss chapitre 8).

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1022714335:88866152:196.200.176.177:1581011625

ch a p i t r e



# Le paiement de la lettre de change

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1022714335:88866152:196.200.176.177:581011625

## Plan analytique

### section 1

#### Les recours du porteur de la lettre de change impayée

- § 1 Les recours cambiaux
  - A. L'obligation de dresser protêt faute de paiement
  - B. La solidarité des signataires au paiement de la lettre de change
- § 2 Les recours extracambiaux
  - A. L'action au titre de la provision
  - B. L'action au titre de la valeur fournie

### section 2

#### Les garanties de paiement de la lettre de change

- § 1 L'acceptation
  - A. Les conditions de l'acceptation
  - B. Les effets de l'acceptation sur la nature de l'engagement du tiré
  - C. Les conséquences du refus d'acceptation
- § 2 L'aval
  - A. Les conditions de validité de l'aval
  - B. Les effets de l'aval

### section 3

#### Le paiement de la lettre de change relevé

- § 1 Le paiement de la lettre de change relevé
- § 2 Les conséquences du refus de paiement

#### Compléments pédagogiques

## Le paiement de la lettre de change

À l'échéance, le porteur *doit* présenter la lettre de change au tiré pour en obtenir le paiement. Réciproquement, à l'échéance, le tiré *doit* s'exécuter dès lors que la provision existe à cette date. *Le droit de la lettre change n'admet aucun délai de grâce* ni légal, ni judiciaire (C. com., art. L. 511-81 ; Com. 14 janv. 1971, *RTD com.* 1972. 129, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange). Le tiré entre les mains duquel la provision a été constituée ne peut donc pas solliciter du juge un report d'échéance sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil. Toutefois, le porteur et le tiré peuvent convenir de proroger la date d'échéance de la lettre de change (Com. 23 mars 1993 : v. ss « Documents »). Cette prorogation a des effets limités. Elle n'est pas opposable aux autres signataires de la traite, faute pour ces derniers d'y avoir consenti (Com. 20 nov. 1990 : v. ss « Documents »). Ce consentement est en effet nécessaire car la prorogation d'échéance aggrave leur situation surtout si, entre la date d'échéance initiale et la date d'échéance prorogée, le tiré est l'objet d'une procédure collective.

645 ■

*La présentation de la lettre de change au paiement se fait au domicile du tiré* ou bien encore au lieu fixé sur la lettre de change lorsqu'une *clause de domiciliation*<sup>o</sup> a été stipulée (sur les mentions obligatoires et facultatives : v. ss 598 s.). Selon la jurisprudence, la clause de domiciliation ne vaut pas par elle-même mandat de payer, même si la lettre de change a été acceptée. Il est nécessaire qu'un avis spécial soit adressé par le tiré au banquier mandataire lui donnant l'ordre de payer la lettre de change. À défaut, le paiement est inopposable au tiré (Com. 8 juill. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 221), et, le banquier domiciliataire n'a pas la possibilité de demander la restitution de la somme payée au porteur, dès lors que celui-ci a reçu ce qui lui était dû (Com. 23 avr. 1976, *D.* 1977. 562, note G. Vermelle).

646 ■

En cas de refus du tiré, le porteur est alors autorisé à agir contre le tireur ou les endosseurs, si la lettre de change a circulé (section 1). Le paiement de la lettre de change peut en outre être garanti : soit par l'acceptation du tiré, soit par un aval (section 2). Mais, ces règles sont écartées, lorsque la lettre de change est une lettre de change relevé (section 3).

### section 1

## Les recours du porteur de la lettre de change impayée

En cas de non-paiement de la lettre de change par le tiré à l'échéance, le porteur (appelé, en ce cas, présentateur) dispose de deux catégories de recours : des recours

647 ■



cambiales (§ 1) et des recours extracambiales qui sont des recours de droit commun (§ 2).

## § 1 Les recours cambiales

- 648 Les *recours cambiales*<sup>o</sup> sont les recours exercés par le porteur impayé contre les signataires de la lettre de change. *Ces recours ne peuvent pas en principe être exercés par le porteur avant l'échéance* mais la loi prévoit des exceptions (C. com., art. L. 511-38 ; v. ss 669).

Les signataires de la lettre de change sont tenus solidairement de son paiement (B). Mais, le porteur ne peut agir contre eux que s'il a dressé protêt (A).

### A. L'obligation de dresser protêt faute de paiement

- 649 Pour pouvoir exercer ses recours cambiales, le porteur doit établir un document appelé protêt (C. com., art. L. 511-39). Le *protêt faute de paiement*<sup>o</sup> est la constatation du refus de paiement du tiré à échéance. Il est établi par un acte authentique dressé, soit par un notaire, soit plus généralement par un huissier.

*Lorsque la lettre de change est payable à jour fixe ou à un certain délai de date ou de vue* (sur ces notions : v. ss 598), le protêt doit être dressé au plus tard dans les dix jours qui suivent le jour où la lettre de change est payable. *Pour les lettres de change payables à vue* (sur cette notion : v. ss 598), le protêt doit être dressé dans un délai d'un an à compter de l'émission de la traite.

Une fois dressé, le protêt fait l'objet d'une publicité au greffe du tribunal de commerce qui tient un registre des protêts (C. com., art. L. 511-56). Une autre mesure de publicité est assurée par la Banque de France qui tient un fichier des incidents de paiement.

#### 1. La sanction du défaut de protêt : la perte des recours cambiales

- 650 Le porteur qui n'a pas dressé protêt est considéré comme un *porteur négligent*<sup>o</sup>, ce qui le prive de tout recours cambial (C. com., art. L. 511-49, I). Plusieurs situations doivent cependant être distinguées :

– *l'action du porteur négligent contre le tiré*. Une distinction doit ici être faite selon que le tiré a accepté ou non la lettre de change. Le porteur négligent conserve une action cambiale contre *le tiré accepteur* car ce dernier a pris l'engagement de payer le porteur à l'échéance de la lettre de change (v. ss 666). Il ne peut en conséquence se plaindre que la lettre de change ne lui pas été présentée en temps utile (C. com., art. L. 511-49, I *in fine*). En revanche, le porteur négligent ne peut agir cambiallement contre le tiré *non accepteur*. Le défaut d'acceptation fait obstacle à tout recours cambial. Le porteur ne peut donc agir contre le tiré non accepteur que sur le fondement du droit commun (v. ss 655 s.). Il agira alors en qualité de cessionnaire de la créance qui a servi de base à la création de la lettre de change ;

– *l'action du porteur négligent contre le tireur*. Les droits du porteur négligent diffèrent selon que le tireur a ou non fourni la provision (C. com., art. L. 511-49, II). Si la provision a été faite, le tireur peut opposer au porteur sa négligence et la déchéance de ses droits (Com. 9 nov. 1960, *Bull. civ. III*, n° 357). En revanche, en l'absence de provision, il reste tenu envers le porteur négligent (Com. 4 mars 1957, *Bull. civ. III*, n° 81) ;

– *l'action du porteur négligent contre les endosseurs et autres signataires* : le porteur négligent est, à leur égard, déchu de tout recours cambiaire. Il conserve cependant contre l'endosseur qui lui a remis la lettre de change un recours de droit commun fondé sur le rapport extracambiaire qui l'unissait à celui-ci (v. ss 657). À titre d'exemple, le banquier escompteur conserve le droit de demander le remboursement du crédit que constitue l'escompte, et ce, dans les conditions de droit commun.

## 2. Les exceptions à l'obligation de dresser protêt

Le porteur est dispensé de dresser protêt si une clause « sans frais », *clause de « retour sans frais »*<sup>o</sup> ou « *clause sans protêt* »<sup>o</sup> a été stipulée sur la lettre de change. Cette clause qui appartient à la catégorie des mentions facultatives (v. ss 600) est aujourd'hui devenue une clause de style. Elle peut être insérée par n'importe lequel des signataires de la lettre de change (tireur, endosseur, avaliseur). Mais cette insertion est le plus souvent le fait du tireur lors de sa création. Dans ce cas, la dispense d'avoir à dresser protêt s'applique à tous les signataires (C. com., art. L. 511-43, al. 4). Dans le cas où la clause est stipulée lors de la circulation de la lettre de change, elle ne produira ses effets qu'à l'égard de l'endosseur qui l'a stipulée, et lui seul (C. com., art. L. 511-43, al. 4).

La loi exclut elle-même l'obligation pour le porteur de dresser un protêt pour faute de paiement dans les cas suivants :

– *en cas de redressement judiciaire du tiré*. Peu importe alors que le tiré ait ou non accepté la lettre de change. L'établissement d'un protêt est en effet inutile. La production du jugement déclaratif d'ouverture de la procédure collective suffira pour permettre au porteur d'exercer ses recours cambiaires contre les autres signataires de la lettre de change si celle-ci a circulé. (C. com., art. L. 511-39, al. 6) ;

– *en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du tireur d'une lettre de change non acceptable et dont le tireur est en conséquence le principal débiteur cambiaire* (C. com., art. L. 511-39, al. 6). Comme précédemment, le protêt faute de paiement constitue une formalité inutile. La production du jugement déclaratif d'ouverture de la procédure est suffisante pour permettre au porteur d'exercer contre les autres signataires ses recours cambiaires ;

– *en cas d'établissement d'un protêt faute d'acceptation* (C. com., art. L. 511-39, al. 4 ; v. ss 633). En cette hypothèse, le protêt est également inutile. Aussi, le Code de commerce prévoit que le refus d'acceptation du tiré dispense du protêt faute de paiement ;

## B. La solidarité des signataires au paiement de la lettre de change

Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change sont tenus solidairement envers le porteur de son paiement (C. com., art. L. 511-44, al. 1<sup>er</sup>). Le porteur peut ainsi demander paiement du montant de la lettre de change et des intérêts au taux légal à partir de l'échéance, soit à l'un quelconque des signataires, soit à tous sans être obligé d'observer l'ordre dans lequel ils se sont obligés (C. com., art. L. 511-44, al. 2). À titre d'exemple, la Cour de cassation a rappelé que l'engagement cambiaire pesant sur le tireur à l'égard du porteur d'une lettre de change acceptée n'est pas un engagement subsidiaire et qu'en vertu du principe de solidarité cambiaire, il doit payer à première demande la lettre de change à la suite de la

651 ■

652 ■

défaillance du tiré (Com. 20 févr. 2007, v. ss « Documents »). En outre, l'action engagée contre l'un des signataires n'empêche pas d'agir contre les autres, même postérieurement à celui qui a été d'abord poursuivi (C. com., art. L. 511-49, al. 4).

■ 653 Le signataire qui a payé la lettre de change dispose, à son tour, du droit de poursuivre les autres coobligés. Par son remboursement, il devient porteur du titre et possède tous les droits qui appartiennent au porteur légitime. *Mais, il ne peut poursuivre que ceux qui ont signé avant lui la lettre de change* (C. com., art. L. 511-47, al. 2).

■ 654 Les actions du porteur contre les endosseurs et contre le tireur se prescrivent *par un an* soit à partir de la date du protêt soit à partir de la date de l'échéance en cas de retour sans frais (C. com., art. L. 511-78, al. 2 ; v. ss 651). En revanche, les recours des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur se prescrivent *par six mois* à partir du jour où l'endosseur a remboursé la lettre ou du jour où il a été cité en justice en cas de recours judiciaire (C. com., art. L. 511-78, al. 3). Enfin, toutes les actions résultant de la lettre de change contre le tiré accepteur se prescrivent *par trois ans* à compter de la date d'échéance (C. com., art. L. 511-78, al. 1<sup>er</sup>).

*La prescription a un effet libératoire* : elle emporte présomption de paiement. Il s'agit d'une présomption mixte qui ne peut être combattue que par l'aveu (Com. 3 avr. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 109) ou le serment (C. com., art. L. 511-78, al. 6). *La prescription n'affecte que les recours cambiaires*. Elle laisse en revanche subsister les actions extracambiaires nées du rapport préexistant (v. ss 656 s.). Ceux-ci ne s'éteignent que dans les délais de droit commun (Civ. 28 avr. 1900, *DP* 1901. 1. 17, note E. Tahller).

## § 2 Les recours extracambiaires

■ 655 Le porteur négligent n'est pas déchu du droit d'obtenir le paiement de sa créance sur le fondement du droit commun. La création et l'endossement d'une lettre de change n'emportent pas novation. Ils laissent subsister les rapports fondamentaux qui continuent à produire leurs effets parallèlement au rapport de change (Civ. 28 avr. 1900, *préc.*). Les actions fondamentales ouvertes au porteur sont au nombre de deux. Il dispose d'une action au titre de la provision (A) et une action au titre de la valeur fournie (B).

### A. L'action au titre de la provision

■ 656 En cas d'endossement translatif, la provision (c'est-à-dire la créance fondamentale du tireur sur le tiré) est transmise de plein droit au porteur (v. ss 630). Ce dernier dispose donc d'une action extracambiale en paiement de cette créance contre le tiré. Pour l'exercice de cette action, il importe peu que la lettre de change ait été l'objet d'une acceptation. *Cette action est toutefois subordonnée à la constitution par le tireur de la provision entre les mains du tiré à l'échéance de la lettre de change. À défaut, le porteur ne dispose d'aucun droit contre le tiré*. Ce dernier ne peut être considéré comme débiteur puisque le tireur n'a pas honoré ses engagements à son égard. Par ailleurs, même lorsque la provision a été constituée, le tiré peut toujours opposer au porteur les exceptions nées de ses rapports avec le tireur puisque l'action en paiement est

exercée sur le fondement du droit commun et non sur celui du droit cambiaire (v. ss 641).

## B. L'action au titre de la valeur fournie

Le porteur dispose également d'une action extracambiaire contre son propre endosseur. Cette action en paiement résulte du contrat qui les lie et qui a fait naître la créance dite de la *valeur fournie*<sup>o</sup>. Ainsi, lorsque ce contrat est un contrat d'escompte, le banquier a une action en remboursement du crédit consenti (Paris, 24 févr. 1982, D. 1982. 467, note J. Stoufflet). Lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente, le vendeur dispose de l'action en paiement du prix.

657 ■

## section 2

# Les garanties de paiement de la lettre de change

Pour obtenir le paiement de la lettre de change à son échéance, le porteur dispose de différentes garanties : demander au tiré d'accepter la lettre de change (§ 1) ; garantir le paiement de la lettre de change par un aval (§ 2).

658 ■

## § 1 L'acceptation

L'*acceptation*<sup>o</sup> est l'engagement souscrit par le tiré de payer le montant de la lettre de change à son échéance. Elle fait naître contre le tiré un engagement cambiaire, indépendant de toute idée de provision, et, qui lui interdit de se prévaloir des exceptions tirées de ses rapports personnels avec le tireur ou les endosseurs (Com. 13 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n° 88). *L'acceptation augmente par conséquent la garantie de paiement du porteur*. Ses conditions (A), ses effets (B) ainsi que l'incidence du refus du tiré d'accepter la lettre de change qui lui est présentée (C) sont strictement définis par les articles L. 511-15 à L. 511-20 du Code de commerce.

659 ■

## A. Les conditions de l'acceptation

L'acceptation doit être demandée par le porteur (1). Elle n'engagera cambiairement le tiré que si elle respecte les conditions de forme imposées par la loi (2).

660 ■

### 1. La présentation de la lettre de change à l'acceptation

*La présentation de la lettre de change à l'acceptation a un caractère facultatif pour le porteur*. Mais le tireur ou un endosseur peut stipuler son caractère obligatoire (C. com., art. 511-15, al. 2 et 5). En ce cas, si le porteur ne présente pas la lettre de change à l'acceptation, il sera considéré comme négligent et perdra ses recours cambiaires (v. ss 650). À l'inverse, l'acceptation peut être interdite par une clause dite « non acceptable ». La traite est alors appelée « *traite pro forma*<sup>o</sup> ». Lorsque

661 ■

*L'acceptation est permise, elle peut avoir lieu jusqu'à l'échéance de la lettre de change (C. com., art. L. 511-15, al. 1<sup>er</sup>).*

- **662** La présentation à l'acceptation a lieu au domicile du tiré (C. com., art. L. 511-15, al. 1<sup>er</sup>). Le plus souvent, elle est adressée au tiré par voie postale. Le tiré qui n'a pas toujours les moyens de vérifier rapidement s'il a envers le tireur une dette égale au montant de la lettre de change, peut demander qu'une seconde présentation lui soit faite le lendemain de la première (C. com., art. L. 511-16, al. 1<sup>er</sup>). Mais, le porteur n'est pas obligé de se dessaisir, entre les mains du tiré, de la lettre présentée à l'acceptation (C. com., art. L. 511-16, al. 2).

## **2. La forme de l'acceptation**

- **663** *L'acceptation est portée directement sur la lettre de change (C. com., art. L. 511-17, al. 1<sup>er</sup>).* La jurisprudence refuse de reconnaître un effet cambiaire à l'acceptation donnée par acte séparé (Com. 22 févr. 1954, *RTD com.* 1954. 367, obs. Y. Becqué et M. Cabrillac). L'acceptation est exprimée par le mot « accepté » ou tout autre mot équivalent. Elle doit être signée par le tiré (C. com., art. L. 511-17, al. 1<sup>er</sup>). La simple signature du tiré apposée au recto de la traite vaut acceptation mais celle-ci doit être manuscrite. La signature par griffe n'est donc pas admise.

- **664** *L'acceptation est pure et simple (C. com., art. L. 511-17, al. 3).* Elle ne peut donc être conditionnelle ou donnée avec réserves. Mais le tiré peut restreindre son acceptation à une partie de la somme (C. com., art. L. 511-17, al. 3). En revanche, il ne peut apporter aucune modification aux énonciations de la lettre de change qui lui est présentée. Pareille modification équivaudrait à un refus d'acceptation qui emporterait de plein droit la déchéance du terme à ses frais et dépens (C. com., art. L. 511-15, al. 10). Toutefois, la loi autorise le tiré à préciser le lieu du paiement lorsque le tireur a indiqué dans la lettre de change un autre lieu que celui du domicile du tiré, sans désigner un tiers chez qui le paiement doit être effectué (C. com., art. L. 511-18, al. 1<sup>er</sup>).

## **B. Les effets de l'acceptation sur la nature de l'engagement du tiré**

- **665** *L'acceptation a un caractère irrévocable.* Le tiré ne peut se rétracter, une fois qu'il s'est dessaisi du titre même s'il a donné sa signature par erreur ou si la lettre de change n'est pas encore parvenue entre les mains du porteur (C. com., art. L. 511-20; Com. 2 juill. 1969, *JCP* 1970. II. 16427, note Ph. Langlois). En cas de signature donnée par erreur, le tiré peut seulement biffer son acceptation avant la restitution de la lettre. L'acceptation est alors censée avoir été refusée (C. com., art. L. 511-20).

- **666** Par l'acceptation, le tiré s'engage à payer la lettre de change à l'échéance (C. com., art. L. 511-19; Com. 6 déc. 2011 : *D.* 2011. 27, note X. Delpech). Le porteur n'a donc pas besoin de prouver l'existence de la provision pour en obtenir paiement. L'acceptation suppose en effet la provision et en établit la preuve à l'égard des endosseurs (C. com., art. L. 511-7, 4 et 5).

L'engagement cambiaire souscrit par le tiré accepteur explique également qu'il est désormais solidairement tenu avec les autres signataires (C. com., art. L. 511-44, al. 1<sup>er</sup>; v. ss 652 s.).

*L'acceptation opère, par ailleurs, une purge des exceptions.* Le tiré ne peut opposer au porteur les exceptions qu'il pouvait opposer au tireur ou à l'endosseur, sauf comme il l'a déjà été vu (v. ss 639 s.), lorsque le porteur, en acquérant la lettre, a agi sciemment au détriment des droits du tiré (C. com., art. L. 511-12). Cependant, *la purge des exceptions suppose la circulation de la lettre de change.* Ce principe explique que la purge des exceptions ne s'applique pas dans les relations entre le tireur et le tiré accepteur, lorsque le premier est resté porteur de la lettre de change acceptée (Req. 13 et 26 mai 1942, D. 1943. 86, note Y. Chéron).

### C. Les conséquences du refus d'acceptation

*L'acceptation est une simple faculté pour le tiré qui est donc libre de la refuser.* Cette liberté s'explique par la gravité de l'engagement souscrit par le tiré qui doit payer même si la provision n'a pas été constituée au jour de l'échéance. Le défaut d'acceptation doit être constaté par un protêt, appelé « *protêt faute d'acceptation*<sup>o</sup> » (C. com., art. L. 511-39, al. 1<sup>er</sup>). En la forme, le protêt est un acte authentique dressé, soit par un notaire, soit par un huissier (C. com., art. L. 511-52, L. 511-53). La lettre de change peut cependant comporter une clause de dispense de protêt exprimée le plus souvent par les formules clause « sans frais », clause « *retour sans frais* »<sup>o</sup> ou clause *sans protêt*<sup>o</sup>.

667 ■

Le refus d'acceptation du tiré doit être porté par le porteur à la connaissance de son endosseur dans les quatre jours ouvrables suivant le jour du protêt ou celui de la présentation en cas de clause de retour sans frais (C. com., art. L. 511-42, al. 1<sup>er</sup>). L'endosseur devra à son tour avertir son propre endosseur du refus d'acceptation (C. com., art. L. 511-42, al. 3). On remonte ainsi jusqu'au tireur. L'endossataire qui n'avertirait pas son endosseur du refus d'acceptation n'encourt pas la déchéance des recours cambiariaux mais il est responsable, s'il y a lieu, du préjudice causé par sa négligence sans que les dommages-intérêts puissent, cependant, dépasser le montant de la lettre de change (C. com., art. L. 511-42, al. 10).

668 ■

*Le refus d'acceptation du tiré rend immédiatement exigible la créance du tireur contre le tiré* (C. com., art. L. 511-15, al. 10). Mais, il laisse en revanche subsister l'échéance de la lettre de change (Com. 1<sup>er</sup> févr. 1977, RTD com. 1977. 332, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Langes). Le porteur dispose alors d'une alternative : soit, exercer un recours contre les signataires de la lettre de change (tireur, endosseurs ou donneur d'aval); soit attendre l'échéance (C. com., art. L. 511-38). Dans cette dernière hypothèse, le protêt faute d'acceptation dispensera le porteur de la présentation pour le paiement et du protêt faute de paiement (C. com., art. L. 511-39, al. 4) Cette formalité est en effet en ce cas inutile (v. ss 651).

669 ■

### § 2 L'aval

Le paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval (C. com., art. L. 511-21, al. 1<sup>er</sup>). L'*aval*<sup>o</sup> est un engagement cambiaire qui s'analyse en un *cautionnement solidaire*. Le *donneur d'aval*<sup>o</sup>, appelé également « *avaliste*<sup>o</sup> » ou « *avaliseur*<sup>o</sup> », peut être un tiers ou un signataire de la lettre de change. Le Code de commerce en réglemente les conditions (A) et les effets (B).

670 ■

## A. Les conditions de validité de l'aval

■ 671

La validité de l'aval est subordonnée au respect de plusieurs conditions : les premières concernent sa forme et son objet (1) ; les autres sont relatives à la personne de l'avaliste (2) et du bénéficiaire de l'aval (3).

### 1. La forme et l'objet de l'aval

■ 672

L'aval peut être donné soit sur la lettre de change elle-même ou sur une *allonge*<sup>o</sup>, soit par un acte séparé indiquant le lieu où il est intervenu (C. com., art. L. 511-21, al. 3). Ainsi, lorsque :

– *l'aval est donné sur la lettre de change ou sur une allonge* : il est exprimé par la formule « bon pour aval » ou par toute autre formule équivalente (C. com., art. L. 511-21, al. 4). Mais, la seule signature apposée au recto de la lettre de change vaut aval, sauf quand cette signature est celle du tiré ou du tireur car elle vaut alors acceptation ou création du titre (C. com., art. L. 511-21, al. 5). *L'aval doit, dans tous les cas, être signé de la main du donneur d'aval*. Cette condition a été réaffirmée par la Cour de cassation qui a refusé de faire produire effet à un aval donné par télex au motif que la signature ne peut « résulter de la mention d'un numéro dans le texte d'un télex, s'agirait-il d'une clé informatique » (Com. 26 nov. 1996, *JCP E* 1997. 906, note Th. Bonneau) ;

– *l'aval est donné par acte séparé* : il a la même valeur que celui donné sur la lettre de change elle-même ou sur une allonge (Com. 23 mars 1982, *Bull. civ. IV*, n° 118). À l'image de l'aval donné sur la lettre de change, il doit être signé de la main du donneur d'aval mais doit en outre indiquer le lieu où il est intervenu (C. com., art. L. 511-21, al. 3). À défaut de cette formalité, l'aval ne constitue pas une garantie cambiaire mais peut toutefois être considéré soit comme un cautionnement civil, soit comme un commencement de preuve de cautionnement (Com. 2 janv. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 16). Par ailleurs, la jurisprudence exige que l'aval par acte séparé fasse référence à la lettre de change qu'il garantit. L'écrit qui le constate doit donc mentionner celle-ci ainsi que le montant de la garantie et sa durée (Civ. 7 mars 1944, *D.* 1945. 73, note J. Hamel). Il devra également respecter la mention manuscrite prévue par l'article 1326 du Code civil.

■ 673

*Quelle qu'en soit la forme, l'aval peut être total ou simplement partiel* (C. com., art. L. 511-21, al. 1<sup>er</sup>). Dans ce dernier cas, le donneur d'aval doit expressément mentionner la partie de la somme garantie. L'aval garantit le paiement de la lettre de change mais aussi son acceptation par le tiré. L'article L. 511-38 du Code de commerce prévoit en effet que lorsqu'il y a eu refus total ou partiel d'acceptation, le porteur peut exercer ses recours contre le tireur, les endosseurs et *les autres obligés* sans attendre l'échéance (Com. art. L. 511-38, 2<sup>o</sup>, a.). Or, le donneur d'aval est un « obligé ». Il doit donc payer s'il est actionné par le porteur à la suite du refus d'acceptation par le tiré.

### 2. Les conditions relatives à la personne du donneur d'aval

■ 674

*L'aval peut être donné soit par un tiers, soit par un signataire de la lettre de change* (C. com., art. L. 511-21, al. 2). Lorsqu'il est fourni par un tiers, ce dernier doit avoir la capacité commerciale en raison de la nature cambiaire de l'aval (Com. 1<sup>er</sup> oct. 1996, *RTD com.* 1997. 120, obs. M. Cabrillac). Lorsqu'il est donné par un dirigeant social, celui-ci doit être muni des pouvoirs nécessaires pour engager la société à l'égard des tiers. À défaut l'aval sera considéré avoir été donné à titre personnel par le dirigeant.

Si le donneur d'aval est marié sous un régime communautaire, il ne pourra engager les biens communs qu'avec le consentement exprès de son conjoint (C. civ., art. 1415; Com. 4 févr. 1997, *D.* 1997. 478, note S Piedelièvre).

### 3. Les conditions relatives au bénéficiaire de l'aval

*L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. L'avalisé<sup>o</sup>* (ou bénéficiaire) peut tout aussi bien être le tireur, le tiré accepteur, ou l'un des endosseurs, voire un autre donneur d'aval. *À défaut d'indication du bénéficiaire, l'aval est alors présumé donné pour le tireur* (C. com., art. L. 511-21, al. 6). Cette présomption est irréfragable (Cass., ch. réun., 8 mars 1960, *D.* 1961. 209, note J. Hamel; *JCP* 1960. I. 11616, note R. Roblot). Cette solution est conforme à l'idée que le titre doit se suffire à lui-même. Elle écarte toute incertitude sur la portée des engagements cambiaux.

675 ■

Cette présomption ne s'applique pas lorsque le porteur poursuit le donneur d'aval en se fondant sur les rapports extracambiaux (v. ss 655 s.). La preuve de la personne du bénéficiaire de l'aval peut alors se faire par tout moyen (Com. 13 avr. 1961, *Bull. civ.* III, n° 155, *RTD com.* 1961. 890, obs. Y. Becqué et M. Cabrillac). La Cour de cassation a ainsi admis que la présomption posée par l'article L. 511-21 du Code de commerce doit être écartée lorsque l'aval donné sur la lettre de change a été réitéré par un acte séparé comportant l'indication du nom du bénéficiaire (Com. 13 avr. 1961, préc.).

## B. Les effets de l'aval

*Les effets de l'aval sont indépendants de sa forme.* Qu'il soit donné sur la lettre de change, sur une allonge ou par acte séparé, il crée des obligations cambiales à la charge du donneur d'aval. Mais, en cas d'aval par acte séparé, ces obligations se limitent à la personne à qui le donneur d'aval a promis sa garantie (1). Lorsqu'il a payé au lieu et place du bénéficiaire, le donneur d'aval dispose de plusieurs recours (2).

676 ■

### 1. L'étendue de l'engagement cambial du donneur d'aval

*L'aval est à la fois un cautionnement et un engagement cambial.* Ce dualisme explique les obligations pesant sur le donneur d'aval. Ainsi :

677 ■

– *en sa qualité de caution solidaire*: le donneur d'aval ne peut invoquer ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division. Mais, compte tenu du caractère accessoire de son engagement, il peut opposer au porteur les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. Notamment, le donneur d'aval peut se prévaloir de la négligence du porteur qui n'a pas dressé, en temps utile, un protêt à la suite du refus de paiement du tiré. Il peut également se prévaloir de la prescription que pourrait invoquer le débiteur garanti (Com. 8 mars 1971, *Bull. civ.* IV, n° 70);

– *en sa qualité de débiteur cambial*: le donneur d'aval ne peut pas opposer au porteur de bonne foi les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'encontre d'un autre signataire. En outre, lorsque la lettre de change a été acceptée, il ne peut opposer le défaut de provision, sauf à en faire lui-même la preuve (Com. 1<sup>er</sup> avr. 2014, *D.* 2014. 1253, notes A.-C. Rouaud et A. Boujeka).

Plus généralement, la Cour de cassation rappelle régulièrement que l'aval « constitue un engagement cambial gouverné par les règles propres du droit du change » de sorte que l'avaliste ne peut bénéficier des règles protectrices applicables



en faveur de la caution, notamment celles de l'article L. 341-4 du Code de la consommation relatives au cautionnement disproportionné (Com. 5 juin 2012, *RTD com.* 2012. 603, obs. D. Legeais ; *adde* : CJUE 14 mars 2013 : *Rev. sociétés* 2014. 243, note T. Mastrullo ; *RTD com.* 2013. 379, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast). La nature cambiaria de l'aval explique également que l'engagement du donneur d'aval demeure valable alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme, à moins bien sûr de démontrer la mauvaise foi du porteur (C. com., art. L. 511-21, al. 8 s.).

## 2. Les recours du donneur d'aval

■ 678

*Le donneur d'aval n'est jamais tenu du règlement définitif de la lettre de change.* Il en est simplement garant. De ce fait, lorsqu'il paie la lettre de change, il dispose de deux séries de recours :

*1<sup>re</sup> série de recours : les recours de droit commun* prévus par le droit du cautionnement. Ils sont au nombre de deux :

- le donneur d'aval a une *action personnelle* en remboursement fondée sur ses rapports personnels avec le débiteur (C. civ., art. 2305) ;

- le donneur d'aval a également une *action subrogatoire* (C. civ., 2306). Ce recours subrogatoire ne peut s'exercer qu'à hauteur des sommes effectivement payées au créancier. Mais, la caution bénéficie des sûretés et des accessoires de la créance qui étaient ceux du créancier. Le donneur d'aval est ainsi subrogé dans la créance cambiaria du porteur contre l'avalisé et doit bénéficier par conséquent des mêmes garanties. Toutefois, comme il est subrogé dans les droits du créancier, il peut lui être opposé les exceptions opposables à ce dernier ;

*2<sup>de</sup> série de recours : les recours cambiaries* prévus par l'article L. 511-21, alinéa 9 du Code de commerce. Le donneur d'aval acquiert les droits résultant de la lettre de change contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change (C. com., art. L. 511-21, al. 9). À titre d'exemple, l'avaliste du tireur qui a payé le porteur acquiert les droits résultant du titre contre le tireur et contre les autres débiteurs cambiaries. Lorsqu'il agit contre les débiteurs cambiaries de l'avalisé, le donneur d'aval acquiert un « droit propre et personnel » comparable à celui qu'acquiert le porteur de bonne foi en endossant la lettre de change (Com. 23 nov. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 393). Par conséquent, il bénéficie de l'inopposabilité des exceptions, ce qui interdit à la personne poursuivie de lui opposer les exceptions qu'elle aurait pu opposer à l'avalisé.

## section 3

# Le paiement de la lettre de change relevé

■ 679

Les recours attachés à la lettre de change-papier ne sont que partiellement applicables au recouvrement de la lettre de change relevé. Il existe aujourd'hui deux formes de lettre de change relevé : la *lettre de change relevé-papier*<sup>o</sup> et la *lettre de change relevé-magnétique*<sup>o</sup>.

La lettre de change relevé-papier est un effet de commerce dont le règlement s'effectue grâce à des techniques informatiques. Les mentions figurant sur la lettre de

change papier tirée par le tireur ainsi que les coordonnées bancaires du tiré sont inscrites par le banquier du tireur (appelé « présentateur ») sur un support magnétique. La lettre de change relevé-papier comprend nécessairement une *clause de domiciliation*<sup>o</sup>, une *clause de retour sans frais*<sup>o</sup> ainsi qu'une clause d'échéance soit à vue, soit au 5, 10, 15, 20, 25 ou à la fin du mois. Le paiement s'effectue sans présentation du support papier et s'opère de banque à banque.

La lettre de change relevé-magnétique pousse encore plus loin la dématérialisation car tout support papier est éliminé. Le tireur transcrit lui-même sur une bande magnétique les données de la lettre de change relevé. Cette bande est remise au banquier et est traitée par l'ordinateur de compensation. *Cette modification du support matérialisant le titre n'est pas sans conséquence sur la nature juridique de la lettre de change relevé-magnétique.* À la différence de la lettre de change relevé-papier, *elle ne constitue pas un effet de commerce*, ni même une véritable lettre de change. Elle repose sur des mécanismes très proches de ceux qui sont utilisés dans l'avis de prélèvement. Le banquier qui paie une lettre de change relevé-magnétique prélève son montant sur le compte de son client au vu de l'autorisation que ce dernier lui a donnée.

Le processus de paiement de la lettre de change relevé-papier et de la lettre de change-magnétique est identique (§ 1). Les différences n'apparaissent qu'en cas de défaut de paiement car le porteur de la lettre de change relevé-magnétique n'a aucun recours cambiaire (§ 2).

680 ■

## § 1 Le paiement de la lettre de change relevé

Le paiement de la lettre de change relevé s'effectue de banque à banque.

Six jours avant le paiement de la lettre, la banque ayant reçu la bande magnétique la transmet à l'ordinateur de compensation de la Banque de France. Cette dernière va répartir entre chaque banque, et, en fonction de chaque date d'échéance, les lettres de change dues par leurs clients.

Le dernier jour ouvrable avant l'échéance, le banquier domiciliataire envoie à son client un relevé de l'ensemble des lettres de change tirées sur lui. Ce relevé est accompagné d'un bon à payer. Sans réponse de la part du tiré, le banquier domiciliataire ne peut pas payer les lettres de change présentées au paiement car l'absence de renvoi du bon à payer équivaut à un refus de payer du tiré (Com. 24 janv. 1989, *JCP E* 1989. II. 18437).

Si le tiré renvoie le bon à payer dans les six jours ouvrables qui suivent l'échéance de l'effet, le banquier domiciliataire débite aussitôt son compte du montant de la lettre de change. Ce montant est immédiatement viré au banquier présentateur pour que soit crédité le compte du tireur.

681 ■

## § 2 Les conséquences du refus de paiement

Comme il vient de l'être dit, l'absence de renvoi du bon à payer par le tiré, dans les six jours ouvrables qui suivent l'échéance de l'effet, équivaut à un refus de payer (v. ss 681). Ce refus de paiement est transposé sur la bande magnétique par le banquier domiciliataire qui la transmet sans tarder à l'ordinateur de compensation lequel le retournera à la banque du tireur.

682 ■

■ 683

Si, six jours après l'échéance de l'effet, le banquier présentateur ne reçoit aucun avis d'impayé, il doit considérer que la lettre de change est payée. Il lui est d'ailleurs interdit d'accepter le rejet hors délai.

Le banquier domiciliataire qui n'a pas rejeté la lettre de change dans le délai d'usage doit en acquitter le montant au banquier présentateur au lieu et place du tiré, et, ne peut agir contre le tireur-remettant sur le fondement du paiement de l'indu ou sur celui de l'enrichissement sans cause (Com. 4. oct. 1988, *D.* 1987. Somm. 87, obs. M. Cabrillac).

En revanche, si le rejet de l'effet parvient à temps au présentateur, ce dernier adressera à son tour un avis d'impayé à son client et débitera le montant de l'effet si celui-ci avait déjà été crédité par voie d'escompte.

■ 684

Lorsque la lettre de change relevé impayée est une lettre de change relevé-papier, le porteur pourra exercer les recours cambiaires (v. ss 648 s.). En revanche, le porteur d'une lettre de change relevé-magnétique en est privé car il ne s'agit pas d'un effet de commerce (v. ss 679).

Dans tous les cas, les recours extracambiaires au titre de la provision ou de la valeur fournie subsistent (v. ss 655 s.).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

Les signataires de la lettre de change (tireur, endosseurs, donneur d'aval) *sont solidairement tenus au paiement de la lettre de change.*

À échéance, la lettre de change doit être présentée au paiement *par le tireur au tiré.*

*En l'absence de clause « sans frais » ou clause « de retour sans frais », le refus de paiement du tiré doit être constaté par un protêt faute de paiement.*

Le protêt faute de paiement est un acte authentique

Le tireur qui ne présente pas au paiement la lettre de change à son échéance est *un porteur négligent.*

Le porteur négligent perd les recours cambiaux contre les signataires de la lettre de change.

Le porteur négligent peut agir en paiement sur le fondement du droit commun contre son endosseur.

L'action en paiement du porteur contre les signataires de la lettre de change se prescrit par un an.

*En cas d'acceptation, le tiré doit payer la lettre de change même en l'absence de provision.*

L'acceptation emporte *purge des exceptions* : le tiré ne peut opposer au porteur les exceptions qu'il pouvait opposer au tireur et aux différents endosseurs.

Le paiement de la lettre de change peut être *garanti par un aval.*

Le donneur d'aval peut être un tiers ou l'un des signataires de la lettre de change.

*Le donneur d'aval est tenu de la même façon que celui pour qui il s'est porté garant.*

L'aval peut être donné sur la lettre de change elle-même, une allonge ou par un acte séparé.

### Quid

#### ■ Acceptation n° 659

Engagement cambial du tiré de payer le montant de la lettre de change à son échéance sans pouvoir invoquer les exceptions tirées du rapport fondamental (ex. : absence de provision) et de ses rapports personnels avec le tireur ou un autre signataire de la lettre de change.

■ **Allonge n° 672**

Feuille attachée à la lettre de change et destinée à recevoir les endossements qui ne peuvent plus, en raison de leur nombre, être portés sur le corps de la lettre.

■ **Aval n° 670**

Cautionnement solidaire en vertu duquel une personne, appelée « donneur d'aval », « avaliste » ou « avaliseur », s'engage à payer le montant de la lettre de change en cas de défaillance d'un signataire déterminé, appelé « avalisé ».

■ **Avalisé n° 675**

Signataire de la lettre de change dont l'engagement cambiaire de payer la lettre de change à échéance est garanti par un aval.

■ **Avaliseur n° 670**

Donneur d'aval.

■ **Avaliste n° 670**

Donneur d'aval.

■ **Clause de domiciliation n°s 646, 679**

Mention facultative de la lettre de change prévoyant que le paiement sera fait au domicile d'un tiers désigné.

■ **Clause de retour sans frais n°s 651, 667 s., 679**

Mention facultative de la lettre de change qui dispense ou interdit au porteur de dresser protêt en cas de refus de paiement ou d'acceptation du tiré. Appelée également clause « sans frais » ou clause « sans protêt ».

■ **Clause sans protêt n°s 651, 667**

Mention facultative de la lettre de change qui dispense ou interdit au porteur de dresser protêt en cas de refus de paiement ou d'acceptation du tiré. Appelée également clause « sans frais » ou clause « de retour sans frais ».

■ **Donneur d'aval n° 670**

Caution solidaire, appelée aussi « avaliste » ou « avaliseur », garantissant le paiement d'une lettre de change à son échéance en cas de défaillance d'un signataire déterminée, appelé « avalisé ».

■ **Lettre de change relevé-magnétique n° 679**

Lettre de change émise sur un support magnétique dont le règlement s'effectue de banque à banque au moyen de techniques informatiques.

■ **Lettre de change relevé-papier n° 679**

Lettre de change émise sur un support papier mais dont le règlement s'effectue de banque à banque au moyen de techniques informatiques.

■ **Porteur négligent n° 650**

Porteur qui n'a pas respecté les délais pour établir un protêt pour faute de paiement.

■ **Protêt faute d'acceptation n° 667**

Protêt constatant le refus d'acceptation d'une lettre de change par le tiré.

■ **Protêt faute de paiement n° 649**

Protêt constatant le refus de paiement d'une lettre de change échue par le tiré.

■ **Recours cambiaux n° 648**

Recours du porteur, ayant établi protêt, contre les signataires de la lettre de change.

■ **Traite *pro forma* n° 661**

Lettre de change dont une des mentions interdit sa présentation par le porteur à l'acceptation du tiré.

■ **Valeur fournie n° 657**

Créance du bénéficiaire d'un effet de commerce (lettre de change, chèque) contre le tireur.

## Documents

### 1) Paiement de la lettre de change à échéance et solidarité cambiaire

Com. 20 févr. 2007 (extraits)

(D. 2007. AJ 865, note X. Delpech ; *RTD com.* 2007. 422, obs. D. Legeais)

« Mais attendu que, sauf convention contraire, le tireur d'une lettre de change acceptée, tenu par sa signature cambiaire d'une obligation indépendante, ne peut opposer au porteur la non exécution du titre obtenu par ce dernier contre le tiré ».

### 2) Prorogation de l'échéance de la lettre de change par le porteur sans le consentement du tireur

Com. 20 nov. 1990

(*RTD com.* 1990. 72, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié)

« Mais attendu, en premier lieu, que retenant que la banque avait accordé aux tirés un report d'échéance sans en référer au tireur, modifiant ainsi les dates fixées dans les lettres de change, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit qu'elle s'était privée du recours cambiaire contre les tireurs des effets qui ne peuvent être tenus que dans les termes du titre auquel ils ont souscrit ; que la cour d'appel a, ainsi, en les écartant, répondu aux conclusions invoquées ».

## Biblio

### 1) Sur l'acceptation de la lettre de change par le tiré

- M. Chanteux-Bui, « Le refus d'accepter une lettre de change », *RTD com.* 1978. 707 s.

## 2) Sur l'aval de la lettre de change

- J. Calvo, « L'aval anonyme des lettres de change », *LPA* 28 déc. 1990. 6 s.
- D. Gibirila, « De la difficulté de combiner les règles propres de l'aval et celle du droit commun du cautionnement », *LPA* 7 juin 1996. 24 s.
- N. Montout-Roussy, « La situation juridique du donneur d'aval », *D.* 1974. Chron. 197.

## 3) Sur la lettre de change relevé

- E. Chvika, « Du déclin de la négociabilité des instruments de paiement et de crédit », *D.* 2000. 615 s.
- P. Leclercq et Y. Gérard, « L'évolution du droit des effets de commerce sous l'influence de l'informatique », *RD bancaire et bourse* 1989. 153 s.
- M. Szulman, « La LCR magnétique, enfin une véritable lettre de change ? », *Banque et Droit* 2000. n° 74. 10.
- M. Vasseur, « La lettre de change relevé », *RTD com.* 1975. 203 s.

# Quiz

## 1) Sujets corrigés

### Cas pratiques

#### Énoncé n° 1

Le 8 mars, M. Laflor a tiré sur la société Ortansia une lettre de change qui a été endossée, le même jour, à l'ordre de la société P'tit Mimose. La société Ortansia a accepté la lettre de change par une lettre en date du 13 mars. À l'échéance, le tiré a refusé de régler le montant de l'effet présenté par la société P'tit Mimose au motif que M. Laflor n'avait toujours pas constitué la provision. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

#### Énoncé n° 2

La société Beaubine a transmis par endossement à la société Filasoï une lettre de change tirée sur la société Nilon par la société Laipingle. Cette lettre de change comprend une clause de domiciliation selon laquelle la lettre de change est payable auprès de la banque Leurvet. La lettre de change comporte également une clause sans frais. À échéance, la société Filasoï a présenté la lettre de change à la banque Leurvet qui lui en a refusé le paiement sur l'ordre du gérant de la société Nilon. La société Filasoï a immédiatement agi en paiement contre la société Laipingle qui lui reproche cependant de ne pas avoir dressé protêt. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

#### Énoncé n° 3

La société Azur a tiré sur la société Bleuroz une lettre de change. M. Carmin, gérant de la société Bleuroz, a accepté de s'en porter garant par la voie d'un aval. L'aval a été donné par acte séparé et sans indication du nom du bénéficiaire. La lettre de change a

été endossée à l'ordre de M. Brun puis à celui de la société Prune. La société Bleuroz a refusé de régler la lettre de change. *Quels sont les recours du porteur ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

#### Énoncé n° 4

Le 17 septembre, la banque Simono a escompté deux lettres de change remises par la société Ordi-Rouen. Les traites, dont l'échéance est fixée au 28 octobre, ont été tirées par la société Ordi-Rouen sur deux de ses fournisseurs : les sociétés Logiciel et Info-Plus. La société Info-Plus a renvoyé, par retour de courrier, son acceptation sans réserve. L'acceptation a été portée par le gérant qui a apposé sa signature au recto de la lettre de change, suivie de la mention « bon pour acceptation ». La société Logiciel a, en revanche, refusé toute acceptation. Mais, à la demande de la banque Simono, son gérant a donné son aval en apposant au recto de la lettre de change les mentions suivantes : le nom de la société en qualité de bénéficiaire, sa signature, sa qualité de gérant et la mention « Fait, à Fécamp, le 22 septembre ».

Le 5 octobre, la société Logiciel a été mise en redressement judiciaire. Le 29 octobre, la banque Simono a présenté à la société Info-Plus la lettre de change qui en a refusé le règlement. Elle vient en effet de s'apercevoir que la société Ordi-Rouen n'a pas signé la lettre de change mais s'est limitée à y apposer ses initiales. *Quelles sont les chances de paiement de la banque Simono ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Cas pratique n° 1

En acceptant la lettre de change, le tiré s'engage à la payer à échéance. Cette obligation s'applique même si le tireur n'a pas constitué la provision entre ses mains. Par ses effets, l'acceptation est donc un acte grave. C'est pourquoi, sa validité est subordonnée au respect de conditions de forme. Parmi celles-ci, l'article L. 511-17 du Code de commerce impose que l'acceptation soit portée directement sur la lettre de change par le mot « accepté » ou toute autre formule équivalente. En l'espèce, cette exigence n'a pas été respectée puisque l'acceptation a été donnée par un acte séparé. L'acceptation est donc irrégulière en la forme, et, le tiré n'est tenu d'aucun engagement cambiaire (Com. 22 févr. 1954, *RTD com.* 1954. 367, obs. Y. Becqué et M. Cabrillac). Il peut par conséquent opposer au porteur l'exception tirée du défaut de provision.

### Cas pratique n° 2

La clause de domiciliation est une mention facultative par laquelle il est convenu que le paiement de la lettre de change sera demandé auprès d'un tiers, dit « domiciliataire », qui est le plus souvent le banquier du tiré. La demande de paiement adressée à la banque Leurvet est donc parfaitement justifiée. Il est précisé que la banque Leurvet a refusé de payer sur ordre du gérant de la société Nilon. Selon la jurisprudence, le banquier domiciliataire ne peut payer à première demande les lettres de change qui lui sont présentées car la clause de domiciliation ne vaut pas par elle-même mandat de payer, même si la lettre de change a été acceptée. Pour que le paiement fait par le



domiciliaire soit opposable au tiré, il faut que ce dernier lui adresse un avis spécial lui donnant ordre de payer la lettre de change (Com. 8 juill. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 221).

La lettre de change comporte également une clause sans frais, appelée aussi « clause de retour sans frais » ou « clause sans protêt ». Cette clause, qui est facultative mais aujourd'hui apposée sur la plupart des lettres de change, dispense le porteur d'avoir à dresser protêt en cas de refus de paiement du tiré lors de la présentation de la lettre de change. En l'occurrence, la société Filasoï pouvait donc exercer ses recours cambiaires immédiatement contre les signataires de la lettre de change, c'est-à-dire la société Beaubine, en qualité d'endosseur, et, la société Laipingle, en qualité de tireur. Les signataires de la lettre de change sont solidairement tenus de son paiement, sans que le porteur ait besoin de respecter un ordre de paiement déterminé.

### Cas pratique n° 3

Le porteur (en l'occurrence, la société Prune) doit en premier lieu dresser un protêt faute de paiement. À défaut, le porteur serait considéré comme un porteur négligent et serait privé de ses recours cambiaires contre les différents signataires de la lettre de change impayée (C. com., art. L. 511-49, I).

En vertu du principe de solidarité cambiaire, le porteur peut demander paiement du montant de la lettre de change soit à l'un quelconque, soit à l'ensemble des signataires (C. com., art. L. 511-44). Mais, en l'espèce, la société Prune peut-elle également agir contre le donneur d'aval ? Ceci oblige à s'interroger sur la validité de l'aval donné par acte séparé. Cette validité est reconnue par l'article L. 521-21, alinéa 3, du Code de commerce. L'aval par acte séparé a la même valeur que celui donné sur la lettre de change ou sur une allonge.

L'aval ne comporte aucune indication quant à la personne de l'avalisé, c'est-à-dire du signataire de la lettre de change dont l'engagement est cautionné. L'aval sans indication du nom du bénéficiaire est-il valable ? Aux termes de l'article L. 511-21, alinéa 6, du Code de commerce l'aval doit en principe indiquer pour le compte de qui il est donné. Mais, ce texte prévoit immédiatement un mécanisme de suppléance : à défaut de cette indication, l'aval est réputé donné pour le tireur. Cette présomption est irréfragable (Ch. réun. 8 mars 1960, *D.* 1961. 209, note J. Hamel). L'aval donné sans indication du nom du bénéficiaire n'est donc pas nul. Le porteur peut agir contre le donneur d'aval en paiement de la lettre de change. Toutefois, l'article L. 521-21, alinéa 7, du Code de commerce précise que « le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant ». Ce principe se justifie par le caractère accessoire de l'aval qui est un cautionnement. Il s'ensuit que le donneur d'aval pourra opposer au porteur les exceptions nées de ses rapports personnels avec le tireur ou bien encore celles affectant la validité de la lettre de change, notamment si une mention obligatoire a été omise. Il peut également lui opposer la prescription de l'action cambiaire qui doit être exercée dans le délai d'un an à compter de l'établissement du protêt. Il pourrait également lui opposer sa négligence s'il n'a pas fait dresser protêt.

### Cas pratique n° 4

La banque Simono a escompté deux lettres de change dont l'une a été acceptée (I) et l'autre avalisée par le gérant de la société sur laquelle elle a été tirée (II).

## I. Recours en paiement de la lettre de change acceptée

En acceptant la lettre de change, le tiré s'est engagé dans les liens du change. Cet engagement lui interdit de refuser le paiement de la lettre de change à échéance. Mais, ce principe ne s'applique qu'à la condition que l'acceptation soit elle-même régulière en la forme. L'acceptation a été donnée par le gérant qui a apposé sa signature au recto de la lettre de change. Est-ce suffisant ? Les conditions de forme régissant la validité de l'acceptation sont définies par l'article L. 511-17 du Code de commerce. Ce texte dispose que « L'acceptation est écrite sur la lettre de change. Elle est exprimée par le mot « accepté » ou tout autre formule équivalente et est signée du tiré. La simple signature du tiré apposée au recto de la lettre vaut acceptation ». En l'espèce, la signature du gérant a été portée au recto de la lettre de change, et, est suivie de la mention « bon pour acceptation ». Ceci suffit à établir l'acceptation du tiré en application de l'article L. 511-17. En outre, le gérant a le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers en vertu du pouvoir de représentation légale dont il est investi.

Mais, si l'acceptation est régulière en la forme, la société a néanmoins opposé l'irrégularité formelle de la lettre de change. Normalement, l'acceptation interdit au tiré de se prévaloir des exceptions tirées du rapport fondamental à l'origine de la création de la lettre de change. Mais le principe de l'inopposabilité des exceptions, n'interdit pas au tiré d'opposer au tireur l'irrégularité formelle de la lettre de change, même s'il a accepté la lettre de change. L'omission d'une mention obligatoire est une exception toujours opposable au porteur, même s'il est de bonne foi. Il s'agit là d'une conséquence du formalisme cambiaire. Or, la signature du tireur est une mention obligatoire de la lettre de change. Elle doit être portée directement sur le titre mais peut être manuscrite ou être apposée par tout procédé mécanique. Ici, seules figurent sur le corps de la lettre de change les initiales du tireur, ce qui ne constitue pas une signature. L'exigence de la signature du tireur doit en effet être interprétée strictement. La lettre de change est donc irrégulière. Mais, lorsque la lettre de change irrégulière a été acceptée par le tiré, elle peut justifier de l'existence d'une obligation à la charge du tiré selon le droit commun (Com. 18 nov. 1997. *D.* 1999. 174, note P. Rossi).

L'irrégularité formelle de la lettre de change peut en outre être opposée au porteur par tous les autres signataires de la lettre de change, y compris le tireur. Mais, si les recours cambiaires sont impossibles en raison de l'irrégularité du titre, le porteur peut agir contre le tireur au titre de la valeur fournie. La valeur fournie correspond à la créance détenue par le bénéficiaire de la lettre de change contre le tireur (en l'espèce, le contrat d'escompte). L'action exercée est alors une action extracambiaire dont l'exercice est soumis au droit commun.

## II. Recours en paiement de la lettre de change avalisée

La société Info-Plus a refusé d'accepter la lettre de change tirée sur elle. Le refus d'acceptation du tiré rend immédiatement exigible la créance du tireur contre le tiré mais il laisse en revanche subsister l'échéance de la lettre de change (C. com., art. L. 511-15). Le porteur dispose donc d'une alternative. Il peut décider d'exercer ses recours cambiaires contre les signataires de la lettre de change, ou, au contraire attendre l'échéance (C. com., art. L. 511-38). Mais, quel que soit son choix, il doit dresser un protêt faute d'acceptation (C. com., art. L. 511-39). Les signataires de la

lettre de change sont ici au nombre de deux : le tireur (la société Ordi-Rouen) et le donneur d'aval (le gérant de la société Info-Plus). La banque Simono peut décider de poursuivre seulement l'un d'entre eux, ou, de les poursuivre tous les deux en vertu du principe de solidarité cambiaire posé par l'article L. 511-49 du Code de commerce.

L'aval donné par le gérant de la société Info-Plus est en l'espèce valable en la forme. Conformément aux exigences posées par l'article L. 511-21, l'aval donné résulte de la signature du donneur d'aval apposée au recto de la lettre de change, et, comprend le nom du bénéficiaire avalisé (la société Info-Plus) ainsi que le lieu où il est intervenu. Il est à noter que cette dernière mention n'était pas nécessaire. Elle n'est en effet exigée que lorsque l'aval est donné par acte séparé (C. com., art. L. 511-21, al. 2). Néanmoins, le recours contre le donneur d'aval est ici aléatoire. Ce dernier s'est en effet engagé à garantir l'engagement du tiré. Or, la société Info-Plus a été mise en redressement judiciaire. En définitive, le succès de l'action en paiement du porteur contre le donneur d'aval dépendra de la date à laquelle elle a été exercée. Deux hypothèses doivent être distinguées.

*1<sup>re</sup> hypothèse* : si la demande en paiement a été présentée avant l'ouverture du redressement judiciaire de la société Info-Plus, le donneur d'aval doit payer le montant de la lettre de change sans pouvoir invoquer le bénéfice de division ou de discussion. L'aval est en effet un cautionnement solidaire. En revanche, il peut opposer au porteur les exceptions que l'avalisé pouvait lui opposer, ainsi que ses propres exceptions. En l'espèce, de telles exceptions ne semblent pas exister. Par conséquent, si le recours contre le gérant de la société Info-Plus est présenté avant la cessation des paiements du bénéficiaire de l'aval, celui-ci devra payer le montant de la lettre de change.

Quand il paie la lettre de change, le donneur d'aval acquiert les droits résultant de la lettre de change contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change (C. com., art. L. 511-21, al. 9). En vertu de cette règle, le gérant peut donc se retourner contre la société Info-Plus pour obtenir le paiement de la lettre de change, si la provision a été constituée par le tireur entre ses mains. Mais, on peut ici craindre que ce recours ne soit exercé alors que le tiré garanti est déjà en redressement judiciaire. L'ouverture de cette procédure oblige le donneur d'aval à déclarer sa créance à la procédure car elle s'analyse en une créance antérieure au jugement d'ouverture. Son action est en outre paralysée par l'arrêt des poursuites individuelles prévu par l'article L. 622-21 du Code de commerce, applicable sur renvoi de l'article L. 631-14 à la procédure de redressement judiciaire (v. ss chapitre 8). En revanche, il n'a aucune action contre le tireur. Celui-ci n'est pas en effet tenu envers le tiré en vertu de la lettre de change. De fait, le donneur d'aval ne dispose d'une action récursoire qu'à l'encontre du tiré, qui est ici le débiteur garanti.

*2<sup>de</sup> hypothèse* : si le recours du porteur contre le donneur d'aval est exercé après le jugement d'ouverture du tiré, il est paralysé par le principe de suspension des poursuites qui, aux termes de l'article L. 622-28, alinéa 2, du Code de commerce, bénéficie également aux personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle. En l'espèce, l'aval est assimilé à un cautionnement. Il constitue donc une sûreté personnelle. En outre, l'aval a été donné par une personne physique (le gérant de la société Info-Plus).

Si ce scénario se réalisait, la banque Simono serait confrontée à une alternative. *Soit* s'armer de patience et attendre l'issue de la procédure de redressement judiciaire car, d'une part, la suspension des poursuites contre les personnes physiques coobligées ou

« garants » cesse à compter de l'adoption d'un plan de redressement (art. L. 622-28, al. 2 sur renvoi art. L. 633-14, al. 1<sup>er</sup>), et, d'autre part, les coobligés et les garants ne peuvent pas invoquer à leur bénéfice les remises de dette ou les délais de paiement prévus en faveur du débiteur dans le plan (C. com., art. L. 531-20). Il s'agit là d'une différence essentielle avec le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-11 ; v. ss chapitre 12). *Soit* ne pas attendre et agir en paiement de la lettre de change contre le tireur, dans le délai d'un an à compter de la date du protêt (C. com., art. L. 511-78). Si son recours cambiaire était éteint, elle conserverait une action extracambiaire au titre de la valeur fournie lui permettant d'obtenir le remboursement du crédit consenti à la société Ordi-Rouen, lors de l'escompte.

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1022714335:88866152:196.200.176.177:1581011625

ch a p i t r e



# La cession de créances professionnelles par bordereau « Dailly »

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1022714335:88866152:196.200.176.77:581011625

## Plan analytique

### section 1

#### Les conditions de la cession de créances professionnelles

- § 1 Le formalisme du bordereau de cession de créances professionnelles
  - A. Les mentions obligatoires
  - B. La sanction du formalisme
- § 2 Les conditions relatives au cédant, cessionnaire et débiteur cédé
- § 3 Les créances transmissibles
  - A. Le caractère professionnel de la créance
  - B. Les créances à terme et les créances futures

### section 2

#### Les effets de la cession de créances professionnelles

- § 1 Les effets de la cession entre les parties
  - A. La transmission de la propriété des créances cédées
  - B. La garantie due par le cédant
- § 2 Les effets de la cession à l'égard du débiteur cédé
  - A. Les effets de la cession en l'absence de notification
  - B. Les effets de la cession notifiée au débiteur cédé
  - C. L'acceptation de la cession par le débiteur cédé
- § 3 Le recouvrement des créances cédées

#### Compléments pédagogiques

## La cession de créances professionnelles par bordereau « Dailly »

La cession de créances professionnelles (plus connue sous le nom de cession « Dailly » du nom du sénateur à l'origine de la proposition de loi adoptée le 2 janvier 1981) est un nouvel instrument de crédit auquel la Cour de cassation a refusé la qualification d'effet de commerce (Com. 15 déc. 1992, *RTD com.* 1993. 346, obs. M. Cabrillac et B. Teyslié).

685 ■

À la différence de la lettre de change et des autres effets de commerce, la cession par bordereau « Dailly » permet à une entreprise, souhaitant obtenir du crédit, de *transférer globalement* (donc « en bloc et en un seul acte ») ses créances à terme sans à avoir à respecter le formalisme lourd et pointilleux de l'article 1690 du Code civil. Pour les établissements bancaires, la cession de créances professionnelles présente l'indéniable avantage de simplifier l'opération d'escompte, en permettant l'escompte d'un ensemble de créances, et non plus comme en matière de lettre de change, d'une créance unique.

Le *bordereau de cession (de créances professionnelles)*<sup>o</sup>, dit « Dailly », est un écrit par lequel une personne, appelée « cédant », transfère à un établissement de crédit, dénommé « cessionnaire », la propriété des créances professionnelles afin de garantir un crédit consenti au cédant par le cessionnaire. En d'autres termes, la cession par bordereau « Dailly » permet au cédant de transmettre, dans un seul et même acte, à l'établissement de crédit cessionnaire un ensemble de créances détenues sur plusieurs débiteurs (dits « débiteurs cédés ») et dont les échéances sont différentes.

686 ■

Les dispositions de la loi du 2 janvier 1981 sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier. Elles définissent non seulement les modalités de la cession des créances professionnelles mais aussi leur nantissement. Cependant, si la cession par bordereau « Dailly » a rencontré en pratique un vif succès, le nantissement de ces mêmes créances est beaucoup plus rare. Ceci s'explique par le fait que la cession de créances professionnelles peut être utilisée soit, à titre d'escompte, soit à titre de garantie. On parlera alors de « *cession fiduciaire*<sup>o</sup> ».

687 ■

Dans la *cession à titre d'escompte*<sup>o</sup>, l'établissement de crédit cessionnaire avance au cédant le montant des créances dont la propriété lui est transférée et dont le paiement contribuera à assurer le remboursement.

Dans la *cession à titre de garantie*<sup>o</sup> (ou *cession fiduciaire*), les créances sont transmises pour garantir le remboursement d'un prêt ou d'un crédit quelconque consenti au cédant par l'établissement de crédit cessionnaire. Il y a ainsi deux contrats : l'un de prêt, qui devra être remboursé par le client à l'échéance, l'autre de cession de créances affecté au remboursement du prêt accordé. La transmission de la créance s'opère à titre temporaire, et donc provisoire. Elle doit en effet être restituée au cédant dès le paiement de la créance garantie (Com. 22 nov. 2005 : v. « Documents »). Cet effet translatif s'opère dès la conclusion du contrat de cession fiduciaire. En cas de procédure collective du cédant, il s'ensuit donc que le cessionnaire peut



demander au débiteur cédé paiement de la créance dès lors qu'elle n'a pas été payée à son échéance (Com. 22 nov. 2005, préc., v. ss « Documents »).

■ 688

Notre étude se limitera à la seule cession par bordereau « Dailly » en examinant successivement ses conditions (section 1) et ses effets (section 2).

## section 1

# Les conditions de la cession de créances professionnelles

■ 689

Le bordereau « Dailly » est un titre soumis à un strict formalisme (§ 1) dont le cessionnaire ne peut être qu'un établissement de crédit (§ 2). La cession par bordereau « Dailly » est en effet une opération bancaire qui ne peut porter que sur des créances ayant un caractère professionnel (§ 3).

## § 1 Le formalisme du bordereau de cession de créances professionnelles

■ 690

L'acte de cession de créances professionnelles doit revêtir la forme d'un écrit, appelé « *bordereau de cession de créances professionnelles*<sup>o</sup> », sur lequel doit figurer un certain nombre de mentions obligatoires (A), dont l'omission est sanctionnée par la nullité du titre (B).

### A. Les mentions obligatoires

■ 691

Les mentions obligatoires devant figurer sur le bordereau sont énumérées par l'article L. 313-23, et, l'article L. 313-25 du Code monétaire et financier.

Elles sont les suivantes :

– la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » : cette première mention est interprétée strictement en jurisprudence. La Cour de cassation a notamment refusé la qualification de « cession de créances professionnelles » au bordereau improprement intitulé « acte de cession de créances de la loi Dailly » et comportant une erreur sur la date de la loi du 2 janvier 1981 (Com. 11 juill. 2000, *RTD com.* 2000. 993, obs. Cabrillac) ;

– la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier ;

– le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit auquel les créances sont cédées : *le bordereau ne peut par conséquent être établi au porteur*, cependant il peut être stipulé à ordre (C. mon. fin., art. L. 313-25, al. 1<sup>er</sup> *in fine*) mais il n'est alors transmissible qu'à un autre établissement de crédit (C. mon. fin., art. L. 313-26) ;

– la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou individualisation, notamment par

l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou leur évaluation, et, s'il y a lieu, de leur échéance ;

– la signature du cédant sur le bordereau qui peut être apposée soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit (C. mon. fin., art. L. 313-25, al. 1<sup>er</sup>). Le bordereau peut aussi être signé par un préposé mandataire du cédant (Paris, 12 sept. 2000, *RTD com.* 2001. 204, obs. M. Cabrillac). Dans l'hypothèse où le préposé n'aurait pas reçu délégation, la validité de la cession ne peut être contestée. Elle est seulement inopposable au cédant qui est donc seul à pouvoir l'invoquer (Com. 26 mai 2010, *D.* 2010. 1476, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2010. 759, obs. D. Legeais). En revanche, *la signature du débiteur cédé n'est pas nécessaire, sauf lorsqu'il accepte une ou plusieurs créances contenues dans le bordereau* (C. mon. fin., art. L. 313-29 ; v. ss 713 s.) ;

– la date de création du bordereau. *Cette date est apposée par le cessionnaire lors de sa remise par le cédant* (C. mon. fin., art. L. 313-25, al. 2, L. 313-27 al. 1<sup>er</sup>). En cas de contestation, il peut rapporter, par tous moyens, l'exactitude de la date portée sur le bordereau (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 4) ;

En l'absence de date, l'établissement de crédit cessionnaire ne peut alors se fonder sur le bordereau pour réclamer paiement des créances qui lui ont été transmises (Com. 7 mars 1995, *RTD com.* 1995. 632, obs. M. Cabrillac). Il en va de même lorsque la date apposée est inexacte (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, *RTD com.* 2010. 760, obs. D. Legeais). La jurisprudence considère en outre que l'inopposabilité du transfert à l'égard des tiers et du débiteur cédé ne peut pas être suppléée par le cessionnaire en notifiant la cession au débiteur cédé ou en lui demandant de l'accepter (Com. 8 févr. 2000, *D.* 2001. 567, obs. J.-P. Chazal).

Depuis la loi du 24 janvier 1984, la transmission des créances peut être effectuée par un *procédé informatique*.

En ce cas, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier prévoit que le bordereau doit comporter, *comme le bordereau-papier* :

- la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » ;
- la mention selon laquelle l'acte est soumis aux dispositions du Code monétaire et financier ;
- ainsi que le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit cessionnaire.

Mais, à la différence du *bordereau-papier*, le bordereau informatique peut se borner à indiquer le moyen par lequel les créances sont transférées, leur nombre et leur montant global. En cas de contestation portant sur l'existence ou la transmission d'une de ces créances, le cessionnaire pourra prouver par tous moyens, que la créance objet de la contestation est comprise dans le montant global porté sur le bordereau (C. mon. fin., art. L. 313-23 al. 5 *in fine*).

## B. La sanction du formalisme

À l'image des solutions posées pour les effets de commerce (v. ss 609 s.), le titre sur lequel une des mentions obligatoires fait défaut ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles (C. mon. fin., art. L. 313-23, al. 6 ; En ce sens : Com. 3 oct. 2006, *D.* 2007. Pan. 764, obs. D.-R Martin ; *JCP E* 2007. 1679, obs. J. Stoufflet). Cette solution s'applique aussi bien au bordereau-papier qu'au bordereau électronique (Com. 20 févr. 2007, *D.* 2007. AJ 793, obs. X. Delpech, *RTD com.* 2007. 423, obs. D. Legeais).

692 ■

693 ■

Cette nullité n'affecte cependant que le titre. Elle ne remet pas en cause la cession entre les parties. Le bordereau incomplet vaut en principe cession de droit commun (Rouen 6 mars 1986, *D.* 1988. Somm. 279, obs. M. Vasseur). Cependant cette cession est inopposable aux tiers, et notamment au débiteur cédé (Com. 16 oct. 2007, *JCP E* 2008. 1104, note Gangi). L'opposabilité du titre incomplet devra par conséquent se faire en respectant les formalités prévues par l'article 1690 du Code civil (Com. 9 avr. 1991, *RTD com.* 1991. 421, obs. M. Cabrillac et B. Teysié).

## § 2 Les conditions relatives aux cédant, cessionnaire et débiteur cédé

■ 694 *Le cessionnaire est nécessairement un établissement de crédit* (C. mon. fin., art. L. 313-23, al. 1<sup>er</sup>). En revanche, le cédant peut être soit une personne morale de droit privé ou de droit public, soit une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle (C. mon. fin., art. L. 313-23, al. 1<sup>er</sup>). L'exigence que la créance cédée soit née à l'occasion d'une activité professionnelle est propre aux personnes physiques. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger que lorsque le cédant est une personne morale, il n'y a pas lieu de vérifier que la créance est née dans l'exercice de son activité professionnelle (Com. 3 janv. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 3, *RJDA* 1996, n° 527).

■ 695 Le débiteur cédé peut également être une personne morale de droit privé ou de droit public. Dans ce dernier cas, le Conseil d'État a précisé que la cession pouvait porter sur toute créance détenue sur une personne morale de droit public, quelle que soit la nature (contractuelle ou délictuelle) de cette créance (CE 7 avr. 2004, *JCP E* 2004. Pan. 611).

Le débiteur cédé peut aussi être une personne physique (C. mon. fin., art. L. 313-23, al. 1<sup>er</sup>). Toutefois, s'agissant des personnes physiques, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier précise qu'il faut qu'elles soient devenues débitrices dans l'exercice de leur activité professionnelle. Cette exigence s'explique par la possibilité offerte au cessionnaire de demander au débiteur cédé de s'engager dans les mêmes conditions que le cédant par voie d'acceptation (v. ss 713 s.).

## § 3 Les créances transmissibles

■ 696 La cession « Dailly » ne peut porter que sur des créances professionnelles (A). Celles-ci peuvent être des créances futures ou à terme (B).

### A. Le caractère professionnel de la créance

■ 697 Seules des créances professionnelles peuvent être cédées par bordereau « Dailly », sans qu'il y ait lieu pour autant de s'attacher à leur origine contractuelle ou délictuelle. Ce qui importe est que la créance soit née à l'occasion de l'exercice d'une activité professionnelle. À titre d'exemples, tel est le cas d'une créance délictuelle détenue sur une personne morale de droit public (CE 7 avr. 2004 : *JCP E* 2004. Pan. 611) ou d'une créance de TVA (CAA Paris, 28 oct. 1993, *Dr. et patr.* 1994, n° 526).

La transmission de la créance ne peut en revanche être subordonnée à l'agrément ou à l'accord du débiteur cédé (Com. 21 nov. 2000, *D.* 2001. AJ 123, obs. V. Avena-Robardet). Elle ne peut pas non plus être interdite. L'article L. 442-6 du Code de commerce frappe en effet de nullité les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan d'interdire à son cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui (C. com., art. L. 442-6, II, al. 1<sup>er</sup>, c)).

En définitive, *l'intransmissibilité d'une créance professionnelle par bordereau ne peut être prévue que par la loi*. En ce sens, l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance énonce que l'entrepreneur ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché et du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement. Toutefois, la cession est possible lorsque l'entrepreneur principal a obtenu un cautionnement préalable et écrit donné par un établissement spécialisé destiné à garantir le paiement aux sous-traitants (v. ss chapitre 20).

## B. Les créances à terme et les créances futures

La cession par bordereau « Dailly » permet *la mobilisation de créances liquides et exigibles (c'est-à-dire échues : Com. 8 janv. 1991, RJ com. 1993. 190, note F. Fenouillet) mais également à terme ou bien encore futures*. L'article L. 313-23, alinéa 2, du Code monétaire et financier autorise en effet la cession des « créances résultant d'un acte à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés ». La cession « Dailly » constitue donc un procédé de mobilisation plus largement utilisable que l'escompte qui nécessite que le montant et l'échéance soient d'ores et déjà connus. Mais, dans le même temps, la cession « Dailly » peut conduire à la cession de créances fictives, c'est-à-dire inexistantes. Ce type de cession peut être constitutif d'un faux en écriture privée (Crim. 30 mars 1992, *JCP E* 1992. Pan. 1355, obs. M. Véron) ou d'une escroquerie (Crim. 22 févr. 1993, *JCP E* 1994. II. 530, note M. Véron).

Lorsque la cession par bordereau « Dailly » porte sur des créances à naître en exécution d'un contrat à exécution successive, le droit de propriété acquis par le cessionnaire sur ces créances futures n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective du cédant lorsque cette procédure est postérieure à l'acte de cession (v. ss 702 s.). Il peut donc en demander paiement au débiteur cédé au fur et à mesure de leur échéance (Com. 7 déc. 2004 : v. ss « Documents »). La date de naissance de la créance est en effet celle de la date de conclusion du contrat et non la date de son exigibilité (Ch. mixte, 22 nov. 2002, *RTD com.* 2003. 148, obs. D. Legeais). La solution confère à la cession « Dailly » une grande sécurité.

698 ■

699 ■

section **2**

## Les effets de la cession de créances professionnelles

- 700 Une distinction doit être faite entre les effets de la cession entre les parties (§ 1) et ceux qu'elle produit à l'égard du débiteur (§ 2). Il faut en outre s'attacher aux règles gouvernant le recouvrement des créances transmises par bordereau (§ 3).

### § 1 Les effets de la cession entre les parties

- 701 Entre les parties, la cession opère transmission de la propriété des créances (A). À la différence des solutions posées par le droit commun de la cession de créance, leur paiement est garanti de plein droit par le cédant (B).

#### A. La transmission de la propriété des créances cédées

- 702 *La cession de créance transfère automatiquement au cessionnaire la propriété de la créance cédée* (C. mon. fin., art. L. 313-24). Il en va de même lorsque la cession est faite à titre de garantie. L'article L. 313-24 du Code monétaire et financier prévoit en effet que le cessionnaire acquiert la propriété de la créance cédée même lorsque la cession est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix. Mais en ce cas le transfert de propriété n'a pas un caractère définitif. Il a un caractère provisoire jusqu'à ce que la créance garantie par la *cession fiduciaire*<sup>o</sup> ait été payée (Ch. mixte 22 nov. 2002 : *RTD com.* 2003. 148, obs. D. Legeais).
- 703 Le transfert de propriété des créances se réalise *à compter de la date mentionnée sur le bordereau* par le cessionnaire (C. mon. fin., art. L. 313-25, al. 2, L. 313-27, al. 1<sup>er</sup>). À compter de cette date, le cédant ne peut plus modifier, sans l'accord du cessionnaire, l'étendue des droits attachés aux créances transmises (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 2). Il ne peut ainsi accorder des remises de dette ou un report d'échéance au débiteur cédé. (Com. 8 janv. 1991, *RJ com.* 1993. 190, note D. Fenouillet). Par ailleurs, *la remise du bordereau emporte le transfert de plein droit des sûretés garantissant les créances transmises* (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 3). Cette transmission concerne aussi bien les sûretés réelles que les sûretés personnelles. De manière générale, il ne peut être fait échec à cette transmission que si les parties ont décidé d'y déroger par une clause contraire. En outre, la jurisprudence décide qu'en vertu de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, la transmission de la créance emporte également dans son sillage la transmission de la clause de réserve de propriété qui lui est attachée (Com. 15 mars 1988, *Bull. civ.* IV, n° 106). Cette solution se justifie par le fait que la propriété réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement (C. civ., art. 2367, al. 2).
- 704 S'agissant des créances futures, l'efficacité de ce transfert de propriété avait été remise en cause par la Cour de cassation en cas d'ouverture d'une procédure

collective contre le cédant. Dans un arrêt du 26 avril 2000, la Cour de cassation avait en effet considéré que « le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant faisait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement » (Com. 26 avr. 2000, *D.* 2000. 717, note Ch. Larroumet). La solution avait été largement critiquée par la doctrine qui considérait qu'elle contredisait la lettre de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier. Ce texte dispose en effet que la propriété de la créance est acquise de plein droit au cessionnaire à compter de la date portée sur le bordereau de cession, sans qu'il y ait lieu de s'attacher à la date d'exigibilité de la créance cédée.

De fait, la solution retenue conduisait à réintégrer dans le patrimoine du cédant une créance qui en était valablement sortie avant le jugement d'ouverture au seul motif que sa date d'exigibilité était postérieure à celui-ci.

Cette solution critiquable a été abandonnée par la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt du 7 décembre 2004 (Com. 7 déc. 2004 : v. ss « Documents »). Désormais, il est clairement acquis que la créance cédée par bordereau « Dailly » est sortie du patrimoine du cédant à compter de la date portée sur le bordereau et qu'en conséquence « son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date ». Le cessionnaire doit donc être payé par le débiteur cédé sans que les organes de la procédure ouverte contre le cédant ne puissent s'y opposer.

Une solution identique a été posée lorsque la cession par voie de bordereau « Dailly » est réalisée à titre de garantie. Dans un arrêt du 22 novembre 2005, la Chambre commerciale a jugé que « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation de prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la créance cédée ». Son paiement n'est donc pas affecté par l'ouverture de la procédure collective du cédant après la date apposée sur le bordereau (Com. 22 nov. 2005 : v. ss « Documents »). Cette solution vaut pour toutes les créances cédées qu'elle soit présentes ou futures. Peu importe en effet que la date d'exigibilité des créances transmises à titre de garantie soit postérieure à la date d'ouverture de la procédure collective. Tel sera le cas lorsque la cession porte sur des créances à naître en vertu d'un contrat à exécution successive car la date de naissance de la créance correspond à la date de conclusion du contrat et non à la date d'exigibilité de dites créances (Ch. mixte, 22 nov. 2002 : *RTD com.* 2003. 148, obs. D. Legeais).

En l'absence de date, les effets de la cession sont en revanche suspendus. L'établissement de crédit cessionnaire ne peut se fonder sur le bordereau pour réclamer paiement (Com. 7 mars 1995, *RTD com.* 1995. 632, obs. M. Cabrillac), ni suppléer l'absence de date en notifiant la cession au débiteur cédé ou en lui demandant de l'accepter (Com. 8 févr. 2000, *D.* 2001. 567, obs. J.-P. Chazal). Mais, en cas de contestation, le cessionnaire peut rapporter, par tous moyens, l'exactitude de la date portée sur le bordereau (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 4).

## B. La garantie due par le cédant

*Sauf convention contraire, le cessionnaire bénéficie de la garantie solidaire du cédant pour le paiement des créances cédées* (C. mon. fin., art. L. 313-24, al. 2). Ceci constitue une différence essentielle avec les règles gouvernant la cession de créance de droit

705 ■

706 ■

707 ■

commun aux termes desquelles, sauf clause contraire, le cédant n'est pas tenu de garantir la solvabilité du débiteur cédé mais seulement l'existence de la créance cédée (C. civ., art. 1693). En vertu du Code monétaire et financier, le cédant doit donc payer le cessionnaire si le débiteur cédé ne le fait pas.

Conformément au droit commun de la solidarité, le cessionnaire n'aura pas à observer d'ordre dans les poursuites (Paris, 17 avr. 1992, *JCP E* 1992. II. 362, note. D. Legeais), *L'engagement de garantie du cédant n'est donc pas subsidiaire*. Cependant, pour pouvoir agir en garantie contre le cédant, la jurisprudence exige que le cessionnaire établisse qu'il ait fait, au moins, une *demande amiable* de paiement auprès du cédé ou qu'il rapporte la preuve de l'existence d'un événement rendant impossible le paiement de la créance par le débiteur cédé (Com. 18 sept. 2007 : *D.* 2007. AJ 2532, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2007. 821, obs. D. Legeais). En revanche, il n'est pas nécessaire qu'il justifie d'une mise en demeure ou d'une procédure judiciaire demeurée infructueuse (Com. 14 mars 2000, *RTD com.* 2000. 996, obs. M. Cabrillac). Autrement dit, le seul refus de paiement du débiteur cédé (voire l'impossibilité juridique de ce recouvrement auprès du débiteur cédé) suffit pour faire jouer la garantie due par le cédant. Mais il faudra que le cessionnaire fasse la preuve de ce refus (ou de l'impossibilité de recouvrement).

Cette action en garantie sera toutefois mise en échec en cas de procédure collective du débiteur cédé. En présence d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, les personnes physiques coobligées bénéficient en effet du principe de suspension des poursuites. L'article L. 622-28 du Code de commerce prévoit que le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire « suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action en paiement contre les personnes physiques coobligées, ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » (v. ss chapitre 8). En sa qualité de garant solidaire, rien ne semble donc interdire au cédant, à la condition d'être une personne physique, de s'opposer à l'action en paiement dirigée contre lui par le cessionnaire en invoquant à son profit l'existence d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire contre le débiteur cédé.

En revanche, si la procédure ouverte contre le débiteur cédé est une procédure de liquidation judiciaire, l'action en garantie du cessionnaire contre le cédant est possible (v. ss chapitre 13).

## § 2 Les effets de la cession à l'égard du débiteur cédé

- 708 Les effets de la cession de créances réalisée par bordereau varient selon que le cessionnaire a procédé à sa *notification*<sup>o</sup> (B), ou, au contraire a négligé de le faire (A). Mais, les droits du cessionnaire sont renforcés lorsque le débiteur cédé a donné son acceptation à la cession (C).

### A. Les effets de la cession en l'absence de notification

- 709 L'article L. 313-27, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code monétaire et financier dispose que *la cession devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau*. La généralité de ce principe doit être cependant tempérée. S'il produit tous ses effets à l'égard des tiers autres que le débiteur cédé (v. ss chapitre 20), force est en revanche de constater que la

transmission de créance et le changement de créancier qui en résulte ne sont véritablement opposables au débiteur cédé qu'à compter de la notification de la cession par le cessionnaire (v. ss 711). Ceci explique notamment que le paiement fait par le débiteur cédé entre les mains du cédant est libératoire. Car, bien que la créance ait quitté le patrimoine du cédant pour intégrer celui du cessionnaire, l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier prévoit, par une lecture *a contrario*, que le cédant peut recevoir paiement *pour le compte* du cessionnaire. Le paiement fait entre ses mains est reçu en qualité de mandataire chargé du recouvrement et libère par conséquent le débiteur cédé. Les sommes reçues en paiement doivent être remises par le cédant au cessionnaire. À défaut, il peut être pénalement poursuivi pour abus de confiance (Crim. 5 déc. 2001, *RJDA* 2002, n° 800).

L'ensemble de ces solutions ne vaut qu'autant que l'établissement de crédit n'a pas notifié au débiteur la cession de la créance. À compter de la notification, le débiteur ne peut se libérer valablement qu'auprès de l'établissement de crédit cessionnaire (C. mon. fin., art. L. 313-28 ; v. ss 711 s.). La cession lui est désormais opposable. Il ne peut plus légitimement l'ignorer et s'expose dès lors à un double paiement (Com. 11 juill. 2000, *RJDA* 2000, n° 1158).

Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant. *La cession de créances par bordereau n'emporte pas en effet purge des exceptions.*

La créance est ainsi transmise avec les vices qui l'affectent (Com. 30 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 252). Le débiteur peut, par exemple, opposer à la demande en paiement du cessionnaire l'exception d'inexécution de ses engagements par le cédant. Cette exception demeure opposable au cessionnaire même si ce dernier a déclaré sa créance à la procédure du cédant et obtenu son admission définitive (Com. 1<sup>er</sup> avr. 2008, *RTD com.* 2008. 401, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2009. 208, obs. A. Martin-Serf ; *JCP* 2008. I. 198, obs. M. Cabrillac). Le fait que le cessionnaire ne puisse exercer son recours en garantie contre le cédant du fait de l'ouverture d'une procédure collective est un élément indifférent (*sur ce recours* : v. ss 707).

Le débiteur cédé peut aussi opposer au cessionnaire l'extinction de la créance par compensation légale. Soit que les conditions de la compensation légale sont réunies *avant la date de la cession* (Com. 18 juill. 1989, *JCP E* 1991. II. 108, note M. Goré). Soit qu'elles le sont *avant que le cessionnaire n'ait notifié la cession au débiteur cédé*.

La jurisprudence admet que la compensation légale intervenue entre le cédant et le cédé, *avant toute notification*, a le même effet libératoire que le paiement ordinaire et autorise le débiteur cédé à refuser de payer le cessionnaire (Com. 14 déc. 1993, *D.* 1994. 269, note Ch. Larroumet). La solution est critiquable. La compensation légale entre deux créances n'est normalement possible que si celles-ci sont réciproques. Or, cette condition fait défaut à compter de la date de la cession puisque le débiteur cédé devient débiteur du cessionnaire (v. ss 702 s.). *Le fait que la cession ait été ou non notifiée devrait constituer dès lors un élément indifférent.* Pour expliquer l'opposabilité de l'exception de compensation légale au cessionnaire, dont les conditions ont été réunies *après* la date de la cession mais *avant* la notification, il est souvent argué que la compensation est assimilée à un paiement qu'autorise l'article L. 313-28 *a contrario* du Code monétaire et financier (v. ss 709).

710 ■



## B. Les effets de la cession notifiée au débiteur cédé

■ 711

La notification est une défense de payer faite au débiteur cédé par le cessionnaire. Elle peut être faite par tous moyens, notamment par lettre recommandée avec accusé de réception, lettre simple, télex ou fax, mais doit comporter l'ensemble des mentions prévues par l'article 2 du décret du 9 septembre 1981. *La notification n'est cependant qu'une simple faculté pour le cessionnaire.* Ceci explique que la caution du cédant ne puisse par conséquent agir en responsabilité contre le cessionnaire pour ne pas y avoir procédé (Com. 18 nov. 1997, *RTD com.* 1998. 187, obs. M. Cabrillac, Com. 11 déc. 2001, *D.* 2003. Somm. 342, obs. D.-R. Martin).

■ 712

*La notification a pour effet d'emporter révocation du mandat de recouvrement donné au cédant et d'interdire par conséquent au débiteur cédé de le payer dorénavant* (C. mon. fin., art. L. 313-28 ; Paris, 4 janv. 1990, *D.* 1990. Somm. 234, obs. M. Vasseur).

*Elle n'emporte pas en revanche purge des exceptions* (Com. 29 nov. 1994, *RTD com.* 1995. 173, obs. M. Cabrillac). Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant, notamment l'exception d'inexécution (Com. 1<sup>er</sup> avr. 2008 *préc.* : v. ss 710). Toutefois, s'agissant de l'extinction de la créance cédée par compensation, celle-ci n'est désormais opposable que si les créances « compensables » sont unies par un lien de connexité (Com. 8 févr. 1994, *JCP* 1995. II. 22455, note D. Ammar). En cette hypothèse, la jurisprudence considère que l'exception existait déjà, au moins en germe, avant le transfert de la propriété de la créance et que le débiteur cédé doit pouvoir continuer à en bénéficier en dépit du changement de créancier.

Selon la jurisprudence, des créances sont connexes lorsqu'elles prennent leur source :

- soit dans un seul et même acte juridique créant des obligations à la fois pour le débiteur et pour le créancier ;
- soit dans un accord-cadre régissant l'ensemble des rapports des parties ;
- soit lorsqu'elles naissent d'une opération économique globale donnant lieu à une série de contrats dépendant d'un même cadre contractuel (Com. 19 mars 1991, *JCP E* 1991. II. 174, note D. Legeais).

Dans tous ces cas, le débiteur cédé, à qui la cession est notifiée, n'a pas l'obligation de faire connaître au cessionnaire les exceptions qu'il entend opposer (Com. 24 mars 1992, *JCP E* 1992. II. 2938, note D. Legeais). La jurisprudence réserve cependant l'hypothèse de la collusion frauduleuse avec le cédant (Com. 24 mars 1992, *préc.*).

## C. L'acceptation de la cession par le débiteur cédé

■ 713

Le débiteur cédé peut s'engager à payer directement le cessionnaire *en acceptant la cession de créance* (C. mon. fin., art. L. 313-29). Cette *acceptation*<sup>o</sup> doit être constatée, à peine de nullité, par un acte intitulé « acte d'acceptation de la cession de créances professionnelles ».

Cette condition de forme est entendue strictement. La Cour de cassation a notamment refusé de faire produire effet à un acte d'acceptation ayant omis d'user de l'adjectif « professionnelles » (Com. 5 nov. 1991, *RTD com.* 1992. 431, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Com. 29 oct. 2003, *D.* 2004. Somm. 1969, obs. A. Boujeka ; *JCP E* 2004. 784, note C. Malecki). Mais, elle admet que l'acceptation puisse être

établie et conservée sur tout support, y compris par télécopie, à condition que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné aient été vérifiées ou ne sont pas contestées (Com. 2 déc. 1997, *JCP E* 1998. 178, note Th. Bonneau ; *D.* 1998. 192, note D.-R. Martin).

L'acceptation de la cession est lourde de conséquences pour le débiteur cédé. En acceptant la cession, *le débiteur cédé renonce à se prévaloir des exceptions nées de ses rapports avec le cédant*, à moins que l'établissement de crédit n'ait agi sciemment au détriment du débiteur, en acquérant la créance (C. mon. fin., art. L. 313-29, al. 2). En revanche, l'acceptation ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé invoque les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cessionnaire (Com. 22 févr. 1994, *RJDA* 1994, n° 824). Les effets de l'acceptation sont ainsi identiques à ceux de l'acceptation d'une lettre de change (v. ss 665 s.). Mais, à la différence des solutions posées en cette matière, *l'acceptation donnée par le débiteur cédé peut être assortie de réserves ou être conditionnelle* (Com. 2 juin 1992, *RTD com.* 1992. 842, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

714 ■

Des règles particulières sont posées lorsque la créance cédée porte sur la rémunération due par une personne morale de droit public au titre soit d'un contrat de partenariat dit « public privé », soit d'un contrat visé par l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique. Dans ces cas spécifiques, l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier limite les conditions de l'acceptation de la cession par voie bordereau « Dailly ».

715 ■

Depuis les lois du 28 juillet 2008 et du 17 février 2009, il est en effet prévu que l'acceptation par le débiteur cédé peut être *conventionnellement* limitée à 80 % au maximum du montant de la ou des créances cédées. Outre cette première limitation, l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier prévoit que l'acceptation doit être subordonnée « à la constatation par la personne morale publique contractante que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat » (C. com., art. L. 313-29-1, al. 2).

Cette constatation produit un effet original : elle paralyse le jeu des exceptions (compensation, annulation, résolution, résiliation...) opposables par le débiteur cédé au cessionnaire, sauf dans deux cas :

- lorsque le cessionnaire, en acquérant ou en recevant la créance, a agi sciemment au détriment du débiteur public. En ce cas, *en raison de la mauvaise foi du cessionnaire, toutes les exceptions demeurent opposables en dépit de l'acceptation* ;

- lorsque l'exception résulte du jeu de la prescription quadriennale prévue par la loi du 31 décembre 1968 concernant les créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics. *Cette prescription est, en vertu de l'article L. 313-29-1, une exception toujours opposable, même si le cessionnaire est de bonne foi.*

### § 3 Le recouvrement des créances cédées

À défaut de notification de la cession au débiteur cédé, celui-ci se libère valablement entre les mains du cédant (C. mon. fin., art. L. 313-28 *a contrario*). Lorsque le débiteur a payé le cédant, celui-ci doit alors reverser au cessionnaire le paiement reçu pour son compte.

716 ■

■ 717

Cette solution n'est pas sans risque pour le cessionnaire, notamment lorsque le cédant est l'objet d'une procédure collective. En principe, les sommes encaissées par le cédant *après* l'ouverture de la procédure, échappent au gage des créanciers de celui-ci. Il les reçoit en qualité de mandataire du cessionnaire et est donc normalement tenu de les lui restituer.

Cette solution a toutefois fait débat lorsque les créances cédées le sont au titre d'un contrat à exécution successive dont la continuation a été décidée par les organes de la procédure collective. Dans un premier temps, à l'opposé des principes de la cession de créances professionnelles, la Cour de cassation a en effet jugé que « le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant *fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire* sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement » (Com. 26 avr. 2000 : *D.* 2000. 717, note Ch. Larroumet ; *JCP E* 2000. 1134, note D. Legeais). Cette solution – défavorable à l'automaticité de la transmission de la propriété des créances cédées au profit du cessionnaire (v. ss 702 s.) – a conduit à une réécriture de la lettre de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, qui prévoit désormais que la cession « devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date d'échéance ou d'exigibilité ».

La Cour de cassation a peu après infléchi sa jurisprudence dans un arrêt du 7 décembre 2004 en jugeant que l'ouverture du redressement judiciaire du cédant ne fait pas obstacle aux droits du cessionnaire, acquis à la date du bordereau, *antérieure à l'ouverture de la procédure du cédant*, même si la prestation dont la créance était la contrepartie financière a été réalisée *après le jugement d'ouverture* (Com. 7 déc. 2004 : *D.* 2005. 230, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 2005. 155, obs. crit. R. Cabrillac).

■ 718

À l'inverse, si le paiement de la créance entre les mains du cédant a lieu *avant* l'ouverture de la procédure collective, les sommes encaissées se fondent alors dans son patrimoine sans que le cessionnaire puisse les revendiquer. L'action en revendication est en effet rendue impossible en raison du caractère fongible de la monnaie. Le cessionnaire n'a pas alors d'autre choix que de produire pour le montant de sa créance dans la procédure ; en d'autres termes, de la déclarer.

La Cour de cassation a en outre précisé que, lorsque la cession de créances professionnelles est faite à titre de garantie, la déclaration porte sur *la totalité du montant de la créance garantie*, et non pas seulement à hauteur du montant restant dû au jour de l'ouverture de la procédure (Com. 30 juin 2015 : *RTD civ.* 2015. 666, obs. P. Crocq ; *JCP* 2015. 1095, note C. Coupet).

■ 719

Enfin, lorsque les sommes reçues ont été versées par le cédant sur son compte. Le cessionnaire ne dispose alors d'aucune action en revendication contre le banquier dépositaire. Car, celui-ci a reçu les paiements litigieux au nom et pour le compte du cédant qui en était le destinataire, et, n'est pas tenu à restitution envers la banque cessionnaire (Com. 4 juill. 1995, *D.* 1995. 488, note D.-R. Martin et H. Synvet). Une nouvelle fois, le cessionnaire n'a pas d'autre choix que de produire sa créance à la procédure du cédant s'il ne peut en obtenir le recouvrement auprès du débiteur cédé.

## Compléments pédagogiques

# Mémo

*La cession de créances professionnelles par « bordereau Dailly » est un mode de cession de créances simplifié.*

La cession par « bordereau Dailly » permet à une personne physique ou une personne morale de droit privé ou de droit public de transférer, *en un seul acte*, les créances qu'elle détient sur une personne physique ou une personne morale de droit privé ou de droit public *sans avoir à respecter le formalisme de droit commun des articles 1690 et suivants du Code civil.*

*Le bordereau Dailly doit être établi par écrit.*

Cet écrit doit contenir, *à peine de nullité*, un certain nombre de mentions obligatoires, notamment la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » ainsi que la désignation ou l'individualisation des créances cédées.

*La cession par bordereau ne peut porter que sur des créances professionnelles.*

Le cessionnaire est obligatoirement un établissement de crédit.

La cession par « bordereau Dailly » emporte la transmission de la propriété des créances cédées au profit du cessionnaire, même si la cession est faite à titre de garantie. *Le transfert de propriété des créances cédées s'opère à la date portée sur le bordereau.*

À la différence de la cession de créance de droit commun, le cédant garantit le paiement des créances au cessionnaire.

La cession de créances par « bordereau Dailly » peut être notifiée par le cessionnaire au débiteur cédé. *La notification a pour effet de rendre le changement de créancier opposable au débiteur cédé.*

À compter de la notification, le débiteur cédé ne peut plus se libérer qu'entre les mains du cessionnaire.

*La notification n'emporte pas purge des exceptions.* Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant.

Après notification de la cession, l'exception de compensation n'est opposable au cessionnaire que *si les créances compensables sont des créances connexes.*

En l'absence de notification, le recouvrement des créances est effectué par le cédant pour le compte du cessionnaire.

*Le débiteur cédé peut accepter la cession de créance.* Cette acceptation peut être conditionnelle ou faite avec réserves.

L'acceptation du débiteur cédé emporte *l'inopposabilité des exceptions.*

## Quid

### ■ Acceptation n° 713

Acte par lequel le débiteur cédé s'engage à payer directement le cessionnaire sans pouvoir lui opposer les exceptions nées de ses rapports personnels avec le cédant.

### ■ Bordereau de cession (de créances professionnelles) n°s 686, 690

Écrit par lequel une personne, appelée « cédant », transfère à un établissement de crédit, dénommé « cessionnaire », la propriété d'un ensemble de créances nées de l'exercice de son activité professionnelle.

### ■ Cession à titre d'escompte (de créances professionnelles) n° 687

Cession par bordereau par laquelle un établissement de crédit, dit « cessionnaire », avance au cédant le montant des créances dont la propriété lui est transmise et dont le paiement contribuera à assurer le remboursement.

### ■ Cession à titre de garantie (de créances professionnelles) n° 687

Cession par bordereau par laquelle le cédant transmet à un établissement de crédit, dit cessionnaire, la propriété de créances nées de son activité professionnelle pour garantir le remboursement d'un prêt ou d'un crédit quelconque consenti auparavant au cédant.

### ■ Cession fiduciaire n°s 687, 702

Autre nom de la cession à titre de garantie de créances professionnelles.

### ■ Notification n°s 708 s.

Acte par lequel le cessionnaire interdit au débiteur cédé de se libérer dans d'autres mains que les siennes, et qui emporte révocation du mandat tacite de recouvrement donné au cédant.

## Documents

### 1) Notification et obligation d'information du débiteur cédé

Com. 24 mars 1992 (extraits)  
(RTD com. 1992. 654, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié)

« Vu l'article 5 de la loi du 2 janvier 1981 [devenu art. L. 313-28 C. mon. fin.] et l'article 1382 du Code civil [devenu art. 1240 C. civ.];

Attendu que, pour condamner la société Baudin Châteauneuf à payer à la banque une partie des créances litigieuses, l'arrêt retient qu'il doit être observé [...] que Baudin Châteauneuf était restée taisante pendant plus de 3 mois sans prévenir la banque, au fur et à mesure des

différentes significations de créances, qu'aucun marché n'avait été passé [...] que son silence jusqu'au 26 mars 1985 est constitutif d'une faute engageant sa responsabilité ;  
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la notification prévue à l'article 5 de la loi du 2 janvier 1981 [devenu art. L. 313-28 C. mon. fin] n'entraîne pas, à la charge du débiteur cédé, une obligation d'information, au profit du cessionnaire, sur l'existence et la valeur des créances cédées, et alors qu'il n'a été constaté aucun comportement frauduleux de la société Baudin Châteauneuf au préjudice de la banque, la cour d'appel a violé les textes susvisés :  
PAR CES MOTIFS, (...), CASSE ET ANNULE ».

## 2) Notification et exception d'inexécution ou de compensation

**Com. 8 févr. 1994 (extraits)**  
**(JCP 1995. II. 22455, note D. Ammar)**

« En cas de cession de créance [professionnelles] non acceptée par le débiteur, celui-ci peut invoquer contre la banque cessionnaire l'exception d'inexécution des obligations du cédant ou la compensation de sa créance avec la créance connexe cédée, même si l'exception ou la compensation sont apparues postérieurement à la notification de la cession ;  
Ainsi une cour d'appel décide à bon droit que le maître de l'ouvrage est fondé à opposer à la banque cessionnaire de la créance de l'entreprise en règlement judiciaire aussi bien l'exception née des malfaçons affectant les travaux réalisés par cette dernière que la compensation avec la créance connexe résultant des pénalités dues à la suite de la rupture unilatérale du contrat, peu important que ces créances réciproques n'aient pas été certaines, liquides et exigibles à la date de la cession de créance ».

## 3) Cession de créances futures et procédure collective du cédant

**Com. 7 déc. 2004 (extraits)**  
**(D. 2005. 230, note Ch. Larroumet ; RTD com. 2005. 155, obs. M. Cabrillac)**

« Vu les articles L. 313-23, L. 313-24 et L. 313-27 du Code monétaire et financier ;  
Attendu qu'il résulte de ces textes que, même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date ;  
Attendu que pour rejeter la demande de la Caisse en paiement de la créance par la société Labat, débiteur cédé, l'arrêt retient que la créance cédée est née de la livraison et même de la fabrication postérieure au jugement d'ouverture du redressement judiciaire de la société Euroméca, entreprise cédante, et que ce jugement fait obstacle aux droits de la Caisse sur les créances nées de l'exécution du contrat au cours de la période d'observation et exigibles au jugement d'ouverture ;  
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, la cession prenant effet entre les parties et devenant opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau, la cour d'appel, qui a relevé que la cession avait pris effet entre la société Euroméca et la Caisse avant l'ouverture de la procédure collective, ce dont il résulte que le paiement que la société Labat ne contestait pas devoir, et qu'elle avait effectué après avoir reçu notification de la cession, n'était pas libératoire, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ».

#### 4) Cession de créances futures à titre de garantie et procédure collective du cédant

Com. 22 nov. 2005 (extraits)

(D. 2006. Pan. 2855, obs. P. Crocq; *RTD com.* 2006. 169, obs. D. Legeais; D. 2007. Pan. 760, obs. D.-R. Martin)

« Mais attendu, en premier lieu, que, même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, qu'elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau et que, étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date ;

Et attendu, en second lieu, que si la cession de créance faite à titre de garantie, qui implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée, n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, l'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie ; qu'ayant constaté qu'en l'espèce la cession litigieuse avait été souscrite par la société Entreprise Jean Nallet en faveur de la BTP pour garantir à celle-ci le remboursement de toutes sommes que l'entreprise pourrait lui devoir à quelque titre que ce soit, notamment en exécution de tous crédits par signature, et la BTP ayant indiqué sans être contredite qu'elle restait tenue, du chef de sa cliente, d'un encours de caution dont la mainlevée ne lui avait pas été transmise, la cour d'appel, qui n'a pas violé le texte cité au moyen, a, au contraire, exactement décidé que la banque était, en l'état, en droit de conserver les sommes perçues en exécution de la cession litigieuse »

### Biblio

- D. Ammar, « Cession Dailly et compensation », *Banque et Droit* 1996. 3 s.
- M. Attal, « De la validité et des utilités de la cession de créances futures à titre de garantie », *Dr. et patr.* 2005. 34 s., n° 137
- M. Calendini, « Le cessionnaire, le cédant et le réceptionnaire », *RD. banc. et bourse.* 1996. 218 s.
- P. Crocq, « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et patr.* juill-août 2002. 80 s.
- Ch. Gavalda, « Sécurité et précarité de la cession de créances par voie Dailly », *JCP E* 1989. I. 15374.
- F. Kuassi Deckon, « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.* 2005. 649 s.
- D. Legeais, « Les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances professionnelles et de débiteurs cédés », *RD bancaire et bourse* 1990. 148 s.
- P. Le Maigat, « La protection du débiteur cédé face au caractère occulte de la cession Dailly », *RD bancaire et bourse* 2002. 92 s.
- D. R. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002. Chron. 3279 s.
- D. R. Martin et H. Synvet, « Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée », *JCP E* 1987. 14940.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### Cas pratique

##### Énoncé n° 1

Par un bordereau daté du 8 juin et signé par son chef comptable, la société Blansec a cédé à sa banque vingt créances qu'elle détient sur plusieurs de ses clients. La cession a été faite par voie de bordereau daté du 10 juin et signé par le directeur financier de la société. Aujourd'hui, le dirigeant conteste la validité de cette cession qui, selon lui, aurait été faite sans pouvoir. *Qu'en pensez-vous ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 2

Par un bordereau daté du 29 mai, la société Dumovet a cédé quatre créances détenues sur la société Dubon. Les créances cédées sont des créances échues. Le 2 juin, la société Dubon a payé l'intégralité des créances à la société Dumovet. Le 6 juin, cette dernière a été mise en redressement judiciaire. La société Dubon a refusé à la banque le règlement des créances au motif qu'elle en avait déjà versé le montant à la société Dumovet. *Ce paiement était-il libératoire ? Quels sont les recours de la banque ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 3

La société Dupleci a cédé par bordereau Dailly plusieurs créances dont la plus importante est détenue sur la société Duval. La banque cessionnaire a demandé l'acceptation de la société Duval. Le gérant a renvoyé à la banque par télécopie un acte écrit, daté et signé par lui, portant la mention « acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle » mais cet écrit subordonne l'engagement de payer de la société Duval à la livraison des marchandises promises par la société Dupleci.

La livraison tant attendue n'a pas eu lieu. La société Duval peut-elle refuser de payer la créance au cessionnaire ?

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 4

La société Chronos, société de transport routier, a cédé par bordereau, en date du 18 juin, plusieurs de ses créances à la banque Leurvet. Parmi les créances cédées, figure une créance de 700 euros correspondant au prix du transport d'une dizaine d'armoires de style normand confiée par la société Boudeboi, un de ses plus anciens clients. Cette livraison est prévue au 3 juillet. La cession a été notifiée dès le 20 juin.

La banque Leurvet a également acquis par bordereau du 21 juin la créance de la société Modiste, grossiste en prêt-à-porter, sur l'un de ses nouveaux clients, la société Frivole. Le 22 juin, la cession est notifiée.



Le 8 juillet, la société Chronos n'a toujours pas livré les armoires. Furieuse de ce retard, la société Boudeboi a refusé de faire suite à la demande en paiement présentée par la banque Leurvet tant que la livraison n'aurait pas eu lieu. Elle lui a également fait savoir qu'elle demandait la compensation judiciaire de cette créance avec les dommages et intérêts qu'elle entend réclamer à la société Chronos. Dans le but d'éviter toute mauvaise publicité, la société Chronos a informé la société Boudeboi qu'elle acceptait de renoncer à lui demander paiement du prix du transport.

Pour sa part, la société Frivole invoque une disposition de ses conditions générales d'achat, reproduite dans le contrat d'approvisionnement conclu avec la société Modiste, qui interdit à ses fournisseurs toute cession des créances qu'ils détiendraient sur elle. Quelles sont, selon vous, les chances de la banque Leurvet de recevoir paiement ?

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Cas pratique n° 1

La validité d'une cession de créances professionnelles est subordonnée au respect d'un certain nombre de mentions obligatoires. Parmi celles-ci, figure l'exigence de la signature du cédant (C. mon. fin., art. L. 313-25). La signature du cédant doit être apposée sur le bordereau de cession soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit. En l'espèce, le bordereau a été signé par un préposé de la société. La question se pose dès lors de savoir si ce préposé avait pouvoir d'engager la société. En principe, seul le représentant légal de la société (c'est-à-dire le (ou les) dirigeant(s)) peut engager une société à l'égard des tiers. En l'espèce, le bordereau a été signé par le directeur financier qui n'est qu'un simple préposé. L'acte de cession est donc nul et ne peut engager la société. Mais, un arrêt de la cour d'appel de Paris a admis la validité du bordereau signé par un préposé titulaire d'une délégation de signature, même informelle, du gérant (Paris, 12 sept. 2000, *RTD com.* 2001. 204, obs. M. Cabrillac). En l'espèce, le dirigeant devra établir que le préposé signataire ne disposait d'aucune délégation de signature ou rapporter la preuve de « l'infidélité » du préposé, qui n'a pas respecté les limites de la délégation qui lui avait été donnée (Paris, 12 sept. 2000, préc.).

### Cas pratique n° 2

En vertu de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, la cession de créances professionnelles prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. Le paiement fait le 2 juin par le débiteur cédé au cédant (soit 3 jours après la cession) ne devrait donc pas être considéré comme libératoire puisque, au jour du paiement, les créances avaient été cédées.

Toutefois, le principe posé par l'article L. 313-27 doit être appliqué en tenant compte de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier. Ce texte précise que l'établissement de crédit, en sa qualité de cessionnaire, peut à tout moment interdire au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains du signataire du bordereau et, qu'à compter de cette notification, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit.

En l'espèce, l'établissement de crédit cessionnaire n'a pas notifié la cession. De ce fait, le paiement fait le 2 juin est libératoire car le cédant l'a reçu pour le compte du cessionnaire. Le banquier devra donc agir contre le cédant en restitution du montant de la créance transmise le 29 mai.

Cependant le cédant a été mis en redressement judiciaire avant que le cessionnaire n'agisse en restitution. L'ouverture de cette procédure n'est pas en principe préjudiciable au cessionnaire car il n'est pas un créancier du cédant. Rappelons, en effet, que le cédant a reçu le paiement litigieux en qualité de mandataire du cessionnaire qui a, lui-même, acquis la propriété de la créance dès le 29 mai. L'action du cessionnaire contre le cédant est une action en revendication. Mais, le succès de cette action en revendication se heurte à un obstacle majeur : les sommes encaissées par le cédant pour le compte du cessionnaire se sont fondues dans son patrimoine. L'action en revendication est rendue impossible en raison du caractère fongible de la monnaie. En conclusion, le cessionnaire est obligé, pour pouvoir être payé, de déclarer sa créance à la procédure du cédant.

### Cas pratique n° 3

Il faut, tout d'abord, s'interroger sur la validité de l'acceptation du débiteur cédé. En la forme, celle-ci est valable. L'article L. 313-29 du Code monétaire et financier énonce que l'acceptation du débiteur cédé à la cession doit être constatée, à peine de nullité, par un écrit intitulé « acte de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle ». Cette mention figure sur l'acceptation renvoyée par la société Duval. Elle est datée et signée par son gérant, qui dispose du pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers. Mais, l'acceptation a été donnée par voie de télécopie. La télécopie constitue-t-elle un écrit au sens de l'article L. 313-29 ? La Cour de cassation l'a clairement admis, dans un arrêt du 2 décembre 1997 (Com. 3 déc. 1997, *JCP E* 1998. 178, note Th. Bonneau). Selon cette décision, l'écrit constituant l'acte d'acceptation peut être établi et conservé sur tout support y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées. Ces conditions ne semblent pas poser ici de difficulté. Dans le cas contraire, il appartiendrait à la société Duval de contester la réunion des conditions posées par la Cour de cassation.

Lorsque l'acceptation a été régulièrement donnée, le débiteur s'engage à payer l'établissement de crédit cessionnaire sans pouvoir lui opposer les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, comme l'exception tirée d'un défaut de livraison. Mais, l'acceptation donnée est ici une acceptation conditionnelle : l'engagement de payer la créance cédée est en effet subordonnée à la livraison effective des marchandises par la société Duplaci à la société Duval. Cette acceptation conditionnelle permet-elle au débiteur cédé de refuser le paiement de la créance de prix en principe due à la société Duplaci au motif que la livraison attendue n'a pas eu lieu ? Aucune disposition du Code monétaire et financier n'autorise expressément l'acceptation conditionnelle du débiteur cédé. Mais, la jurisprudence l'admet. La Cour de cassation a déjà jugé que lorsque l'exigibilité de la créance est subordonnée à la livraison d'un objet déterminé et que le débiteur cédé a donné son acceptation sous cette condition, l'exception d'inexécution est alors opposable au cessionnaire (Com. 2 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 215).

## Cas pratique n° 4

Les cessions ont été notifiées. À la différence de l'acceptation, la notification n'interdit pas au débiteur cédé d'opposer à la demande en paiement du cessionnaire les exceptions nées de ses rapports personnels avec le cédant. Son objet est en effet plus limité. La notification vise seulement à interdire au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains de son créancier d'origine (C. mon. fin., art. L. 313-28). Toutefois, pour que la notification puisse valoir défense de payer, il faut qu'elle respecte les formes prescrites par l'article 2 du décret du 9 septembre 1981. Elle doit notamment comporter le nom du cédant, la désignation de la ou des créances cédées, le mode de règlement ainsi que l'indication de la personne à l'ordre de laquelle le règlement doit être effectué. Ces formes ont *a priori* été respectées. Le litige qui oppose le cessionnaire aux débiteurs cédés porte sur la nature des exceptions opposées à sa demande en paiement. Il faut donc étudier successivement l'opposabilité des exceptions invoquées par la société Boudeboi (I) puis celles de la société Frivole (III), sans oublier d'apprécier les effets de l'abandon de créance de la société Chronos (II).

### I. Les exceptions opposées par la société Boudeboi

La société Boudeboi invoque deux exceptions : l'inexécution par le cédant (la société Chronos) de ses obligations contractuelles, et, la compensation du prix du transport avec la créance de dommages et intérêts, qui pour l'heure est encore éventuelle. Ces exceptions sont-elles opposables au cessionnaire lorsque ce dernier a pris le soin de notifier la cession ?

S'agissant de l'exception d'inexécution, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, reconnu que la simple notification n'interdit pas au débiteur cédé de l'invoquer (Com. 8 févr. 1994, v. ss Documents). En d'autres termes, il s'agit là d'une exception toujours opposable au cessionnaire que *l'inexécution imputable au cédant soit antérieure ou postérieure à la notification*. La banque Leurvet doit donc exercer le recours en garantie contre le cédant prévu par l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier. En vertu de ce texte, le cédant est, sauf convention contraire, garant solidaire du paiement des créances cédées.

La solution est plus complexe concernant l'exception de compensation car tout dépend de la nature de la compensation invoquée. *Lorsque la compensation est une compensation légale*, l'extinction de la créance cédée ne peut être opposée au cessionnaire qu'à la condition que les créances compensées étaient certaines, liquides et exigibles *avant* la date de la notification de la cession (Com. 14 déc. 1993, D. 1994. 269, note Ch. Larroumet). Le débiteur cédé est alors libéré à l'égard du cessionnaire. L'article L. 313-24 du Code monétaire et financier permet cependant au cessionnaire d'agir en garantie contre le cédant. L'extinction de la créance par compensation ne fait pas disparaître l'obligation de garantie du cédant (ex. : Com. 26 avr. 1994, RD bancaire et bourse 1994. 234, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard).

En revanche, *lorsque la compensation est une compensation pour créances connexes*, l'extinction de la créance cédée constitue *une exception toujours opposable au cessionnaire*, même si ce dernier a notifié. La Cour de cassation décide en effet que la notification ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur par le débiteur des exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, en particulier sur la compensation entre créances connexes dont ils seraient réciproquement titulaires (Com. 14 déc. 1993, D. 1994. 269, note Ch. Larroumet). En définitive, *l'exception de compensation*

de créances connexes cesse d'être opposable lorsque le débiteur cédé a accepté la cession à la demande du cessionnaire (art. L. 313-29, al. 2 C. mon. fin).

Existe-t-il un lien de connexité entre la créance de prix et les dommages et intérêts résultant du retard apporté par le cédant à la livraison ? La notion de « créances connexes » a été définie par la jurisprudence. Pour la Cour de cassation, deux créances sont connexes lorsqu'elles trouvent leur origine soit dans un seul et même acte juridique créant des obligations à la fois pour le débiteur et pour le créancier, soit dans un accord-cadre régissant l'ensemble des rapports des parties, soit lorsqu'elles naissent d'une opération économique globale donnant lieu à une série de contrats dépendant d'un même cadre contractuel (Com. 19 mars 1991, *JCP E* 1991. II. 174, note D. Legeais). En l'espèce, la créance de dommages et intérêts de la société Boudeboi trouve sa cause dans la mauvaise exécution du contrat de transport. Les deux créances sont donc nées d'un seul et même acte juridique (le contrat de transport). Le fait que la créance de dommages et intérêts soit née d'une inexécution contractuelle postérieure à la notification et soit simplement éventuelle n'est pas un obstacle au jeu de la compensation pour créances connexes. *La compensation pour créances connexes a en effet une fonction de garantie*. La banque Leurvet n'a donc pas d'autre choix que d'agir contre le cédant, en sa qualité de garant solidaire. Ce dernier ne peut s'opposer à cette action au motif que la créance est éteinte. La solution est ici identique à celle en vigueur en cas d'exception d'inexécution.

## II. Validité de l'abandon de créance consenti par le cédant

La société Chronos pouvait-elle renoncer à demander à la société Boudeboi le paiement du prix du transport ? Cette renonciation constitue un abandon de créance. Toute remise de dette ou tout délai de paiement consenti par le cédant au débiteur cédé est impossible lorsque la créance a été cédée par bordereau. Le cessionnaire est désormais le seul créancier du débiteur, même si le débiteur cédé est en droit de se libérer auprès du cédant lorsque la cession n'a pas été notifiée. En cette hypothèse, le cédant reçoit paiement du débiteur cédé en qualité de mandataire du cessionnaire, et, non en qualité de créancier. Il a perdu cette qualité à compter de la date portée sur le bordereau. La transmission de la propriété de la créance au cessionnaire explique qu'à compter de la date portée sur le bordereau, le cédant ne peut, sans l'accord du cessionnaire, modifier l'étendue des droits attachés aux créances cédées (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 2.). La société Chronos ne pouvait donc renoncer au paiement d'une créance, dont elle n'est plus titulaire depuis le 18 juin, date du bordereau de cession.

## III. Paiement de la créance détenue sur la société Frivole

La société Frivole oppose à la banque Leurvet une clause de ses conditions générales d'achat qui a été reproduite dans le contrat d'approvisionnement la liant à la société Modiste. Cette clause interdit aux fournisseurs de la société Frivole de céder les créances qu'ils pourraient avoir sur elle. Cette clause d'incessibilité est-elle opposable ? En vertu de l'article L. 442-6, II du Code de commerce, ce type de clause est frappé de nullité. Cette nullité peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt (C. com., art. L. 442-6, III). Dans le même sens, la Cour de cassation a jugé que la transmission de créances par bordereau « Dailly » ne peut pas être subordonnée à l'accord ou à l'agrément du débiteur cédé (Com. 21 nov. 2000. *D.* 2001. AJ 123, obs. V. Avena-Robardet). La société Frivole est donc tenue de payer le cessionnaire.

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442789952:88866152:196.200.176.177:1581011700

ch a p i t r e



## Les droits du cessionnaire de créances professionnelles à l'égard des tiers

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442789952:88866152:196.200.176.777:381011700

## Plan analytique

### section 1

#### Les conflits de droits entre cessionnaires successifs d'une même créance

- § 1 Les conflits entre cessionnaires « Dailly » successifs
- § 2 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et porteur d'une lettre de change
- § 3 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et société d'affacturage

### section 2

#### Les conflits entre le cessionnaire « Dailly » et le titulaire d'un droit direct

- § 1 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et sous-traitant
- § 2 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et vendeur avec réserve de propriété

#### Compléments pédagogiques

## Les droits du cessionnaire de créances professionnelles à l'égard des tiers

Dès la date apposée sur le bordereau, la cession de créances devient opposable aux tiers, qu'il s'agisse du débiteur cédé ou des tiers étrangers au rapport de cession (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 1<sup>er</sup>; v. ss chapitre 19.). Ces derniers peuvent cependant avoir un droit concurrent sur les créances cédées par bordereau au cessionnaire. Surgit alors ce que l'on nomme un « *conflit de droits*<sup>o</sup> » dont les solutions varient selon que le conflit a pour cause une mobilisation successive (section 1) ou lorsque la loi reconnaît à un tiers un droit direct sur la créance transmise par bordereau (section 2).

720 ■

### section 1

## Les conflits de droits entre cessionnaires successifs d'une même créance

Il n'est pas rare en pratique qu'une même créance fasse l'objet de plusieurs mobilisations, soit par inadvertance du cédant, soit volontairement lorsqu'il se trouve à court de trésorerie. Les conflits entre le cessionnaire et les tiers également propriétaires de la créance cédée sont en principe résolus par l'application de la règle *prior tempore, potior jure*<sup>o</sup> selon laquelle « le premier en date est plus puissant en droit », et qui puise, depuis la réforme du droit des obligations, son fondement textuel dans le nouvel article 1325 du Code civil qui énonce que « Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ».

721 ■

La solution du conflit dépend alors de la comparaison entre la date portée sur le bordereau « Dailly », qui fixe l'opposabilité de la cession vis-à-vis des tiers (v. ss 703) et la date du droit concurrent. Mais, il faut dans le même temps tenir compte des règles relatives à l'acquisition du droit concurrent. Ce principe interdit toute solution générale et conduit à envisager successivement les différents conflits susceptibles de survenir. D'une part, ceux qui opposent deux cessionnaires « Dailly » (§ 1); d'autre part, ceux qui mettent aux prises le cessionnaire « Dailly » et le porteur d'une lettre de change (§ 2); ceux enfin entre le cessionnaire « Dailly » et une société d'*affacturage*<sup>o</sup> (§ 3).

### § 1 Les conflits entre cessionnaires « Dailly » successifs

En cas de cessions successives d'une même ou de plusieurs créances par voie de bordereau « Dailly », trois hypothèses possibles de conflit doivent être distinguées :

– 1<sup>re</sup> hypothèse : aucun des cessionnaires n'a notifié la cession au débiteur cédé. Le conflit doit être résolu en comparant les dates apposées sur chacun des bordereaux.

722 ■



Le cessionnaire le plus ancien en date sera ainsi préféré en vertu de la règle d'antériorité qu'exprime l'adage « *prior tempore, potior jure* » (Com. 5 juill. 1994, *RTD com.* 1995. 172, obs. M. Cabrillac).

Mais, cette règle ne résout le conflit de droits que s'il survient avant paiement. Que décider en revanche lorsque le débiteur cédé paye le cessionnaire second en date ? Son paiement est-il libératoire ou s'expose-t-il à un double paiement ? Pour la jurisprudence, dès lors que le débiteur cédé est de bonne foi (car il ignorait l'existence d'une première cession), son paiement est régulier et sa dette éteinte. La solution repose à la fois sur les dispositions de l'article 1240 du Code civil et celles de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier interprété *a contrario*.

– 2<sup>e</sup> hypothèse : la seconde cession a été notifiée avant la première en date. Si le débiteur cédé a reçu une seule notification, il doit en payer l'auteur, sans à avoir à vérifier que le cessionnaire qui lui a notifié la cession est réellement le premier cessionnaire en date. La solution peut paraître sévère pour le cessionnaire qui a acquis en premier la propriété de la créance mais elle repose sur l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier qui, rappelons-le, prévoit qu'« à compter de la notification, le débiteur ne se libère valablement qu'après de l'établissement de crédit cessionnaire, auteur de la notification » (v. ss chapitre 19).

Le cessionnaire lésé n'est cependant pas sans recours. Il peut, tout d'abord, agir en garantie contre le cédant. Ce dernier est en effet, sauf convention contraire, garant solidaire du paiement des créances cédées (C. mon. fin., art. L. 313-24 ; v. ss 707). Il doit également pouvoir agir en revendication contre le cessionnaire second en date qui a reçu paiement du débiteur cédé, puisque la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à compter de la date portée sur le bordereau. Mais, cette question demeure controversée. Car l'action en revendication du cessionnaire lésé porte sur une somme d'argent. Or, la revendication des choses fongibles n'est pas en principe possible. Néanmoins, la Cour de cassation a admis un tel recours dans l'hypothèse voisine d'un conflit opposant un cessionnaire « Dailly » à un factor en se fondant sur l'opposabilité de la cession « Dailly » (Com. 19 mai 1992, *RTD. civ.* 1992. 655, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; v. ss 724 s.). Cette solution doit être approuvée. Le cessionnaire lésé doit en effet pouvoir disposer d'un recours destiné à sanctionner un paiement que le second cessionnaire n'avait ni le droit, ni le pouvoir de recevoir (v. Ch. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaire successif d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990. I. 15877).

– 3<sup>e</sup> hypothèse : les cessions sont toutes deux notifiées au débiteur cédé. Lorsque le débiteur cédé a reçu notification de chacun des cessionnaires, il doit rechercher lequel d'entre eux dispose du titre le plus ancien afin d'accomplir entre ses mains un paiement régulier (Com. 12 janv. 1999, v. ss « Documents »).

## § 2 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et porteur d'une lettre de change

■ 723

Lorsque le conflit oppose le cessionnaire de créances transmises par bordereau « Dailly » au porteur d'une lettre de change, les solutions du conflit doivent tenir compte des règles propres au droit cambiaire, notamment celle de l'inopposabilité des exceptions lorsque la lettre de change a été acceptée par le tiré (sur cette question. v. ss chapitres 16 et 17). Ainsi :

– *1<sup>re</sup> hypothèse* : la lettre de change a été acceptée. En acceptant la lettre de change, le tiré s'engage à l'égard du porteur de bonne foi à payer à échéance et renonce à invoquer les exceptions notamment tirées du rapport fondamental (Com. 19 déc. 2000, *D.* 2001. AJ 1022, obs. X. Delpech ; v. ss chapitre 18).

Lorsque l'acceptation est donnée *avant* la date portée sur le bordereau ou *avant* la notification de la cession, celle-ci confère au porteur un droit « intangible » sur la créance de provision qui lui a été transmise par la lettre de change. L'acceptation est alors opposable au cessionnaire Dailly qui est ainsi primé par le porteur (Com. 7 mars 1995, v. ss « Documents »). La preuve de l'antériorité de l'acceptation de la lettre de change à la création du bordereau ou à sa notification par le cessionnaire doit être rapportée par le tiré lui-même. Cette preuve est une condition nécessaire pour que le paiement du tiré entre les mains du porteur soit opposable au cessionnaire (Com. 3 mai 2000, *D.* 2000. AJ 324, obs. J. Faddoul).

En revanche, si le tiré accepte la lettre de change *après* avoir reçu notification du cessionnaire « Dailly », l'acceptation est alors donnée par le tiré à ses risques et périls. Il devra payer deux fois. Car, d'une part, le cessionnaire en notifiant la cession a acquis un droit exclusif au paiement (C. mon. fin., art. L. 313-28 ; v. ss chapitre 19), et, d'autre part, le porteur de bonne foi a lui aussi un droit au paiement né de l'acceptation de la lettre de change. Il n'en va autrement que si le tireur est resté porteur. Le tireur ne peut en effet être considéré comme un tiers-porteur de bonne foi puisqu'il est à l'origine de la double mobilisation de la créance par la création d'une lettre de change et l'émission d'un bordereau « Dailly ». Le tiré accepteur peut par conséquent lui opposer la cession « Dailly » dont il a reçu notification (Com. 21 mars 1995, v. ss « Documents »).

– *2<sup>de</sup> hypothèse* : la lettre de change n'a pas été acceptée. En l'absence d'acceptation de la lettre de change, le porteur n'acquiert un droit de propriété définitif sur la provision qu'au jour de l'échéance (v. ss 636 s.). Par conséquent, si la date du bordereau de cession est antérieure ou a été notifiée avant l'échéance de la lettre de change, le cessionnaire prime le porteur (Paris, 2 juin 1995, *RD bancaire et bourse* 1996. 9, obs. F.-J. Credot et Y. Gérard).

### § 3 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et société d'affacturage

Il s'agit de l'hypothèse la plus simple. L'*affacturage*<sup>o</sup> est le contrat par lequel une personne dite « *factor*<sup>o</sup> » s'engage, moyennant la perception d'une commission, à acheter, et donc à régler, toute ou partie des créances que son client, appelé « adhérent », possède contre des tiers. Le transfert des créances et la substitution de créancier qui y est attachée s'opèrent par une *subrogation conventionnelle*<sup>o</sup>. Le débiteur ne peut donc plus se libérer valablement qu'entre les mains du factor, sauf s'il n'a pas été informé de la subrogation. Le conflit qui oppose le cessionnaire « Dailly » et le factor est résolu grâce à la règle de l'antériorité en comparant la date du paiement subrogatoire et celle du bordereau de cession.

Deux hypothèses doivent être distinguées :

– *1<sup>re</sup> hypothèse* : le paiement avec subrogation est antérieur à la cession par bordereau « Dailly », c'est alors le factor qui l'emporte puisqu'il a acquis la créance

avant le cessionnaire « Dailly » (Paris, 25 sept. 1989. *D.* 1990. Somm. 254, obs. M. Vasseur);

– 2<sup>de</sup> hypothèse : le paiement avec subrogation est postérieur à la transmission de la créance par voie de bordereau « Dailly », c'est alors le cessionnaire « Dailly » qui prime le factor (Com. 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 190).

- 725 Cette solution s'explique par les règles régissant la subrogation. Le subrogé (le factor) ne peut en effet avoir plus de droit que le subrogeant (l'adhérent). Or, à la date de la subrogation, le créancier subrogeant n'avait plus de droit sur la créance en raison de sa transmission au cessionnaire « Dailly ». Cette solution n'est pas remise en cause lorsque le cessionnaire « Dailly » connaissait l'existence de la convention d'affacturage conclue entre le cédant et le factor. En l'absence de fraude ou de collusion frauduleuse, la responsabilité délictuelle du cessionnaire « Dailly » ne peut en effet être engagée pour ne pas avoir refusé d'acquiescer les créances (Com. 3 janv. 1996, *RTD civ.* 1997. 475, obs. P. Crocq).

## section 2

# Les conflits entre le cessionnaire « Dailly » et le titulaire d'un droit direct

- 726 Le cessionnaire peut également se trouver en concurrence avec un tiers titulaire d'un droit direct, soit qu'il s'agit d'un sous-traitant (§ 1), soit d'un vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété (§ 2). Dans ces hypothèses, la règle de l'antériorité n'est que d'un maigre secours. Chaque conflit est résolu de manière autonome.

## § 1 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et sous-traitant

- 727 L'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 interdit la cession par l'entrepreneur principal des créances correspondant aux travaux qu'il a sous-traités, à moins qu'il n'obtienne le cautionnement d'un établissement spécialisé en faveur des soustraitants (L. 31 déc. 1975, art. 13-1, al. 2 et art. 14). Malgré cette interdiction, il est courant que l'entrepreneur principal cède soit par bordereau Dailly, soit par le tirage d'une lettre de change, l'intégralité de ses créances, et cesse par la suite de payer ses sous-traitants. La question est alors de savoir si la cession par bordereau « Dailly » fait obstacle à l'exercice par les sous-traitants de leur action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage.

- 728 Depuis un arrêt du 22 novembre 1988, la Chambre commerciale écarte le jeu de la règle de l'antériorité qui conduirait à tenir compte des dates respectives de la cession et de l'exercice de l'action directe. Elle fait primer, dans tous les cas, les droits des sous-traitants sur ceux du cessionnaire au motif que la cession de créance est irrégulière et, dès lors, inopposable aux sous-traitants (Com. 22 nov. 1988, v. ss

« Documents »). La Cour de cassation a également jugé que le paiement du cessionnaire par le débiteur cédé ne fait pas obstacle à l'action directe du sous-traitant. En vertu de l'inopposabilité de la cession, le sous-traitant peut ainsi agir contre le cessionnaire en restitution des sommes correspondant aux créances des travaux sous-traités (Com. 16 mai 1995, *RTD com.* 1995. 823, obs. M. Cabrillac).

La règle de l'inopposabilité de la cession connaît cependant deux tempéraments.

– *1<sup>er</sup> tempérament* : elle ne joue pas lorsque la cession a été acceptée par le maître de l'ouvrage (Ch. mixte, 13 mars 1981, *D.* 1981. 309, note A. Bénabent ; Com. 22 mai 2000, *Bull. civ.* IV, n° 95) ;

– *2<sup>d</sup> tempérament* : elle est également écartée lorsque la cession a été réalisée avant la conclusion du contrat de sous-traitance car, en ce cas, la cession ne peut être considérée comme irrégulière (Paris, 19 mars 1993, *Rev. Banque* 1993. 93, n° 542, obs. J.-L. Guillot).

Ces solutions posées en cas de mobilisation par cession « Dailly » contrastent avec celles retenues lorsque la créance correspondant aux travaux sous-traités a été mobilisée par le tirage d'une lettre de change. Depuis un arrêt du 18 novembre 1997, la Cour de cassation décide en effet que « l'inopposabilité de la transmission de créance énoncée par l'article 13-1 de la loi de 1975 ne s'applique pas aux endossements d'effets de commerce acceptés par le tiré ou payés par lui » (Com. 18 nov. 1997, *RTD com.* 1998. 180, obs. M. Cabrillac).

Ce principe conduit à distinguer plusieurs hypothèses qui peuvent être résumées de la manière suivante :

– *lorsque la lettre de change a été acceptée*, le porteur prime toujours le sous-traitant car la provision lui est définitivement acquise dès l'acceptation. Cette solution prend directement appui sur les dispositions de l'article L. 511-7 du Code de commerce ;

– *lorsque la lettre de change n'a pas été acceptée mais a été payée avant que le sous-traitant n'exerce son action directe*, le porteur l'emporte une nouvelle fois. Car, l'échéance de la lettre de change consolide son droit sur la provision, qui n'était jusqu'à cette date qu'éventuel ;

– *lorsque la lettre de change n'est ni acceptée, ni payée au jour de l'action directe du sous-traitant*, ce dernier prime alors le porteur puisque le droit acquis par lui sur la provision n'est qu'éventuel jusqu'à l'échéance de la lettre de change (v. ss 636 s.). Mais, même dans ce cas, il faut réserver l'hypothèse où le porteur a adressé une défense de payer au tiré *avant* que le sous-traitant n'ait exercé son action directe. La défense de payer consolide alors le droit du porteur sur la provision. Il doit par conséquent primer le sous-traitant (en ce sens not. : M. Cabrillac, *RTD com.* 1998. 181).

Cette solution, qui est particulièrement favorable aux porteurs de lettre de change, et en particulier au banquier escompteur, n'est cependant pas à l'abri des critiques. Elle semble en effet contredire la lettre et l'esprit de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 qui interdisent toute transmission, *quelle qu'en soit la forme*, de la propriété des créances se rapportant à des travaux sous-traités par l'entrepreneur principal, et, ce dans le but de garantir l'effectivité de l'action directe en paiement des sous-traitants. Elle est en outre difficilement compatible avec les solutions posées lorsque la transmission s'opère par la voie d'une cession Dailly notifiée au maître de l'ouvrage ou payée par ce dernier (v. ss 728).

729 ■

730 ■

731 ■

732 ■

## § 2 Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et vendeur avec réserve de propriété

■ 733

Un conflit peut également survenir entre le cessionnaire « Dailly » et un créancier titulaire d'une *clause de réserve de propriété*<sup>9</sup>. Cette hypothèse se rencontrera lorsque l'acheteur revend à un sous-acquéreur des marchandises achetées avec réserve de propriété avant même d'en avoir acquitté l'intégralité du prix entre les mains du vendeur puis cède sa créance de prix par un bordereau « Dailly ».

Dans l'hypothèse où l'acheteur est mis par la suite en procédure collective, l'article L. 624-18 du Code de commerce permet alors au titulaire de la clause de réserve de propriété d'exercer une revendication sur le prix de vente lorsqu'il n'a pas été payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur *à la date du jugement d'ouverture de la procédure* (v. ss chapitre 10). Il naît ainsi un conflit entre le vendeur avec réserve de propriété et le cessionnaire de la créance de prix pour obtenir paiement du sous-acquéreur.

■ 734

La jurisprudence résout ce conflit en faveur du titulaire de la clause de réserve de propriété. Elle considère en effet que *le vendeur est subrogé dès le jour de la revente par l'acquéreur initial de la marchandise* (Com. 20 juin 1989, *D.* 1989. 431, note F. Pérochon). Mais, ceci ne veut pas dire que le cessionnaire « Dailly » ne prime jamais le vendeur sous réserve de propriété. La règle qui vient d'être exposée ne s'applique en effet qu'à la condition que la mobilisation de la créance de prix par bordereau ait été consentie *après* la revente du bien grevé de la clause de réserve de propriété mais *avant* l'ouverture de la procédure collective et sans que la créance de prix de revente ait été réglée avant cette date.

Si la créance de prix de revente est payée avant l'ouverture de la procédure collective du cédant, le paiement éteint la créance, ce qui interdit le jeu de la subrogation réelle.

L'article L. 624-18 du Code de commerce ne reconnaît en effet, au vendeur avec réserve de propriété, le droit d'exercer une revendication sur le prix de revente qu'à la condition que le prix n'ait pas été payé à la date du jugement d'ouverture. Ce principe a été consacré s'agissant de l'affacturage. Il doit être transposé par analogie au bordereau « Dailly » (Com. 11 déc. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 322).

La primauté du vendeur avec réserve de propriété est également exclue lorsqu'un processus irréversible de paiement est engagé avant la date de la procédure collective. Ce principe a été appliqué en cas d'acceptation d'une lettre de change (Com. 9 janv. 1990, *D.* 1991. Somm. 48, obs. F. Pérochon). Il doit être étendu, par identité de motifs, à l'hypothèse où le débiteur cédé accepte la cession puisque l'acceptation fait naître, comme pour la lettre de change, un engagement autonome de payer (v. ss 714).



## Compléments pédagogiques

# Mémo

La cession par bordereau « Dailly » est opposable aux tiers à compter de la date apposée sur le bordereau.

*En l'absence de notification*, le conflit entre deux cessionnaires « Dailly » est résolu par la *comparaison des dates apposées sur chacun des bordereaux*. Le premier cessionnaire en date prime le second. C'est ce qu'exprime la règle « *prior tempore, potior jure* »

*En cas de notification*, le conflit entre deux cessionnaires « Dailly » est résolu *en faveur de celui qui a notifié la cession au débiteur cédé*. Le premier cessionnaire pourra agir en garantie contre le cédant.

Le conflit entre un cessionnaire « Dailly » et le porteur d'une lettre de change *non acceptée* est résolu en faveur du premier *s'il a notifié la cession*.

Le conflit entre un cessionnaire « Dailly » et le porteur d'une lettre de change *acceptée* est résolu en faveur du second, *si l'acceptation de la lettre de change a eu lieu avant la notification*.

La cession de créance par bordereau est *inopposable aux sous-traitants*.

Le conflit entre un cessionnaire « Dailly » et un vendeur avec clause de réserve de propriété est résolu en faveur du second lorsque le cédant est l'objet d'une procédure collective.

# Quid

## ■ Affacturage n<sup>os</sup> 721, 724

Procédé de mobilisation à fin de recouvrement des créances commerciales à court terme dans lequel le facteur (ou *factor*) s'engage à régler à 100 %, à une date convenue, les créances dont dispose un fournisseur (appelé « adhérent »), se charge de l'encaissement des créances et garantit sans recours la bonne fin du recouvrement (Voc. Jur. Capitant).

## ■ Clause de réserve de propriété n<sup>o</sup> 733

Clause par laquelle l'effet translatif d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie (C. civ., art. 2367).

■ **Conflit de droits n° 720**

Conflit opposant, à propos d'une même créance, plusieurs titulaires d'un droit concurrent.

■ **Factor (ou facteur) n° 724**

Personne qui accomplit, à titre habituel, des opérations d'affacturage.

■ **Prior tempore, potior jure n°s 721 s.**

Adage qui, pour résoudre le conflit de droits pour une même créance, donne la préférence au cessionnaire le plus ancien en date.

■ **Subrogation conventionnelle n° 724**

Convention par laquelle un créancier (appelé subrogeant) transmet sa créance, *concomitamment au paiement de celle-ci*, à une autre personne (appelée subrogé) qui en devient titulaire.

## Documents

### 1) Conflits entre cessionnaires « Dailly »

Com. 12 janv. 1999 (extraits)

(RTD com. 1999. 479, obs. M. Cabrillac; D. Affaires 1999. 336, obs. X. Delpech)

« Attendu [...] que le débiteur ayant reçu notification d'une cession de créance de la part d'une banque doit lui en payer le montant, sans avoir à rechercher si un autre établissement n'a pas bénéficié d'une cession antérieure, mais que si avant d'exécuter le paiement, il a reçu, pour une même dette, notification de deux cessions de créances concurrentes de la part de deux banques, il ne peut, ensuite, en payer le montant qu'à l'établissement dont le titre est le plus ancien ».

### 2) Conflit entre cessionnaire d'un bordereau « Dailly » et escompteur d'une traite

Com. 7 mars 1995 (extraits)

(RTD com. 1995. 626, obs. M. Cabrillac)

« Mais attendu [...] qu'à bon droit, la cour d'appel a retenu qu'il incombait à M. Leduc d'apporter la preuve de l'antériorité de son acceptation de la lettre de change par rapport à la notification de la cession de créance pour pouvoir opposer à la banque cessionnaire l'exception de son engagement cambiaire [...] ».

Com. 21 mars 1995

(RTD com. 1995. 626, obs. M. Cabrillac)

« Vu l'article 116 [devenu art. L. 511-7] du Code de commerce et son alinéa 5.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société de banque occidentale (la banque) a poursuivi la société Club Orco (société Orco) en paiement d'une créance dont elle lui avait notifié la cession à

son profit ; que la société Orco lui a opposé qu'elle avait, antérieurement à la notification, accepté deux lettres de change pour le règlement de sa dette ;

Attendu que, pour rejeter la prétention de la banque, l'arrêt retient que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions tirées de ses rapports avec le cédant, et en particulier le fait qu'il a déjà payé la facture par un règlement en valeur en acceptant des lettres de change ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher si les lettres de change ont été présentées au paiement par le tireur lui-même, resté porteur, auquel cas le tiré devait lui opposer la cession de créance dont il avait antérieurement reçu notification, une telle exception étant inopposable à un tiers bénéficiaire d'endossements, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE ».

### 3) Conflit entre cessionnaire d'un bordereau « Dailly » et sous-traitant

Com. 22 nov. 1988 (extraits)

(D. 1989. 212, note A. Bénabent, JCP E 1989. II. 15574, note Ph. Dubois, RTD com. 1989. 281, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié)

« Mais attendu que l'arrêt retient, par une exacte application du second alinéa de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975, que la société Fenwick, entrepreneur principal, ne pouvait céder à la banque la part de sa créance sur la société La Littorale, maître de l'ouvrage, correspondant à sa dette envers la société Exocat, sous-traitant, sans avoir obtenu préalablement et par écrit un cautionnement ; que la cour d'appel a pu en déduire, sans avoir à chercher la date à laquelle la cession a été notifiée, ni celle portée sur le bordereau, ni celle de l'exercice de l'action directe, ni à vérifier si, en l'espèce, la troisième de ces dates était antérieure à la première, et sans être tenue, dès lors, de répondre aux conclusions invoquées, que la cession de créance litigieuse était inopposable à la société Exocat ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS, REJETTE ».

## Biblio

- Th. Bonneau, « Plaidoyer en faveur du sous-traitant s'opposant au banquier escompteur d'une lettre de change », in *Mélanges M. Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 27 s.
- M. Cabrillac, « La cohabitation de la traite et du bordereau Dailly », *RD bancaire et bourse* 1987. 75.
- M. Cabrillac, « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance de prix de revente », *D.* 1988. 255.
- M. Cabrillac, « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990. 127.
- J.-P. Dumas, « La jurisprudence met-elle en péril la loi Dailly ? », *D. Affaires* 1996. 251 s.
- Ch. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990. II. 15877.
- J. Grillot et M. Saint-Cène, « Le conflit entre le cessionnaire bordereau Dailly et le porteur d'une lettre de change non acceptée », *Banque et Droit* nov.-déc. 1993. 9.
- D. R. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002. Chron. 3279 s.



- D.-R. Martin et H. Synvet, « Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée », *JCP E* 1987. 14940.
- M. Talau, « Le porteur d'une lettre de change, le sous-traitant et la provision », *JCP E* 1999. 996.
- H. Synvet, « Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants », *JCP* 1990. I. 3425.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### Cas pratiques

##### Énoncé n° 1

La société Bermeuil a cédé, par un bordereau daté du 4 janvier, plusieurs créances dont celle détenue sur la société Filipar. La banque Leurvet est cessionnaire. Par un second bordereau du 8 janvier, la créance sur la société Filipar a également été cédée à la banque Somoni, qui le 10 janvier l'a notifiée. La banque Leurvet a demandé paiement de la créance mais la société Filipar a refusé. *Ce refus de paiement est-il légitime ? Quels sont les recours du cessionnaire ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 2

Le 6 mai, la société Luciol a tiré sur la société Lelo une lettre de change à l'ordre de M. Bleuet, qui a été immédiatement endossée à l'ordre de la société Davila. Par un bordereau en date du 10 mai, la société Luciol a cédé, de nouveau, sa créance sur la société Lelo à la banque Leurvet. Cette cession a été notifiée le 11 mai. Au jour de l'échéance de la lettre de change, la société Davila la présente à la société Lelo qui refuse de la payer en arguant de la notification faite par la banque Leurvet. *Ce refus est-il légitime ? Quels sont les recours du porteur ?*

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

##### Énoncé n° 3

La SCI Immo a confié à la société Batimen la construction d'un immeuble sur un terrain qu'elle vient d'acquérir. La société Batimen a décidé de réaliser elle-même les travaux de gros œuvre et a fait appel à plusieurs sous-traitants pour la réalisation des prestations de second œuvre. Les créances de travaux ont été cédées à la banque Somono par bordereau « Dailly » du 28 septembre. Cette cession a été acceptée par la SCI Immo par un écrit en date du 30 septembre. La société Batimen a également cédé à la banque Somono, par un second bordereau du 3 août, une créance correspondant à des travaux réalisés pour la société Dublan. La cession a été notifiée le même jour.

La banque Somono n'a reçu paiement d'aucune des créances cédées. La SCI Immo lui oppose la nullité de la cession car la société Batimen n'a pas constitué le cautionnement exigé par l'article 13-1 de la loi de 1975 relative à la sous-traitance. La société

Dublan a, pour sa part, payé directement la société Batimen en vertu d'une lettre de change tirée, le 26 septembre, qu'elle a acceptée et dont la société Batimen était restée porteur. En outre, la banque Somono apprend que la société Batimen est, depuis deux jours, en procédure collective. *Que pouvez-vous lui conseiller ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## 2) Corrigés

### Cas pratique n° 1

Le paiement fait par le débiteur cédé au cessionnaire second en date est-il libératoire ? Lorsqu'une même et seule créance a été mobilisée par deux bordereaux successifs, et que seule l'une des cessions a été notifiée au débiteur, ce dernier se libère valablement entre les mains de l'établissement de crédit qui a notifié, même s'il n'est pas le premier cessionnaire en date. Le débiteur n'a pas l'obligation de vérifier que le cessionnaire qui lui a notifié la cession est le véritable propriétaire de la créance cédée (Com. 12 janv. 1999, v. ss « Documents »). Le paiement est libératoire.

Quels sont alors les recours du cessionnaire lésé ? Il peut, tout d'abord, agir en garantie contre le cédant. Ce dernier est en effet, sauf convention contraire, garant solidaire du paiement des créances cédées (C. mon. fin., art. L. 313-24). Le cessionnaire lésé devrait également pouvoir agir en revendication contre le cessionnaire second en date qui a reçu paiement du débiteur cédé. Car, en vertu de l'article L. 313-27, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code monétaire et financier, la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à compter de la date portée sur le bordereau. Dès cette date, le cessionnaire acquiert la propriété de la créance. Le cédant ne peut donc plus en disposer en la cédant de nouveau à un tiers. Cette seconde cession est nulle : elle s'analyse en la vente d'une chose appartenant à autrui. Cette solution a notamment été admise par la Cour de cassation dans un conflit opposant un cessionnaire « Dailly » à un factor (Com. 19 mai 1992, *RTD civ.* 1992. 655, obs. M. Cabrillac et B. Teysié). Mais, si l'opposabilité du droit de propriété du premier cessionnaire justifie l'action en revendication, la difficulté tient au fait que la revendication porte sur une chose fongible. Pareille revendication est en principe impossible. Mais, comme l'observe une partie de la doctrine, le banquier doit disposer, en toute hypothèse, d'un recours dont l'objet est de sanctionner un paiement que le second cessionnaire n'avait ni le droit, ni le pouvoir de recevoir. Ainsi, à défaut d'une véritable action en revendication, il faut reconnaître au propriétaire de la créance cédée, une action en restitution (Ch. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau, *JCP E* 1990. I. 15877).

### Cas pratique n° 2

En vertu de l'article L. 511-7 du Code de commerce, la propriété de la provision d'une lettre de change est transmise de droit à tous les porteurs successifs. Ainsi, à compter de l'émission de la lettre de change, le tireur ne peut plus disposer de la créance de provision en la mobilisant notamment par bordereau « Dailly ». Le présent conflit devrait donc se résoudre en faveur du porteur de la lettre de change, et ceci, en raison de l'antériorité de son droit de propriété. Mais la lettre de change n'a pas été acceptée. Or, la jurisprudence considère que la propriété de la provision n'est définitivement acquise au porteur d'une lettre de change non acceptée qu'au jour de son échéance, à moins que le porteur n'ait adressé une défense de payer au tiré (v. ss

chapitre 17). Au final, l'application de ces principes conduit à résoudre le conflit en faveur du cessionnaire qui, bien qu'ayant acquis la créance après l'émission de la lettre de change, a pris la précaution d'adresser au débiteur cédé une notification. Par cette notification, la cession devient pleinement opposable au débiteur cédé qui ne peut se libérer valablement qu'entre les mains de l'établissement de crédit cessionnaire, même si la créance a été antérieurement transmise par le tirage d'une lettre de change sur lui. Donc, le refus de payer est légitime et l'exception de paiement est opposable au porteur, faute d'acceptation du tiré.

Le porteur dispose de recours cambiaux contre les autres signataires de la lettre de change, qui sont tenus solidairement de son paiement (C. com., art. L. 511-44). Mais, pour pouvoir les exercer, le porteur doit dresser un protêt faute de paiement, à défaut il serait considéré comme un porteur négligent. Mais, même en l'absence de protêt, il dispose d'un recours extracambial contre son endosseur, fondé sur la créance de valeur fournie (v. ss chapitre 18).

### Cas pratique n° 3

Il faut ici apprécier successivement l'opposabilité à la banque des exceptions invoquées par chacun des débiteurs cédés au soutien de leur refus de paiement.

#### I. Cession de la créance contre la SCI Immo

Selon la SCI Immo, le bordereau de cession du 28 septembre est nul, faute pour le cédant d'avoir constitué le cautionnement imposé par l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975. Aux termes de ce texte, l'entrepreneur principal (ce qu'est la société Batimen au cas d'espèce) ne peut en effet céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement, sauf à obtenir, préalablement et par écrit, un cautionnement personnel et solidaire d'un établissement qualifié vis-à-vis des sous-traitants. En l'espèce, la cession porte sur la totalité des créances que la société Immo doit à la société Batimen au titre de la réalisation de l'ouvrage. Cette cession comprend donc la créance de prix se rapportant aux travaux réalisés par les sous-traitants. Le cautionnement prévu par l'article 13-1 aurait donc dû être constitué par la société Batimen. Mais, contrairement à ce qu'affirme la SCI Immo, la cession faite au mépris de l'article 13-1 n'est pas pour autant frappée de nullité. Celle-ci est valable entre les parties mais inopposable aux sous-traitants qui peuvent en conséquence demander le paiement des travaux qu'ils ont réalisés directement au maître de l'ouvrage (c'est-à-dire au débiteur cédé). Ce dernier doit les payer sans pouvoir notamment prendre prétexte de la notification qui lui a été faite par le cessionnaire et qui lui interdit en principe de payer les créances cédées dans d'autres mains que les siennes. Les sous-traitants priment ainsi le cessionnaire, même si l'action directe en paiement est exercée après la date portée sur le bordereau et après sa notification (Com. 22 nov. 1988, v. ss « Documents »).

Le cessionnaire primé n'est pas sans recours. Il peut agir en paiement contre le cédant, garant solidaire du paiement des créances cédées (C. mon. fin., art. L. 313-24). Mais, en l'espèce, cette action en garantie est paralysée par l'ouverture d'une procédure collective contre l'entrepreneur principal. Le principe de suspension des poursuites individuelles interdit aux créanciers antérieurs d'agir en paiement d'une somme d'argent due par le débiteur, à compter du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-

21, I; v. ss chapitre 8) Le cessionnaire doit donc déclarer sa créance au passif de la procédure.

Le cessionnaire devrait également pouvoir agir contre le débiteur cédé qui a délivré acceptation de la cession. Par son acceptation, le débiteur cédé s'engage à payer directement le cessionnaire sans pouvoir lui opposer les exceptions nées de ses rapports personnels avec le cédant. Or, l'extinction de la créance cédée par son paiement aux sous-traitants constitue une exception que le débiteur cédé pourrait opposer au cédant mais qui ne peut en revanche être opposée au cessionnaire.

## II. Cession de la créance détenue sur la société Dublan

La créance détenue par la société Batimen sur la société Dublan a été cédée à deux reprises : lors de la cession « Dailly » (3 août) et lors du tirage de la lettre de change (26 sept.) pour laquelle le tiré a donné son acceptation. Normalement, le conflit entre le porteur d'une lettre de change acceptée et le cessionnaire « Dailly » se résout en faveur du premier si l'acceptation est antérieure à la cession « Dailly » ou à sa notification (Com. 7 déc. 1995, *RTD com.* 1995. 626, obs. M. Cabrillac). En l'espèce, la lettre de change a été tirée avant la cession mais aucune précision n'est donnée concernant la date de l'acceptation. La preuve de l'antériorité de l'acceptation doit être établie par le tiré lui-même pour que son paiement entre les mains du porteur puisse être considéré comme libératoire (Com. 7 mars 1995, v. ss « Documents »). Cette antériorité s'apprécie, non pas par rapport au jour de la cession, mais par rapport au jour de la notification.

Par conséquent, si l'acceptation est antérieure à la notification, le paiement fait au porteur de la lettre de change acceptée est libératoire. Pour pouvoir être payée, la banque Somono devrait en principe agir contre la société Batimen, garante solidaire du paiement de la créance cédée, en déclarant sa créance au passif de la procédure collective ouverte contre elle (sur les conséquences de l'ouverture de la procédure collective du cédant v. ss I). Mais, ici, la traite n'a pas circulée. Le tireur en est resté porteur. Dans cette hypothèse particulière, la Cour de cassation prive de son caractère libératoire le paiement du tiré entre les mains du tireur, resté porteur, en considérant que le tiré doit opposer à la demande en paiement du tireur-porteur la cession de créance, si le tiré en a reçu notification avant la demande de paiement (Com. 21 mars 1995, v. ss « Documents »).

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442789952:88866152:196.200.176.177:1581011700

ch a p i t r e



## Le chèque émis sans provision et les incidents de paiement

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1442789952:88866152:196.200.176.777:581011700

## Plan analytique

### section 1

#### L'émission de chèque sans provision

- § 1 L'exigence d'une provision au jour de l'émission
  - A. L'origine de la provision
  - B. Les caractères de la provision
- § 2 Les sanctions de l'émission sans provision
  - A. L'interdiction bancaire
  - B. Les effets de l'interdiction bancaire à l'égard du tireur en procédure collective
  - C. Les recours du banquier tiré

### section 2

#### L'opposition au paiement du chèque

- § 1 Les conditions de l'opposition
  - A. Les cas d'opposition légitime
  - B. La forme de l'opposition
  - C. Le titulaire du droit d'opposition
- § 2 Les effets de l'opposition
  - A. Le blocage de la provision
  - B. La mainlevée de l'opposition illégitime

#### Compléments pédagogiques

## Le chèque émis sans provision et les incidents de paiement

Le *chèque*<sup>o</sup> est un écrit par lequel une personne, appelée « tireur », donne l'ordre à un établissement de crédit, désigné sous le nom de « tiré », de payer à vue une certaine somme à son ordre ou en faveur d'une tierce personne, appelée « bénéficiaire ».

735 ■

Comme la lettre de change, le chèque est un effet de commerce (v. ss 567). Mais, à la différence de celle-ci, le chèque est un titre de banque. Il est obligatoirement tiré sur un établissement de crédit, dépositaire des fonds appartenant au tireur, qui effectue pour le compte de celui-ci, paiements et encaissements.

Le chèque a été introduit en France par une loi du 14 juin 1865. S'il reste encore aujourd'hui l'un des principaux instruments de paiement, il est désormais concurrencé par de nouveaux moyens de paiement (tels que le virement, la carte de paiement ou le titre interbancaire de paiement, v. ss chapitre 22) qui ne nécessitent pas obligatoirement un support papier et offrent souvent une meilleure sécurité pour leur bénéficiaire.

736 ■

Les incidents de paiement en matière de chèque sont en effet nombreux. En cas de perte ou de vol, le tireur peut tout d'abord s'opposer au paiement du chèque (section 2). Mais, l'insécurité tient avant tout à l'émission de chèques sans provision (section 1).

### section 1

## L'émission de chèque sans provision

Bien qu'il puisse remplir d'autres fonctions, notamment une fonction de garantie (v. ss « Quiz »), le chèque est par nature un instrument de paiement payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite (L. 131-31, al. 1 C. mon. fin. Com. 3 juin 2003, *D.* 2003. AJ 1836, obs. V. Avena-Robardet). De ce fait, *sa provision doit exister dès l'émission*, à défaut le chèque est un chèque sans provision. À titre d'exemple, lorsqu'un chèque est envoyé par voie postale, la provision doit exister dès cet envoi et non au jour de sa réception (Com. 18 déc. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 326). Il s'agit d'une différence essentielle avec la lettre de change pour laquelle la provision doit seulement exister au jour de l'échéance.

737 ■

*La date d'émission du chèque doit cependant être distinguée de la date de sa création* (Com. 31 janv. 2006, v. ss « Documents »). La date de création du chèque correspond à la date à laquelle le chèque est établi, c'est-à-dire la date à laquelle il est tiré. En revanche, la date d'émission correspond à la date à laquelle *le chèque est remis au bénéficiaire*. C'est ainsi au jour de la remise du chèque, qu'il y aura transfert de la provision (du moins si celle-ci existe). Si ces deux dates correspondent le plus souvent en pratique, la date d'émission d'un chèque peut en revanche être postérieure à sa



date de création. Cette distinction est importante lorsque le tireur « tombe » en procédure collective. Si le chèque a été émis (donc remis) au bénéficiaire avant cette date, il doit recevoir paiement car l'émission emporte le transfert de propriété de la provision au bénéficiaire. Toutefois, la Cour de cassation a rappelé que ce dernier principe ne s'applique qu'à la condition que la provision du chèque émis existait bel et bien au jour du jugement ayant ouvert la procédure collective contre le tireur (Com. 12 janv. 2010, *Gaz. Pal.* 17 avr. 2010, p. 36, note R. Bonhomme ; *Banque et Droit* mai-juin 2010. 17, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 2010. 592, obs. D. Legeais).

À l'opposé, si le chèque a été créé avant le jugement d'ouverture mais émis après le jugement d'ouverture, le bénéficiaire ne peut recevoir paiement et doit donc déclarer sa créance à la procédure.

La preuve de la date d'émission du chèque incombe au bénéficiaire. Cette preuve peut être établie par tous moyens (Com. 31 janv. 2006, préc.).

## § 1 L'exigence d'une provision au jour de l'émission

■ 738

La *provision du chèque*<sup>o</sup> correspond à la créance de somme d'argent, détenue par le tireur à l'encontre du tiré. Cette créance peut avoir diverses origines (A) mais devra, dans tous les cas, revêtir certains caractères pour valoir provision (B).

### A. L'origine de la provision

■ 739

La provision résulte le plus souvent d'un dépôt d'espèces monétaires mais peut aussi être constituée par la remise d'effets de commerce à titre d'escompte (lettres de change, billets à ordre) ou de chèques en vue de leur encaissement.

La provision peut également résulter d'une *ouverture de crédit*<sup>o</sup>. L'ouverture de crédit est une autorisation de découvert, accordée par le banquier à son client, lui permettant d'effectuer des paiements alors que son compte n'est pas suffisamment créditeur. Selon les cas, l'ouverture de crédit est expresse ou simplement tacite. Elle peut aussi être accordée pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, l'ouverture de crédit ne pourra pas être révoquée avant la survenance du terme convenu. Dans le second, la révocation peut avoir lieu à tout moment dès lors qu'elle n'est pas abusive. Toutefois, lorsque l'ouverture de crédit est accordée à une entreprise, la révocation doit être notifiée par écrit *et respecter un préavis minimal de soixante jours* (C. mon. fin., art. L. 313-12, D. 313-14-1). Le non-respect de ce délai minimal est sanctionné par la nullité de la rupture du concours bancaire (C. mon. fin., art. L. 313-12, al. 1<sup>er</sup> *in fine*).

En toute hypothèse, la révocation ne peut porter atteinte aux droits du bénéficiaire du chèque qui a été émis *avant* celle-ci, même si le chèque est présenté postérieurement à la révocation de l'ouverture de crédit (Com. 30 mai 2000, *RD bancaire et bourse* 2000. 290. n° 183, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard).

■ 740

La provision peut enfin résulter de *facilités de caisse*<sup>o</sup> lorsque le banquier a toléré que des chèques excédant la provision disponible soient émis et les a payés à découvert. La distinction entre la facilité de caisse et l'ouverture de crédit est délicate à mettre en œuvre en pratique. C'est pourquoi, la jurisprudence s'attache-t-elle à la périodicité des facilités de caisses accordées par le banquier et considère que :

- lorsque les facilités de caisse ont un caractère habituel, elles sont alors assimilables à une ouverture de crédit tacite, et ne peuvent en conséquence être révoquées qu'après un préavis raisonnable (Paris, 26 sept. 1989, *Gaz. Pal.* 30 mars 1990, p. 10) ou, selon les formes prévues par l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, lorsqu'elles sont accordées à une entreprise (Colmar, 18 juin 1996, *JCP E* 1997. Pan. 555).

- en revanche, lorsque les facilités de caisse sont consenties de manière exceptionnelle, elles s'analysent alors en une simple tolérance qui ne crée, au profit du client, aucun droit à son renouvellement (Com. 4 mars 1986, *D.* 1987. 25, note M. Cabrillac).

En fait, comme le souligne le professeur R. Bonhomme, « en l'absence d'une autorisation de découvert *formelle*, le banquier est maître du paiement du chèque quand le compte n'est pas approvisionné par son titulaire » (R. Bonhomme, « Instruments de paiement et de crédit », *op. préc.*, n° 314).

## B. Les caractères de la provision

La provision doit *exister au jour de l'émission du chèque* (C. mon. fin., art. L. 131-4, al. 2 ; v. sur la notion de date d'émission : v. ss 737). En cas de contestation, la charge de la preuve de l'existence de la provision au jour de l'émission incombe au tireur et à lui seul (C. mon. fin., art. L. 131-4, al. 3 ; Com. 4 déc. 1979, *D.* 1980. IR 435, obs. M. Cabrillac). Elle peut être faite par tous moyens.

La provision doit également être *disponible et suffisante*, c'est-à-dire d'un montant au moins égal à celui des chèques émis. Elle est en outre *irrévocable* : elle doit par conséquent être maintenue jusqu'à l'encaissement du chèque ou jusqu'à l'expiration du délai de prescription.

741 ■

## § 2 Les sanctions de l'émission sans provision

Les incidents de paiement liés à l'absence de provision sont nombreux. Pourtant, il n'existe plus aujourd'hui de délit spécifique d'émission de chèque sans provision. La matière a en effet progressivement fait l'objet d'une « dépenalisation ». Ce mouvement trouve son origine dans les lois du 2 janvier 1972 et du 3 janvier 1975, et, a été amplifié par la loi du 30 décembre 1991 et le décret du 22 mai 1992.

Une nouvelle forme de sanction est ainsi apparue dont le tiré constitue le pivot : l'interdiction bancaire (A). Cette *sanction civile* peut être suspendue lorsque le tireur est l'objet d'une procédure collective (B). Tout paiement par le tiré d'un chèque sans provision lui ouvre des recours (C).

742 ■

### A. L'interdiction bancaire

L'*interdiction bancaire*<sup>o</sup> s'applique indépendamment de la bonne foi du tireur. Elle frappe notamment celui qui a émis, par inadvertance, un chèque sans provision.

En cas d'émission de chèque sans provision, le banquier tiré peut en refuser le paiement, *après avoir informé, par tous moyens*, le titulaire du compte du défaut de provision (C. mon. fin., art. L. 131-73, al. 1<sup>er</sup>). Cette obligation d'information pesant sur le tiré est entendue très strictement par la jurisprudence. Il s'agit d'une information spéciale. Sous peine d'engager sa responsabilité, le tiré doit adresser à son client (le tireur) un avertissement précisant l'absence de provision mais également les conséquences pour lui du défaut de provision. Ce n'est qu'après cette information

743 ■

(et si la situation n'est pas régularisée) que le tiré peut procéder au rejet du chèque litigieux pour défaut de provision suffisante (Com. 14 mars 2006, v. ss « Documents » ; *adde* : Com. 31 mai 2005, *RTD com.* 2005. 813, obs. M. Cabrillac, *JCP E* 2005. 1412, note B. Krimmer).

Le tiré doit également déclarer l'incident de paiement auprès de la Banque de France. Cette déclaration doit être faite dans les deux jours ouvrés *suivant le refus de paiement du chèque* (Décr. 22 mai 1992, art. 16). Elle a pour objet de permettre à la Banque de France d'informer les autres établissements de crédit de l'interdiction bancaire du titulaire.

Le banquier tiré doit également enjoindre immédiatement au titulaire du compte :

- d'une part, de restituer à tous les banquiers dont il est le client les formules en sa possession ainsi que celles détenues par ses mandataires ;
- et, d'autre part, de ne plus émettre d'autres chèques que des *chèques de retrait*<sup>o</sup> (C. mon. fin., art. L. 131-73, al. 1<sup>er</sup>).

■ 744 En cas de compte collectif, et lorsque l'incident de paiement est le fait de l'un quelconque des titulaires, l'interdiction bancaire frappe de plein droit le titulaire qui aura été désigné à cet effet d'un commun accord (C. mon. fin., art. L. 131-80, al. 1<sup>er</sup>). Celui-ci sera alors frappé d'une interdiction d'émettre des chèques aussi bien sur ce compte que sur les comptes dont il est individuellement titulaire. Si aucun « bouc émissaire » n'a été désigné, l'interdiction s'appliquera à tous les titulaires du compte collectif, et, sera étendue aux comptes qu'ils détiennent à titre personnel (C. mon. fin., art. L. 131-80, al. 2).

■ 745 L'article L. 131-73 du Code monétaire et financier organise néanmoins une procédure de régularisation qui permet au titulaire du compte de recouvrer la possibilité d'émettre des chèques en réglant le montant du chèque impayé ou en constituant une provision suffisante pour en assurer le règlement par le tiré (C. mon. fin., art. L. 131-73, al. 2). À défaut de régularisation, le tireur est frappé d'une interdiction d'émettre des chèques qui est aujourd'hui de cinq ans (C. mon. fin., art. L. 131-78). Ce délai court à compter de l'injonction.

## **B. Les effets de l'interdiction bancaire à l'égard du tireur en procédure collective**

■ 746 L'interdiction d'émettre des chèques pendant cinq ans est l'objet de dispositions particulières lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le tireur.

En cas d'ouverture d'une procédure de *sauvegarde* ou de *redressement judiciaire* ayant abouti à l'adoption d'un plan, il est désormais prévu depuis la loi du 26 juillet 2005 que toute interdiction d'émettre des chèques prononcée avant le jugement d'ouverture est levée de plein droit (C. com., art. L. 626-13, L. 631-19, I). Auparavant, cette suspension n'avait pas un caractère automatique mais était prononcée à la discrétion du tribunal. Cette solution nouvelle a pour objet de redonner à l'entreprise toutes ses chances de se réintégrer dans le circuit économique.

Des solutions spécifiques sont en revanche posées en cas de *liquidation judiciaire* et de *rétablissement professionnel sans liquidation* (v. chapitre 13). L'article L. 643-12 du Code de commerce prévoit que la clôture de la liquidation judiciaire ainsi que celle de la procédure de rétablissement professionnel *suspendent* (et non pas lèvent) les

effets de l'interdiction bancaire prononcée antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction bancaire, simplement suspendue, a vocation à reprendre ses effets si les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle, notamment en cas de fraude à leur droit (v. ss chapitre 13). La reprise de l'interdiction bancaire s'opérera alors à compter de la délivrance du titre exécutoire que les créanciers peuvent obtenir. Dans ce cas, l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire est notifiée par le greffier, aux frais du créancier poursuivant, à la Banque de France, accompagnée du relevé des incidents de paiement de chèques.

### C. Les recours du banquier tiré

En cas de paiement d'un chèque émis sans provision par le tireur, le tiré dispose de deux catégories de recours. 747 ■

- *en recours cambial* contre le tireur en vertu de l'article L. 131-83 du Code monétaire et financier qui prévoit que le tiré est alors subrogé dans les droits du porteur du chèque à concurrence de la somme dont il a fait l'avance.

- *un recours de droit commun contre le bénéficiaire* en remboursement du montant de l'avance du chèque (Com. 30 janv. 1996, D. 1996. 320, note J.-L. Rives-Lange ; *RD banc. et bourse* 1996. 53, obs. F. Crédot et Y. Gérard)

Il est cependant des hypothèses dans lesquelles le banquier tiré doit payer le chèque alors que la provision serait absente, insuffisante ou indisponible. 748 ■

L'article L. 131-82 du Code monétaire et financier prévoit, tout d'abord, l'obligation pour le banquier tiré de payer, nonobstant l'absence ou l'insuffisance de provision, tout chèque établi sur une formule délivrée par lui d'un montant égal ou inférieur à 15 euros. Ces chèques ne peuvent ainsi jamais être considérés comme émis sans provision. Le banquier qui a payé est alors subrogé dans les droits du porteur à concurrence de la somme dont il a fait l'avance. Pour recouvrer le montant de sa créance, il peut soit prélever d'office la somme correspondante sur le compte de son client, soit mettre ce dernier en demeure de la lui payer (C. mon. fin., art. L. 131-83).

L'article L. 131-81, I du Code monétaire et financier oblige également le banquier tiré à payer, même en l'absence de provision ou de provision insuffisante, les chèques émis au moyen d'une formule dont il n'a pas obtenu la restitution par le tireur, sauf s'il établit qu'il a bien adressé à ce dernier la lettre d'injonction prévue par l'article L. 131-73 (sur cette obligation : v. ss 743).

Selon le même texte, il doit payer tout chèque émis au moyen d'une formule qu'il aurait remis à son client en violation de l'interdiction bancaire dont il serait l'objet (C. mon. fin., art. L. 131-81, I, 2°).

## section 2

### L'opposition au paiement du chèque

L'*opposition*<sup>o</sup> est l'interdiction faite au tiré par le tireur de payer le chèque qui lui sera présenté au paiement jusqu'à ce que cette opposition soit levée. L'opposition est 749 ■

exceptionnelle (§ 1). Elle remet en effet en cause deux principes majeurs du droit du chèque : le transfert de la provision dès l'émission et le caractère irrévocable du mandat de payer donné au tiré (§ 2).

## § 1 Les conditions de l'opposition

- 750 Ces conditions concernent les causes d'opposition au paiement d'un chèque (A), la forme de l'opposition (B) et le titulaire du droit d'opposition (C).

### A. Les cas d'opposition légitime

- 751 L'article L. 131-35, al. 2, du Code monétaire et financier énumère les cas dans lesquels le tireur est autorisé à former opposition au paiement d'un chèque. Ceux-ci sont au nombre de quatre :

– *la perte* : cette notion est interprétée strictement. La jurisprudence refuse de reconnaître la perte d'un chèque lorsqu'il est remis volontairement (Com. 1<sup>er</sup> févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 68) ou lorsqu'il est adressé par erreur à un homonyme (Com. 12 oct. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 314) ;

– *le vol*, auquel la jurisprudence assimile l'extorsion sous la contrainte et la menace de violence (Com. 26 juin 1979, *RTD com.* 1979. 780, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Langes ; Com. 8 oct. 2002, *D.* 2002. 2940, obs. V. Avena-Robardet) ;

– *l'utilisation frauduleuse* : ce cas d'opposition est l'objet d'une interprétation assez large par la Cour de cassation qui en fait application en cas de manœuvres frauduleuses pour obtenir et utiliser un chèque, même si ces manœuvres ne s'accompagnent d'aucune falsification du chèque (Com. 24 oct. 2000, *RTD com.* 2001. 195, obs. M. Cabrillac). En revanche, elle refuse assez curieusement d'en faire application à l'encaissement d'un chèque émis à titre de garantie d'une créance ou *chèque de garantie*<sup>o</sup> (Com. 24 oct. 2000, *RTD com.* 2001. 195, obs. M. Cabrillac ; v. ss rubrique « Documents ») ;

– *le redressement et la liquidation judiciaire du porteur* : ce cas d'opposition est souvent jugé inutile car l'ouverture d'une procédure collective, du moins lorsqu'il s'agit d'un redressement judiciaire, n'empêche plus de plein droit assistance ou dessaisissement du débiteur. En outre, pour que l'opposition puisse prospérer, celle-ci doit être faite avant que le chèque ne soit remis au liquidateur (Com. 8 juill. 2008, *RTD com.* 2008. 827, obs. D. Legeais ; *Banque et Droit* sept-oct. 2008. 26, obs. Th. Bonneau).

- 752 Cette énumération est limitative. La jurisprudence refuse de reconnaître d'autres causes d'opposition que celles prévues par l'article L. 131-35 (Com. 30 mai 1995, *D.* 1996. Somm. 35, obs. M. Cabrillac). À titre d'exemple, la Cour de cassation a jugé illégitime l'opposition faite en cas de redressement judiciaire du tireur (Com. 12 mars 1996, *RTD com.* 1996. 501, obs. M. Cabrillac).

Lorsque le banquier tiré reçoit une opposition qui n'est justifiée par aucune des causes prévues par la loi, il doit adresser au titulaire du compte une lettre lui indiquant la raison pour laquelle son opposition ne peut être admise (Décr. 22 mai 1992, art. 41). Cette obligation est source de responsabilité, et, rompt avec la jurisprudence antérieure selon laquelle le tiré n'a pas à se faire juge de l'opposition du tireur (Com. 16 juin 1992, *RTD com.* 1992. 648, obs. M. Cabrillac et B. Teysié).

Toutefois, si le banquier doit apprécier la légitimité de la cause de l'opposition, il n'a pas pour autant à en vérifier la réalité par des investigations personnelles destinées à s'assurer que le chèque a bien été perdu ou volé, ou bien encore, que le porteur est effectivement l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. (Com. 8 oct. 2002, *D.* 2002. AJ 2940, obs. V. Avena-Robardet). Son contrôle est donc un contrôle *a minima*.

## B. La forme de l'opposition

L'opposition doit être confirmée *par écrit*, quel que soit le support de cet écrit (C. mon. fin., art. L. 131-35, al. 2). Le banquier doit, pour sa part, informer par écrit le titulaire du compte des sanctions encourues en cas d'opposition illégitime, c'est-à-dire fondée sur une cause différente de celles énumérées limitativement par la loi.

753 ■

## C. Le titulaire du droit d'opposition

Il ne fait aucun doute que *le tireur est le titulaire naturel du droit d'opposition*. Mais, peut-il également être reconnu au porteur ? Une partie de la doctrine y est favorable lorsque le porteur a été dépossédé de son chèque par vol ou par perte. Il a alors un intérêt légitime à former opposition pour préserver les droits qu'il a acquis sur la provision. Une autre partie de la doctrine estime au contraire que cette extension est difficilement compatible avec le caractère restrictif de l'opposition. Cette question n'a reçu, pour l'heure, aucune réponse de la part de la jurisprudence.

754 ■

## § 2 Les effets de l'opposition

L'opposition emporte *révocation du mandat de payer donnée au tiré*. La provision est dès lors bloquée (A). La mainlevée de l'opposition peut toutefois être demandée lorsque l'opposition du tireur est illégitime (B).

755 ■

### A. Le blocage de la provision

*Dès réception de l'opposition, le banquier tiré doit bloquer la provision* correspondant au montant du chèque pour lequel l'opposition a été faite. L'opposition emporte ainsi révocation du mandat de payer donné au tiré.

756 ■

Ce blocage de la provision prend effet, pour tous les guichets de la banque, au moment même où l'opposition est reçue (Com. 20 juin 1977, *D.* 1978. 398, note Ch. Gavalda) et dure jusqu'à la mainlevée de celle-ci ou à défaut jusqu'à l'expiration du délai de prescription du chèque qui est actuellement de trois ans (Req. 18 juin 1946, *JCP* 1946. II. 3252, rapp. P. Lescot).

### B. La mainlevée de l'opposition illégitime

L'action en mainlevée d'une opposition illégale appartient au seul porteur (Com. 31 janv. 1984, *RTD com.* 1984. 698, obs. M. Cabrillac). Le prononcé de la mainlevée est de la compétence du juge des référés (C. mon. fin., art. L. 131-35, al. 4). Le juge des référés se trouve, en cette hypothèse, dans une situation de compétence liée. Il doit prononcer la mainlevée si l'opposition a été formée en dehors des cas prévus par la

757 ■

loi. Il doit la rejeter dans le cas contraire. Il ne peut en revanche ordonner la mise sous séquestre des fonds correspondant au chèque (Com. 17 mai 1988, *RTD com.* 1988. 657, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).



## Compléments pédagogiques

### Mémo

Le chèque est *un instrument de paiement* par lequel une personne, appelée « tireur », donne l'ordre à un établissement de crédit, appelé « tiré », de payer une certaine somme à son ordre ou au bénéfice d'un tiers, appelé « bénéficiaire ».

*La provision d'un chèque doit exister au jour de son émission.*

La provision correspond à la *créance de somme d'argent détenue par le tireur contre le tiré*.

*La provision doit être disponible et suffisante*, c'est-à-dire d'un montant au moins égal au chèque qui a été émis. La provision peut consister dans le dépôt d'une somme d'argent, une ouverture de crédit ou des facilités de caisse.

L'émission d'un chèque sans provision est sanctionnée par *l'interdiction bancaire du tireur*.

L'interdiction bancaire est *une sanction civile*.

L'opposition au paiement d'un chèque n'est possible *qu'en cas de perte, de vol, d'utilisation frauduleuse du chèque ou de redressement ou liquidation judiciaire du porteur*.

*L'opposition immobilise la provision entre les mains du tiré.*

La mainlevée d'une opposition illégitime doit être demandée par le porteur *au juge des référés*.

L'encaissement d'un chèque de garantie ne constitue pas une utilisation frauduleuse du chèque justifiant une opposition légitime.

### Quid

#### ■ Chèque n° 735

Titre négociable par lequel une personne, appelée « tireur », donne l'ordre à un établissement de crédit, appelé « tiré », de payer à vue une somme d'argent au profit d'une troisième personne, appelée « bénéficiaire » ou « porteur ».

#### ■ Chèque de retrait n° 743

Chèque par lequel le tireur donne l'ordre au tiré de payer à vue une somme d'argent à son ordre.

#### ■ Chèque de garantie n° 751

Chèque émis en garantie d'une créance.



■ **Facilités de caisse n° 740**

Tolérance d'un établissement de crédit consistant à payer à découvert un chèque dont le montant excède la provision disponible.

■ **Interdiction bancaire n° 743**

Sanction frappant le tireur ayant émis un chèque sans provision et lui interdisant l'émission de chèque de paiement pendant une période de cinq ans.

■ **Opposition n° 749**

Interdiction faite au tiré par le tireur de payer le chèque présenté au paiement en cas de perte, de vol, de redressement ou liquidation judiciaire du porteur, ou d'utilisation frauduleuse.

■ **Ouverture de crédit n° 739**

Autorisation de découvert, accordée par un établissement de crédit à son client, qui permet à ce dernier d'effectuer ses paiements alors que son compte n'est pas suffisamment approvisionné.

■ **Provision du chèque n° 738**

Créance de somme d'argent détenue par le tireur sur le tiré qui doit exister et être disponible et suffisante au jour de l'émission du chèque.

## Documents

### 1) Distinction entre date de création et date d'émission du chèque

**Com. 31 janv. 2006 (P+B+R) (extraits)**

**(RTD com. 2006. 455, obs. D. Legeais; D. 2007. Pan. 573, obs. D.-R. Martin)**

« Mais attendu, d'une part, qu'après avoir énoncé à bon droit que la date d'émission d'un chèque ne peut être présumée être celle de sa création, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a retenu que le bénéficiaire ne versait aucune pièce, telle des factures acquittées, susceptible d'établir que le tireur s'était dessaisi à son profit des chèques litigieux avant le 27 avril 2001, jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective du tireur ;

Et attendu, d'autre part, que la date d'émission d'un chèque étant un fait qui peut être établi par tout moyen, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a fixé cette date, en l'absence de tout autre élément, à celle de la remise des chèques litigieux à l'encaissement ; D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches (...) »

## 2) Chèque sans provision et obligation d'information du tiré

### Com. 14 mars 2006 (extraits)

(D. 2006. AJ 979, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2006. 455, obs. D. Legeais)

« Vu l'article L. 131- 73 du Code monétaire et financier ;

Attendu que pour écarter toute responsabilité de La Poste au regard de son devoir d'information préalable et limiter à la somme de 1 000 euros les dommages-intérêts alloués à M. X..., l'arrêt retient que La Poste avait respecté son obligation pour lui avoir adressé lors de l'ouverture du compte le 18 juin 2001 un courrier l'informant des conditions générales de son autorisation de découvert et des conséquences attachées à son non-respect ;

Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que La Poste n'avait pas adressé à M. X..., avant le rejet du chèque litigieux, un avertissement précis à ce sujet, ce dont il résultait que le tiré n'avait pas satisfait à ses obligations d'information, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le premier moyen pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier ;

Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient que M. X... ne pouvait reprocher à La Poste de ne pas l'avoir averti préalablement des conséquences de l'émission du chèque sans provision au motif qu'il l'avait prévenue, dans les jours qui ont suivi l'émission de ce chèque, et ne pouvait ainsi en ignorer les conséquences ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en toute circonstance, et quelle que soit la connaissance éventuelle par le client de l'insuffisance de provision du chèque qu'il se propose d'émettre et de ses conséquences juridiques, le banquier doit se conformer aux dispositions du texte susvisé lui imposant, avant le rejet d'un chèque, d'adresser à son client un avertissement précis à son sujet, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...).

## 3) Opposition et utilisation frauduleuse d'un chèque

### Com. 24 oct. 2000 (extraits)

(RTD com. 2001. 196, obs. M. Cabrillac)

« Attendu que pour ordonner la mainlevée de l'opposition, l'arrêt retient que la remise à sa banque d'un chèque par son bénéficiaire pour être encaissé et crédité sur son compte n'en constitue que l'utilisation normale et ne saurait en elle-même être qualifiée de frauduleuse, nonobstant l'absence de contrepartie effective en paiement et l'ouverture de ce fait d'une instruction pénale ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans se prononcer sur la prétention de M. et M<sup>me</sup> Olgard, selon laquelle le chèque n'avait été remis à M. Bourbier qu'à la suite de manœuvres frauduleuses de sa part, celui-ci leur ayant affirmé faussement que le véhicule qu'ils l'avaient chargé de commander pour eux en Belgique leur serait délivré dans ce pays dès après la remise du chèque litigieux entre ses mains, faits qui, s'ils étaient établis, constitueraient une fraude à la fois pour l'obtention et l'utilisation du chèque, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (...).

## Biblio

### 1) Sur la nature juridique du chèque

- H. Aubry, « Réflexions sur le chèque remis en garantie », *D.* 2000. Chron. 555.
- Th. Bonneau, « À propos du refus de considérer le chèque comme un effet de commerce », in *Prospectives économiques, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 323 s.
- M. Cabrillac, *Le chèque et le virement*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1980.
- J.-M. Jude, « Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité », *D.* 2003. Chron. 2675.

### 2) Sur la provision du chèque

- M. Boitard, « Facilités de crédit et chèques sans provision », *RTD com.* 1957. 553.
- M. Cabrillac et B. Teyssié, « La réforme des émissions sans provision », *RTD com.* 1992. 420 s.
- Y. Chaput, « La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement », *D.* 1992. Chron. 101.
- M. Vasseur, « Le chèque sans provision en France 1865-1992 », *JCP* 1992. I. 3562.

### 3) Sur l'opposition au paiement d'un chèque

- P. Berchon, « La mainlevée par le juge des référés de l'opposition du tireur au paiement du chèque », *RJ com.* 1988. 325.
- D. Cholet, « La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque », *RD bancaire et bourse* 2001. 178.
- A.-M. Romani, « L'opposition du tireur au paiement d'un chèque », *D.* 1985. Chron. 35.
- M. Vasseur, « Le banquier est-il en droit de payer un chèque frappé d'opposition par le tireur pour un motif autre que ceux prévus par la loi ? », *JCP* 1992. I. 3598.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### Cas pratiques

##### Énoncé n° 1

M. et M<sup>me</sup> Adaille sont titulaires d'un compte-joint, sur lequel est virée, tous les mois, une somme de 900 euros destinée au règlement des dépenses courantes du ménage. En fin de mois, alors que le crédit du compte est de 30 euros, M<sup>me</sup> Adaille émet deux chèques de 15 et 28 euros à l'ordre de deux commerçants de son quartier M. Manfred et M<sup>me</sup> Lurio. Lors de la présentation au paiement, la banque refuse de payer ces chèques, faute d'une provision suffisante.

I. Ce refus est-il légitime ?

II. Les époux Adaille vous informent que, jusqu'à présent, la banque acceptait de payer à découvert.

III. Quelles pourraient être, en l'espèce, les sanctions du défaut de provision ?

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## Énoncé n° 2

M. Balmorin a été mis en liquidation judiciaire par un jugement du 10 mars. Le liquidateur a formé opposition, auprès de la banque Simono, au paiement de deux chèques émis, la veille du jugement d'ouverture, à l'ordre de la société Dupleci et de M. Duaze. *Qu'en pensez-vous ?*

Voir le corrigé en fin de rubrique.

## 2) Corrigés

### Cas pratique n° 1

#### I. Le refus de paiement pour défaut de provision

L'insuffisance de provision s'analyse en un défaut de provision. Le refus de paiement du banquier est donc légitime. Toutefois, l'article L. 131-82 du Code monétaire et financier oblige le tiré à payer, même en l'absence de provision, tout chèque établi sur une formule délivrée par lui, lorsque son montant n'excède pas la somme de 15 euros. En l'espèce, le banquier ne peut donc refuser le paiement du chèque émis à l'ordre de M. Manfred en prenant prétexte de l'insuffisance de la provision. À la suite de ce paiement, la banque sera subrogée dans les droits du porteur à concurrence de la somme dont il a fait l'avance. En vertu des règles de la subrogation, le banquier pourra ainsi demander le paiement aux époux Adaile (art. L. 131-83 C. mon. fin.).

#### II. Provision et facilités de caisse

Les facilités de caisse sont en principe une tolérance révocable à tout moment. Le client ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement des facilités de caisse antérieurement accordées. Elles ne peuvent donc constituer provision pour l'avenir (Com. 4 mars 1986, D. 1987. 25, note M. Cabrillac). En revanche, lorsque le banquier a pris l'habitude de payer à découvert les chèques présentés au paiement, les facilités de caisse « se transforment » en une ouverture de crédit tacite. Les facilités de caisse semblent en l'espèce avoir un caractère habituel. Elles ne peuvent donc être rompues qu'après expiration d'un délai raisonnable. Tant que ce délai n'a pas expiré, les chèques sont considérés comme ayant été émis avec provision et doivent par conséquent être payés par le banquier. (Com. 30 mai 2000, *RD bancaire et bourse* 2000. 290. n° 183, obs. J. Credot et Y. Gérard). À défaut, la responsabilité du banquier peut être engagée non seulement par le tireur (C. mon. fin., art. L. 131-70, al. 2) mais aussi par le porteur sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (Com. 26 avr. 1984, *RTD com.* 1985. 126, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

#### III. Sanction de l'émission d'un chèque sans provision

La sanction de l'émission de chèque sans provision est celle de l'interdiction bancaire. Cette interdiction frappe normalement le titulaire du compte. Mais, en l'espèce, les chèques ont été émis sur un compte-joint, qui est un compte collectif. L'interdiction bancaire s'applique-t-elle uniquement à l'auteur de l'émission du chèque sans provision (M<sup>me</sup> Adaile) ou frappe-t-elle tous les titulaires du compte joint (les deux époux) ? En cas de compte collectif, l'article L. 131-81 du Code monétaire et financier distingue entre deux hypothèses. La première hypothèse consiste à désigner un des titulaires du

compte collectif comme interdit bancaire. Cette désignation se fait d'un commun accord entre les titulaires du compte. Le titulaire désigné est alors frappé d'une interdiction d'émettre des chèques aussi bien sur ce compte que sur les comptes dont il est personnellement titulaire. La seconde hypothèse est celle où aucun titulaire n'est désigné comme interdit bancaire. L'article L. 131-81 prévoit alors que l'interdiction bancaire s'applique à *tous* les titulaires du compte collectif, et, doit être étendue aux comptes qu'ils détiennent individuellement (C. mon. fin., art. L. 131-81, al. 2). Mais avant d'en arriver à cette situation, il faut rappeler que le tiré à l'obligation d'avertir les titulaires du compte de l'incident de paiement et des conséquences qui résulteraient du prononcé d'une interdiction bancaire (Com. 14 mars 2006, v. ss « Documents »). Par ailleurs, l'incident de paiement résultant de l'émission d'un chèque sans provision peut être régularisé. Cette régularisation consiste à régler le montant du chèque impayé ou à constituer une provision suffisante pour en permettre le paiement (C. mon. fin., art. L. 131-73, al. 2). Une fois la régularisation opérée, le titulaire du compte recouvre la possibilité d'émettre des chèques de paiement.

## Cas pratique n° 2

Avant de s'attacher à la légitimité de l'opposition, il faut se demander si le liquidateur est en droit de former opposition au paiement d'un chèque émis par le débiteur en liquidation judiciaire. Sur ce point, il faut rappeler que la liquidation judiciaire emporte de plein droit dessaisissement du débiteur (v. ss chapitre 13). Les droits et actions concernant son patrimoine sont désormais exercés pendant toute la durée de la liquidation par le liquidateur (C. com., art. L. 641-9). Sont exclus cependant du champ du dessaisissement les actes conservatoires. L'opposition est-elle un acte conservatoire ? La réponse est négative. L'opposition au paiement d'un chèque est un acte d'administration du patrimoine du débiteur. L'opposition est en effet une défense de payer faite par le tireur au tiré de payer le chèque pour lequel l'opposition est faite. Le liquidateur est donc en droit d'agir aux lieu et place du débiteur.

L'opposition est-elle légitime ? Les causes d'opposition sont énumérées, de manière limitative, par l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier. Sont visés par ce texte : la perte, le vol et l'utilisation frauduleuse d'un chèque ainsi que l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire *du porteur*. Or, en l'espèce, l'opposition formée par le liquidateur a pour cause l'ouverture de la liquidation judiciaire *du tireur*. Cette cause d'opposition est illégitime (Com. 12 mars 1996, *RTD com.* 1996. 501, obs. M. Cabrillac). Le banquier doit informer le liquidateur de son refus de faire suite à sa demande, et s'opposer au blocage de la provision, sous peine d'engager sa responsabilité (Com. 16 juin 1992, *RTD com.* 1992. 648, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié). En outre, si d'aventure le tiré exécutait l'opposition, le porteur pourrait alors agir en mainlevée de celle-ci devant le juge des référés (C. mon. fin., art. L. 131-35, al. 4).

chapitre



## Les autres instruments de paiement : le virement et la carte de paiement

## Plan analytique

### section 1

#### Le virement

- § 1 Le virement bancaire
  - A. L'ordre de virement
  - B. L'opération de virement
- § 2 Les mécanismes dérivés du virement
  - A. Le titre universel de paiement
  - B. L'avis de prélèvement

### section 2

#### La carte de paiement

- § 1 Les relations entre l'émetteur et l'adhérent
  - A. Nature et caractères du contrat
  - B. Les obligations respectives des parties
- § 2 Les relations entre l'émetteur et le fournisseur
- § 3 Le paiement par carte de paiement
  - A. L'irrévocabilité de l'ordre de paiement
  - B. L'opposition à l'ordre de paiement

#### Compléments pédagogiques

## Les autres instruments de paiement : le virement et la carte de paiement

Le paiement par chèque est aujourd'hui fortement concurrencé par l'utilisation de deux nouveaux moyens de paiement : le *virement*<sup>o</sup> et la *carte de paiement*<sup>o</sup>. Ces nouveaux instruments de paiement ont été créés par la pratique dans le but de remédier au coût du traitement du chèque pour les établissements de crédit en raison de sa gratuité et de l'usage d'un support papier mais également à son insécurité liée à la multiplication des chèques sans provision (v. ss chapitre 21).

758 ■

Le virement et la carte de paiement présentent de nombreux traits communs avec le chèque. Tout d'abord, ces trois instruments de paiement ont une finalité identique : *permettre le paiement d'une créance monétaire sans manipulation d'espèces fiduciaire* (billets, pièces). Par ailleurs, ils constituent tous les trois *des opérations de banque* et relèvent en conséquence du monopole des établissements de crédit (C. mon. fin., art. L. 511-5). Ces trois instruments de paiement recourent à une même technique juridique : celle du mandat.

Là s'arrêtent cependant les ressemblances car à la différence du chèque qui est un instrument de paiement « papier », *le virement et la carte de paiement constituent des instruments de paiement « scripturaux »* qui s'exécutent par un transfert de fonds de compte à compte, et, dont le dénouement se réalise en chambre de compensation.

Le virement (section 1) et la carte de paiement (section 2) sont soumis à des régimes juridiques distincts. À titre d'exemple, si le mandat de payer donné par virement est révocable, celui donné lors d'un paiement par carte de paiement est par nature irrévocable. Par ailleurs, si la carte de paiement est l'objet de règles spécifiques contenues dans le Code monétaire et financier (C. mon. fin., art. L. 132-1 s.), le virement n'est encore, pour l'heure, soumis à aucune réglementation légale spécifique.

### section 1

## Le virement

Le *virement*<sup>o</sup> se définit comme un procédé de transfert de fonds ou de valeurs par un jeu d'écriture de compte à compte : l'une au débit du compte du donneur d'ordre ; l'autre au crédit du compte du bénéficiaire.

759 ■

À la différence de la carte de paiement, le législateur s'est longtemps désintéressé du virement. Cette absence de réglementation a suscité des interrogations sur sa nature juridique réelle (v. J.-L. Garcia, « La nature du virement : la qualification juridique d'un procédé extra-légal », *LPA* 18 avr. 2008. 4 s.). En doctrine, la qualification de cession de créance ainsi que celle de délégation ont été proposées. Cependant aucune de ces qualifications ne permet d'expliquer pleinement l'opération de virement. La qualification de cession de créance suppose en effet le respect des formalités



d'opposabilité posées par l'article 1690 du Code civil. Or, cette exigence se révèle totalement irréaliste en pratique (v. S. Piedelièvre, *Instruments de crédit et de paiement*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Cours », 2014, n° 403). L'analyse du virement en une délégation parfaite est également contestée car le bénéficiaire du virement (délégataire) ne donne pas de décharge expresse au donneur d'ordre (délégant). Face à ces difficultés de qualification, la doctrine s'accorde à considérer que le virement constitue « une remise de monnaie scripturale » (v. S. Piedelièvre, *Instruments de crédit et de paiement*, préc.) ou bien encore « un jeu d'écritures de compte à compte » (R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, *op. préc.*, n° 400).

- 760 En dépit des incertitudes qui entourent sa nature juridique réelle, le virement connaît un succès croissant et constitue depuis l'ordonnance du 15 juillet 2009, ayant transposé en droit français la directive 2007/64/CE relative aux « services de paiement », un instrument de paiement dont le régime juridique est défini par les articles L. 133-1 du Code monétaire et financier

La simplicité, la modicité du coût et la sécurité juridique qui entourent le paiement par virement ont conduit les établissements de crédit à développer, au côté du virement bancaire *stricto sensu* (§ 1), des mécanismes qui en sont une forme dérivée (§ 2).

## § 1 Le virement bancaire

- 761 Techniquement, le virement repose sur deux opérations distinctes qui se succèdent chronologiquement. Tout d'abord, un *ordre de virement* donné par le titulaire du compte à débiter (appelé *donneur d'ordre*) à l'établissement teneur de son compte (A). Ensuite, l'*opération de virement* qui est l'exécution de l'ordre de virement par inscription de son montant au crédit du compte du bénéficiaire (B).

### A. L'ordre de virement

- 762 L'ordre de virement s'analyse en un *mandat de payer* donné par le donneur d'ordre à son banquier. En l'absence de réglementation spéciale, les conditions de l'émission de l'ordre de virement (1) ainsi que ses effets (2) ont été définis par la jurisprudence par référence au droit commun du mandat.

#### 1. Les conditions de l'émission de l'ordre de virement

- 763 Dans le silence de la loi, la validité de l'émission d'un ordre de virement n'est soumise à aucune condition de forme particulière. Il peut être donné par écrit, verbalement (Com. 4 juin 1996, *RTD com.* 1996. 700, obs. M. Cabrillac), par téléphone ou bien encore par voie électronique. En pratique (exception faite du virement électronique), l'ordre de virement est le plus souvent établi à partir de formules « papier » pré-imprimées et délivrées par l'établissement de crédit teneur du compte du donneur d'ordre. Mais rien n'interdit un virement sur « papier libre » dès lors qu'aucune stipulation de la convention de compte conclue entre le donneur d'ordre et l'établissement teneur de compte n'impose l'usage de ces formules pré-imprimées.

L'absence de tout écrit posera difficulté en cas de litige relatif à l'existence même de l'ordre de virement, de son montant ou de la personne du bénéficiaire. Cette difficulté de preuve est accentuée lorsque le donneur d'ordre du débit de son compte

a conservé son silence à la suite de la réception de ses relevés bancaires. Car la question se pose alors de savoir si ce silence vaut acceptation de l'opération portée en compte. À cette question, la jurisprudence répond par la positive mais tout en précisant que le silence conservé par le donneur d'ordre ne constitue qu'une présomption simple d'acceptation, qui peut en conséquence être combattue par tout moyen de preuve (Com. 3 nov. 2004, *RTD com.* 2005. 150, obs. M. Cabrillac ; D. 2005. 579, note E. Naudin).

Pour produire ses effets, l'ordre de virement doit satisfaire deux conditions de fond :

– 1<sup>re</sup> condition : parce que l'ordre de virement opère un transfert de fonds de compte à compte, il doit nécessairement émaner d'un donneur d'ordre, titulaire d'un compte dans une banque ou un établissement assimilé, en faveur d'un bénéficiaire, lui-même titulaire d'un compte dans une banque ou un établissement assimilé ;

– 2<sup>de</sup> condition : les fonds, objet du virement, doivent être disponibles. Autrement dit, tout ordre de virement suppose l'existence d'une *provision* préalable et suffisante à la date où il est donné (Com. 11 juill. 2006, *RTD com.* 2006. 889, obs. D. Legeais). À défaut, le banquier teneur de compte peut en refuser l'exécution. Comme pour le chèque (v. ss 739 s.), la provision peut résulter d'une ouverture de crédit ou de simples facilités de caisse (Com. 28 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 458, obs. D. Legeais). En revanche, à la différence du chèque, *le donneur d'ordre d'un virement sans provision ne s'expose à aucune sanction*. Il ne peut pas notamment être l'objet d'une interdiction bancaire.

Si la provision doit exister au jour où l'ordre de virement est donné, elle doit également être disponible. Cette condition fera défaut dans les cas suivants :

– lorsque la provision est l'objet d'une saisie-attribution par un créancier ;  
 – lorsque le donneur d'ordre est l'objet d'une procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Toutefois, *l'indisponibilité des fonds résultant de l'ouverture d'une procédure collective ne joue que si le montant du virement n'a pas encore été débité au compte du donneur d'ordre au jour du prononcé du jugement d'ouverture*. La date qui doit être ici prise en compte n'est pas la date de l'ordre de virement donné par le donneur d'ordre mais la date du débit de son compte par l'établissement de crédit. Cette solution s'explique par le fait que *l'ordre de virement n'emporte pas en lui-même transfert de la propriété de la provision au bénéficiaire*.

## 2. Les effets de l'émission de l'ordre de virement

Les effets de l'émission de l'ordre de virement doivent être appréciés à un double égard : à l'égard du donneur d'ordre (a) et à l'égard du banquier du donneur d'ordre (b).

### a. Les effets de l'émission de l'ordre de virement à l'égard du donneur d'ordre

Jusqu'à un passé très récent, et en vertu du droit commun du mandat, l'ordre de virement était librement révoquant par le donneur d'ordre jusqu'à la date de l'inscription de son montant au débit de son compte (Com. 26 janv. 1983, *RTD com.* 1984. 129, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié). La solution s'expliquait par le fait que l'émission de l'ordre de virement n'emportait pas transfert immédiat de propriété de la provision au profit du bénéficiaire de l'ordre de virement. L'application de cette règle emportait les conséquences suivantes :

764 ■

765 ■

766 ■

767 ■

- les fonds pouvaient être valablement saisis par les créanciers du donneur d'ordre jusqu'à la date du débit de l'ordre de virement au compte de leur débiteur ;
- le décès ou la survenance d'une incapacité du donneur d'ordre avant le débit de son compte emportait la caducité de l'ordre de virement ;
- l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du donneur d'ordre avant tout débit faisait obstacle au paiement du bénéficiaire du virement.

■ 768

Le principe de libre révocabilité de l'ordre de paiement, tel qu'organisé par la jurisprudence, a été singulièrement remis en cause par l'ordonnance du 15 juillet 2009 portant transposition en droit français de la directive 2007/64/CE du 24 avril 2007 dite directive « service de paiement ».

L'article L. 133-8, I du Code monétaire et financier dispose en effet aujourd'hui qu'un ordre de paiement (notamment donné par virement) ne peut plus être révoqué « une fois qu'il a été reçu par le prestataire de services de paiement du payeur ».

Aujourd'hui, c'est donc à la date de réception de l'ordre de virement par l'établissement de crédit teneur du compte du donneur d'ordre, et non plus à celle du débit du compte de celui-ci, que prend fin la possibilité de révoquer l'ordre de virement et que se trouve corrélativement transmise la provision au profit du bénéficiaire du virement.

**b. Les effets de l'émission de l'ordre de virement à l'égard du banquier donneur d'ordre**

■ 769

Avant que l'ordonnance du 15 juillet 2009 ne transpose la directive « services de paiement » du 24 avril 2007, les obligations mises à la charge du banquier du donneur d'ordre puisaient leur fondement dans les règles du mandat.

Depuis l'ordonnance du 15 juillet 2009, les conditions d'exécution d'un virement sont celles qui s'imposent pour l'exécution de n'importe quel type d'opération de paiement.

Il s'ensuit notamment que *l'ordre de paiement doit être exécuté à sa réception* (C. mon. fin., art. L. 133-9 C. mon. fin.), étant précisé que le montant de l'opération de paiement doit être crédité sur le compte du prestataire de service de paiement du bénéficiaire au plus tard à la fin du 1<sup>er</sup> jour ouvrable suivant le moment de la réception de l'ordre de paiement (C. mon. fin., art. L. 133-13).

Cependant, un tempérament est apporté à ce principe. L'article L. 133-8, III du Code monétaire et financier prévoit que le donneur d'ordre et son banquier peuvent convenir d'une autre date pour l'exécution ou le commencement d'exécution. Tel sera le cas en cas de virement permanent pour lequel il peut être prévu que le compte du donneur d'ordre ne sera débité, par exemple, que tous les 10, 20 ou 30 du mois. Ce report conventionnel d'exécution du virement est également possible en présence d'un virement ponctuel (R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, 10<sup>e</sup> éd. Litec, 2013, n° 400). Dans les deux cas, *la date butoir pour révoquer l'ordre de paiement est reportée* « à la fin du jour ouvrable précédant le jour convenu pour le débit des fonds », autrement dit la veille (C. mon. fin., art. L. 133-18, III).

De manière plus générale, si le banquier du donneur d'ordre est tenu d'exécuter l'ordre de paiement qui lui est transmis, il peut s'y opposer si le compte du donneur d'ordre n'est pas, ou insuffisamment, provisionné. Mais il doit alors en informer immédiatement le donneur d'ordre (C. mon. fin., art. L. 133-10).

Enfin, toute inexécution ou mauvaise exécution de l'ordre de virement engage la responsabilité du banquier (C. mon. fin., art. L. 133-22). Ainsi comme par le passé, le banquier engagera sa responsabilité en cas d'exécution tardive (Com. 27 juin 1995, *RTD com.* 1995. 820, obs. M. Cabrillac), en cas d'erreur en la personne du bénéficiaire ou du montant du virement, ou bien encore s'il n'a pas vérifié avant l'exécution que l'ordre de virement émanait bien du titulaire du compte (Com. 3 nov. 2004, *D.* 2005. 579, note Naudin). En sa qualité de mandataire à titre onéreux, sa responsabilité pourra être recherchée, même pour des fautes plus légères, sauf si une clause évasive a été stipulée. Toutefois, il faut rappeler que si celles-ci sont valables à l'égard des professionnels, elles sont illicites dans les relations avec les consommateurs. À cet égard, l'article L. 133-2 du Code monétaire et financier dispose que, « *sauf* dans les cas où l'utilisateur est une personne physique agissant pour des besoins non professionnels, il peut être dérogé *par contrat* aux dispositions de l'article L. 133-22 (...) ». Il s'ensuit qu'à l'égard des non professionnels ou consommateurs, la responsabilité du banquier est une *responsabilité objective* (R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, *op. préc.*, n° 402).

## B. L'opération de virement

L'opération de virement repose sur un *procédé scriptural* (ou jeu d'écriture) qui consiste à débiter le compte du donneur d'ordre et à créditer corrélativement celui du bénéficiaire de cet ordre. L'exécution de l'opération de virement conduit ainsi à faire rentrer en scène le banquier du bénéficiaire, sauf si le banquier du donneur d'ordre est dans le même temps celui du bénéficiaire. Dans cette hypothèse (qui n'est pas rare en pratique), le banquier cumule alors deux mandats et est seul responsable de la bonne exécution de l'opération de virement dans son ensemble.

L'exécution du virement emporte paiement de la dette du donneur d'ordre vis-à-vis du bénéficiaire. Mais à quelle date ? (1). Et que décider quand le paiement par virement est fait par erreur ? (2).

### 1. Date du paiement par virement

L'exécution du virement éteint la dette contractée par le donneur d'ordre à l'égard du bénéficiaire. Cet effet extinctif est toutefois soumis à l'acceptation par le bénéficiaire. Cette acceptation peut être expresse mais également tacite. L'acceptation tacite résulte du silence conservé par le bénéficiaire lors de la réception du relevé de compte.

Par ailleurs, la jurisprudence considère que l'effet extinctif du paiement par virement est subordonné à l'inscription effective de son montant au crédit du compte du bénéficiaire et non à la date à laquelle le montant du virement est débité au compte du donneur d'ordre (Civ. 1<sup>re</sup> 23 juin 1993, *D.* 1994. 27, note D.-R. Martin). Cependant, l'application de cette règle est d'une grande sévérité pour le donneur d'ordre lorsque le paiement doit avoir lieu avant une certaine date (ex. paiement de loyers avant le 30 de chaque mois), et, qu'un retard est apporté à l'inscription en compte par la banque du bénéficiaire alors que les fonds correspondant au montant du virement lui ont été remis par le banquier du donneur d'ordre. Aussi, la Chambre commerciale a jugé, dans un arrêt du 3 février 2009 que le virement vaut paiement « dès la réception des fonds par le banquier du bénéficiaire qui les détient pour le compte de son client (Com. 3 févr. 2009, v. ss « Documents »). Cette solution repose sur

770 ■

771 ■

le principe selon lequel le crédit du montant du virement porté au compte du bénéficiaire ne constitue qu'une régularisation comptable du dénouement de l'opération (en ce sens : Com. 18 sept. 2007, *JCP E* 2007. I. 2499, note N. Matthey).

Cette solution est confirmée par l'ordonnance « service de paiement » du 15 juillet 2009. L'article L. 133-14, I du Code monétaire et financier interdit en effet que la date de valeur d'une somme portée au crédit du compte du bénéficiaire puisse être postérieure à celle de la réception des sommes par le banquier du bénéficiaire qui doit les mettre à disposition de son client « sans délai », une fois que ces sommes ont été portées au crédit de son propre compte.

## 2. Cas particulier du paiement fait par erreur

■ 772

À compter de la réception des fonds par le banquier du bénéficiaire, le paiement ne peut plus être remis en cause sauf si ce paiement a été fait par erreur. Selon les cas, l'erreur peut être une erreur commise par le donneur d'ordre lui-même ou par le banquier du bénéficiaire.

*Lorsque l'erreur est une erreur du donneur d'ordre*, celui-ci ne peut remettre en cause le paiement opéré par virement. L'ordre de virement est en effet devenu irrévocable dès la date de réception de l'ordre de virement par l'établissement de crédit teneur du compte du donneur d'ordre (v. ss 768). Si l'opération de virement ne peut plus être remise en cause, le donneur d'ordre bénéficie cependant d'une action en répétition de l'indu contre le bénéficiaire. Cette action est ouverte en cas d'indu objectif (erreur sur le montant du virement) ou d'indu subjectif (erreur sur la personne du créancier bénéficiaire).

*Lorsque l'erreur est une erreur du banquier du bénéficiaire*, le banquier est tenu d'indemniser le donneur d'ordre en raison de la mauvaise exécution de sa mission (C. mon. fin., art. L. 133-22). Il bénéficie néanmoins d'une action en répétition contre le bénéficiaire. Cette action peut, une nouvelle fois, être exercée au titre d'un indu objectif (erreur sur le montant du virement) ou d'un indu subjectif (erreur sur la personne du créancier bénéficiaire).

## § 2 Les mécanismes dérivés du virement

■ 773

Fort de succès du virement, la pratique bancaire en a utilisé le modèle pour la création de deux nouveaux instruments de paiement : le *titre universel de paiement*<sup>o</sup> (A) et l'*avis de prélèvement*<sup>o</sup> (B).

### A. Le titre universel de paiement

■ 774

Le titre universel de paiement (appelé aussi TIP) constitue une modalité d'ordre de virement utilisé en cas de relations suivies entre un créancier et un débiteur. Cette modalité particulière de virement se caractérise par sa simplicité et l'économie de son traitement.

Le titre universel de paiement s'analyse en un *ordre de virement à échéance* (v. S. Piedelièvre, *Instrument de crédit et de paiement*, préc., n° 408). Le débiteur reçoit de son créancier une facture à laquelle est jointe une annexe détachable qui comporte les mentions suivantes :

- l'identification du créancier et du débiteur ;
- la somme à payer ;

– les coordonnées du créancier.

Pour payer sa dette, il suffit alors au débiteur de signer le titre interbancaire de paiement et de l'adresser au centre de traitement qui lui est indiqué. Ce mode de paiement simplifié suppose que le débiteur ait joint à son premier paiement un relevé d'identité bancaire. Après signature et envoi du débiteur, le titre universel de paiement est transmis par le créancier *par un procédé informatique* au banquier du débiteur qui en débitera le montant au jour de l'échéance mentionnée sur le titre.

## B. L'avis de prélèvement

L'*avis de prélèvement*<sup>o</sup> est également une forme dérivée du virement. Il consiste en une autorisation permanente de paiement donnée par un débiteur au profit d'un créancier déterminé. Cet instrument de paiement est en pratique utilisé pour le règlement de créances périodiques d'un montant identique.

Jusqu'à l'ordonnance « services de paiement » du 15 juillet 2009, le fonctionnement de l'avis de prélèvement reposait sur deux mandats permanents et distincts conclus tous deux par le débiteur. Le premier mandat était donné par le débiteur à l'un de ses créanciers pour lui permettre d'émettre des avis de prélèvement sur son compte bancaire. Le second mandat était donné par le débiteur à son banquier d'exécuter les avis présentés par le créancier.

Aujourd'hui, la validité de l'avis de prélèvement résulte du seul consentement donné par le payeur au bénéficiaire du paiement, lequel adressera l'ordre à son banquier qui le transmettra ensuite à celui du payeur pour exécution, sans que ce dernier ait reçu une autorisation (R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement, op. préc.*, n° 407).

À la différence du virement, cet ordre de paiement est révocable « au plus tard à la fin du jour ouvrable précédant le jour convenu pour le débit des fonds » (C. mon. fin., art. L. 133-8, II, al. 2). Une révocation au-delà de ce délai est cependant possible mais à la condition d'un accord entre les trois protagonistes que sont : le payeur, son banquier et le bénéficiaire (R. Bonhomme, *Instruments de paiement et de crédit, préc.*, n° 8).

## section 2

# La carte de paiement

Concurrente directe du chèque, la *carte de paiement*<sup>o</sup> (appelée aussi *carte accréditive*<sup>o</sup>) présente avec ce dernier de nombreux traits communs. Comme lui, elle est un *instrument de paiement* de créances monétaires sans manipulation d'espèce fiduciaire. La carte de paiement constitue également une *opération de banque*. D'où son nom de carte bancaire. L'article L. 133-17, II du Code monétaire et financier réserve en effet l'émission des cartes de paiement aux seuls établissements de crédits et établissements assimilés. Comme le chèque, elle repose sur un *ordre irrévocable* de paiement.

Cet ordre de paiement présente cependant la particularité d'être donné soit par signature manuscrite, soit sous le contrôle d'un code confidentiel. *Cependant, face au*

775 ■

776 ■

développement du télépaiement, il est aujourd'hui admis que le paiement par communication du numéro de carte bancaire vaut ordre de paiement (Paris, 8 juin 1999, *RTD com.* 1999. 939, obs. M. Cabrillac ; D. 2000. 337, obs. B. Thullier). Le mécanisme de la carte de paiement implique enfin une relation triangulaire entre, d'une part, l'établissement de crédit émetteur, d'autre part, le titulaire de la carte (appelé adhérent) et, enfin, le fournisseur (appelé aussi commerçant).

- 777 Aux termes de l'article L. 133-17, II du Code monétaire et financier, la carte de paiement poursuit une *double fonction*. Elle permet à son titulaire soit de retirer des fonds auprès de distributeurs et guichets automatiques, soit de les transférer au profit d'un tiers en vue de permettre le paiement de créances. Cette double fonction conduit à distinguer la carte de paiement de la *carte de retrait*<sup>o</sup> qui, comme son nom l'indique, a pour *fonction exclusive* de permettre à son titulaire de procéder à des retraits de fonds. Elle en permet aussi la distinction avec la *carte de crédit*<sup>o</sup>, avec laquelle elle est souvent confondue. À la différence de la carte de paiement, la carte de crédit est émise par un commerçant ou un organisme de crédit à la consommation, et, dont l'objet est d'accorder à son titulaire une ligne de crédit d'un montant prédéterminé qu'il peut utiliser à sa convenance et qu'il reconstitue à mesure de ses remboursements. *Ce type de carte constitue une opération de crédit à la consommation* (art. L. 311-9, C. consom.). La confusion opérée entre « carte de paiement » et « carte de crédit » résulte du fait que la carte de paiement confère, à titre *accessoire*, un certain crédit à son titulaire dans la mesure où il existe, d'une part, un décalage entre la réception de l'ordre de paiement et le moment où le compte du titulaire est débité, et, que d'autre part, le débit des achats effectués au moyen de la carte de paiement peut être différé. *Le crédit accordé n'en est donc pas un : il n'est que le résultat du délai de règlement.*

- 778 À la différence du chèque et à l'image du virement, la carte de paiement n'est l'objet d'aucune réglementation d'ensemble. Le Code monétaire et financier ne lui consacre que quelques articles dont l'objet est essentiellement destiné à sécuriser le paiement opéré par l'utilisation de ce nouvel instrument de paiement (§ 3). Les conditions de son fonctionnement sont avant tout d'origine contractuelle. Ce fonctionnement repose sur une double relation contractuelle : celle unissant le titulaire de la carte (ou adhérent) à l'émetteur (§ 1) et celle liant l'émetteur au fournisseur (§ 2).

## § 1 Les relations entre l'émetteur et l'adhérent

### A. Nature et caractères du contrat

- 779 Le paiement par carte de paiement suppose la conclusion d'un contrat entre l'émetteur et le titulaire de la carte (ou adhérent). Ce contrat présente un triple caractère. Il s'agit :
- d'un contrat *intuitu personae*. Il ne pèse en effet aucune obligation légale pour un établissement de crédit de délivrer une carte de paiement à l'un de ses clients (Paris, 9 sept. 1998, *RD bancaire et bourse* 1998. 227, obs. J.-F. Crédot et Y. Gérard), sauf dans le cadre du service bancaire de base accordé au titulaire d'un compte de dépôt ouvert sur injonction de la Banque de France (C. mon. fin., art. L. 312-1 C. mon. fin.). En ce cas, l'établissement de crédit requis à l'obligation, de fournir gratuitement une

carte de paiement à autorisation systématique au titulaire du compte (C. mon. fin., art. D. 312-5) ;

– d'un *contrat d'adhésion* dont le contenu est standardisé et d'une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction. L'émetteur dispose toutefois du droit de retirer à tout moment à l'adhérent l'usage de sa carte de paiement. Ce refus doit en principe être motivé. Mais un retrait sans motif est possible si le contrat d'adhésion le prévoit (Com. 26 mai 2004, *RD Bancaire et bourse* 2004. 244. obs. J-F. Crédot et Y. Gérard). Le contrat peut également être unilatéralement modifié à l'initiative de l'émetteur, après simple information de l'adhérent ;

– d'un *contrat écrit* dont les clauses doivent être présentées en termes simples et aisément compréhensibles et qui doit notamment préciser les plafonds autorisés ainsi que les obligations et responsabilités respectives des parties.

## B. Les obligations respectives des parties

Le contrat d'adhésion est un contrat synallagmatique. Il fait donc naître des obligations réciproques à la charge de chacune des parties.

L'obligation principale de l'émetteur est de régler le montant des dépenses payées par l'adhérent au moyen de sa carte de paiement mais à la condition, d'une part, que le compte du débiteur soit suffisamment créditeur, et, d'autre part, qu'aucune opposition n'ait été formée par le titulaire de la carte (v. ss 789). Toutefois, en deçà d'un certain plafond, l'émetteur est garant du paiement (v. ss 782). Il doit donc régler le créancier de l'adhérent, même si celui-ci est insolvable.

Les obligations pesant sur le titulaire de la carte de paiement (ou adhérent) sont en revanche plus nombreuses. Il doit, en premier lieu, utiliser la carte à titre strictement personnel. Ce qui l'oblige à la signer pour éviter toute utilisation frauduleuse (Aix, 25 févr. 1980, *D.* 1981. IR 506, obs. M. Vasseur) mais également à la surveiller pour éviter, notamment, tout vol ou toute perte (C. mon. fin., art. L. 133-16). Cette obligation lui interdit de la prêter ou de la céder et plus largement de divulguer son code confidentiel à tout tiers. Toute négligence dans l'exécution de ces obligations peut constituer une faute lourde, sanctionnée par le déplafonnement, au détriment du titulaire, du montant de la charge financière des retraits et/ou achats effectués au moyen de la carte (v. ss 788 s.). Toutefois, la preuve de cette faute incombe à l'émetteur.

Le titulaire doit, en deuxième lieu, faire immédiatement opposition en cas de perte ou de vol.

En dernier lieu, il doit verser le montant de la cotisation annuelle due en contrepartie du service de paiement assuré par l'émetteur, et rembourser à celui-ci (par débit immédiat ou par débit différé) le montant des factures payées ainsi que les fonds qu'il a retirés auprès d'un distributeur ou guichet automatique. Cette obligation de remboursement est indépendante des relations existant entre le titulaire de la carte et le fournisseur (ou commerçant), bénéficiaire du règlement par carte. En conséquence, l'adhérent ne peut opposer à l'émetteur les exceptions qu'il pourrait opposer au fournisseur/commerçant (ex. : malfaçons des marchandises achetées).

780 ■

781 ■



## § 2 Les relations entre l'émetteur et le fournisseur

■ 782

Le paiement par carte bancaire auprès d'un fournisseur ou commerçant n'est possible que si ce dernier est adhérent du groupement carte bancaire. Cette adhésion au système national de paiement Carte bancaire s'effectue par la conclusion d'une convention, appelée *convention fournisseur*<sup>o</sup>. Cette convention, conclue pour une durée indéterminée, oblige l'émetteur à régler le montant des factures payées auprès du fournisseur au moyen de la carte de paiement délivrée à son titulaire. Selon les clauses prévues dans la convention fournisseur, ce paiement peut être soit un *paiement garanti*, soit un *paiement à titre d'avance*.

Le paiement garanti est le paiement que l'adhérent s'engage à payer, *même en l'absence de provision suffisante*, dès lors que le montant de la facture n'excède pas un plafond conventionnellement fixé. En cas de dépassement de ce plafond, le paiement de l'opération peut encore être garanti par l'émetteur *mais à la condition que le fournisseur ait sollicité une autorisation de dépassement* auprès du Centre d'autorisation des cartes bancaires.

À l'inverse, lorsque le plafond garanti est dépassé et qu'aucune autorisation de dépassement n'a été demandée ou accordée, le paiement dû par l'émetteur est un paiement à titre d'avance. Dans ce cas, l'émetteur de la carte de paiement agit comme simple mandataire et aux fins de recouvrement. Plus précisément, le montant de la facture qui est porté, à titre d'avance, au crédit du compte du fournisseur peut être débité, dans un délai de six mois, si le compte du titulaire de la carte ne comporte pas de provision.

■ 783

Les obligations mises à la charge du fournisseur sont plus nombreuses. Le fournisseur s'engage, tout d'abord, à accepter tous les paiements par carte de paiement, sauf si ces derniers sont en deçà d'un montant prédéterminé et connu de sa clientèle. Ce montant est en général égal ou inférieur à 15 euros. Il doit également informer le public de son affiliation au réseau. Il doit aussi, avant tout paiement, procéder à certaines vérifications, concernant notamment l'identité du titulaire de la carte (Paris, 27 mars 1998, *JCP E* 1999. 765, obs. C. Gavaldà et J. Stoufflet) ou la date de validité indiquée sur la carte (Paris, 15 sept. 2000, *RD Bancaire et bourse* 2000. 348, obs. J.-F. Crédot et Y. Gérard). Il doit enfin régler l'ensemble des commissions ayant pour objet de rémunérer l'émetteur (ex. : mise à disposition de matériel, service de garantie).

## § 3 Le paiement par carte de paiement

■ 784

L'ordre de payer donné au moyen d'une carte de paiement est par principe irrévocable (A) sauf dans les cas d'opposition énumérés limitativement par la loi (B).

### A. L'irrévocabilité de l'ordre de paiement

■ 785

Tout ordre de paiement par carte de paiement est irrévocable dès l'instant où cet ordre est donné (C. mon. fin., art. L. 133-8, II). Cette irrévocabilité ne signifie pas pour autant que la créance payée est immédiatement éteinte. *L'extinction de celle-ci n'interviendra qu'à compter de l'inscription de son montant au crédit du compte du*

fournisseur bénéficiaire (Paris, 18 avr. 2000, *RJDA* 2000, n° 908). En conséquence à défaut de paiement, notamment si le solde créditeur est insuffisant, le fournisseur pourra agir contre l'adhérent au titre du rapport sous-jacent (ex. : contrat de vente, contrat d'entreprise) (En ce sens : Civ. 1<sup>re</sup> 14 juin 1998, *RTD com.* 1998. 660, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

L'ordre de paiement n'obéit à aucune forme particulière. Il peut donc être donné tout aussi bien par écrit que par oral (ex. : téléphone) ou bien encore par un procédé de télétransmission. Il reste que la régularité de l'ordre de paiement s'apprécie en principe au regard de l'authenticité de la signature, ce qui oblige le fournisseur à vérifier, avant tout paiement, l'identité du titulaire de la carte de paiement (v. ss 783). Cependant, la plupart des opérations sont aujourd'hui réalisées sans signature manuscrite mais par la composition d'un code numérique et secret, ou bien encore par la transmission du numéro de la carte de paiement (ex. : achat par téléphone ou sur Internet).

La difficulté est donc de savoir quelle valeur attribuée à l'ordre de paiement donné sous signature magnétique ou sans signature. Sur ce point, la jurisprudence considère que l'ordre de paiement donné est valable jusqu'à preuve contraire. Toutefois, s'agissant de la charge de la preuve, celle-ci incombe au dépositaire des fonds (donc à l'émetteur), sauf clause contraire stipulée dans le contrat d'adhésion (Com. 13 mars 2001, *RTD com.* 2001. 750, obs. M. Cabrillac). En vertu des règles du droit commun de la preuve, lorsque le montant du paiement est inférieur à 1 500 euros, la preuve est libre et peut notamment être rapportée par les enregistrements informatiques en possession de l'émetteur (Montpellier, 9 avr. 1987, *RTD com.* 1988. 285, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié). Au-delà, la preuve doit être établie par écrit.

Un tempérament est apporté à l'application de ces principes lorsque l'ordre de paiement a été émis à distance (c'est-à-dire sans utilisation physique de la carte, ni saisie du code confidentiel) et par la simple communication du numéro de la carte de paiement. En ce cas, la jurisprudence décide que toute contestation du paiement par le titulaire du compte oblige le banquier à annuler le débit effectué (Com. 23 juin 2004, *RTD com.* 2004. 792, obs. D. Legeais, *JCP E* 2005. 351, note N. Matthey ; Com. 12 déc. 2006, *D.* 2007. AJ 219, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP E* 2007. 24, obs. J. Stoufflet) dès lors que le titulaire de la carte établit qu'il est resté en possession de celle-ci (Paris, 9 déc. 2004, *JCP E* 2005. 956, note P. Bouteiller).

786 ■

## B. L'opposition à l'ordre de paiement

L'irrévocabilité de l'ordre de paiement peut être remise en cause en cas d'opposition. Les cas d'opposition sont au nombre de quatre (C. mon. fin., art. L. 133-17.). Sont visés :

- le vol ;
- la perte ;
- l'utilisation non autorisée de la carte ou des données liées à son utilisation. Ce cas d'opposition permet de faire échec au paiement effectué sans le support matériel de la carte, c'est-à-dire à distance ;
- le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire du bénéficiaire du paiement.

Toute opposition faite en dehors des cas prévus par la loi est irrégulière. Le banquier du porteur est obligé de la rejeter (Com. 20 janv. 2009, v. ss « Documents »).

787 ■

Et, de son côté, le banquier du bénéficiaire n'est pas en droit de procéder au débit du montant du paiement porté au crédit du compte de son client (Com. 20 janv. 2009 préc.).

■ 788

L'opposition doit être faite par le titulaire de la carte de paiement dans les délais prévus par le contrat d'adhésion. Si aucun délai conventionnel n'est stipulé, elle doit intervenir « sans tarder » (C. mon. fin., art. L. 313-17), c'est-à-dire dans les meilleurs délais au regard des habitudes d'utilisation de la carte par son titulaire (Com. 19 déc. 2006, *RJDA* 2007, n° 392).

Aux termes du Code monétaire et financier, les effets de l'opposition sont aujourd'hui les suivants :

– 1<sup>er</sup> effet : toute responsabilité financière du titulaire de la carte est dégagée pour les opérations effectuées après sa date (C. mon. fin., art. L. 313-20) ;

– 2<sup>e</sup> effet : pour les opérations effectuées avant l'opposition, l'article L. 133-19, II du Code monétaire et financier exclut la responsabilité du porteur de la carte dans deux cas : d'une part, lorsque la carte ou les données qui lui sont liées ont été « détournées » à l'insu de son titulaire par un tiers (ce qui vise tout particulièrement le paiement frauduleux à distance) ; d'autre part, en cas de contrefaçon de la carte si, au moment de l'utilisation de la fausse carte, le titulaire était en possession de la sienne ;

– 3<sup>e</sup> effet : une solution particulière est posée pour les retraits opérés à la suite du vol ou de la perte de la carte avant que l'opposition ne soit formée : ceux-ci sont en principe à la charge du titulaire mais dans la limite d'un plafond dont le montant est fixé à 150 euros (C. mon. fin., art. L. 133-19, I). En conséquence, lorsque le montant des retraits et paiements excède 150 euros, les sommes débitées au compte du titulaire doivent être « recreditées ».

Cette responsabilité « plafonnée » connaît cependant une limite. Le plafond des 150 euros « saute » et la responsabilité du titulaire est exclue dès lors que les opérations de retrait imputables au voleur ou à l'inventeur de la carte ont été effectuées sans utilisation du code confidentiel (C. mon. fin., art. L. 133-19, I al. 2).

■ 789

Depuis l'ordonnance du 15 juillet 2009, les effets de l'opposition – tels qu'ils viennent d'être décrits – sont paralysés et le titulaire supportera alors seul le coût des pertes s'il est établi qu'il « n'a pas satisfait *intentionnellement* ou *par négligence grave* aux obligations des articles L. 133-16 et L. 133-17 » du Code monétaire et financier (C. mon. fin., art. L. 313-19, IV). Ces deux textes visent l'obligation pour le titulaire de respecter les conditions contractuelles d'utilisation de la carte, de préserver la sécurité de celle-ci et de signaler sans tarder sa perte, son vol, le détournement ainsi que toute utilisation non autorisée (C. mon. fin., art. L. 133-17, IV).

La preuve de cette faute lourde incombe à l'émetteur (C. mon. fin., art. L. 123-23, al. 2), comme l'avait déjà jugé la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2009 (Com. 2 oct. 2007, *RTD com.* 2007. 813, obs. D. Legeais ; *D.* 2008. 454, note A. Boujeka ; *adde* : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2008, v. ss « Documents »).

## Compléments pédagogiques

### Mémo

Le virement et la carte de paiement sont des *ordres de paiement de compte à compte*. *L'ordre de virement est révocable* jusqu'à sa réception par l'établissement de crédit du donneur d'ordre.

La remise des fonds au banquier du bénéficiaire de l'ordre de virement vaut paiement.

Le paiement par erreur d'un ordre de virement ouvre une action en répétition de l'indu.

*Le titre universel de paiement et l'avis de prélèvement* sont des techniques de virement simplifié.

À la différence de la carte de retrait, la carte de paiement permet d'effectuer des retraits d'espèces et des opérations de paiement.

*L'opposition au paiement par carte n'est possible que dans les cas prévus par la loi.*

La responsabilité financière du titulaire de la carte est dérogée *pour toutes les opérations postérieures à son opposition*, sauf s'il s'est rendu coupable de négligence constitutive d'une faute lourde.

Le paiement par carte nécessite *l'adhésion du fournisseur au système national de paiement par carte bancaire*. *Ce contrat est appelé « contrat ou convention fournisseur ».*

Selon les cas, l'émetteur d'une carte de paiement s'engage vis-à-vis du fournisseur à un *paiement à titre d'avance ou à titre de garantie*.

### Quid

#### ■ Avis de prélèvement n<sup>os</sup> 773, 775

Moyen de paiement dérivé du virement qui consiste en une autorisation permanente de paiement donnée par un débiteur au profit de l'un de ses créanciers.

#### ■ Carte accréditive n° 776

Carte de paiement délivrée par un établissement de crédit ou assimilé permettant le retrait ou le transfert de fonds de compte à compte.

#### ■ Carte de crédit n° 777

Carte délivrée par un commerçant ou un organisme de crédit à la consommation permettant à son titulaire d'utiliser une ligne de crédit d'un montant prédéterminé pour ses achats avec obligation de la reconstituer par remboursement

■ **Carte de paiement n°s 758, 776**

Instrument de paiement, appelé également « carte accréditive », délivré par un établissement de crédit (émetteur) à son client (adhérent) lui permettant de payer ses dépenses par débit de son compte lors de chaque opération ou en fin de mois.

■ **Carte de retrait n° 777**

Carte délivrée par un établissement de crédit ou assimilé dont la fonction unique est de permettre à son titulaire de procéder à des retraits de fonds auprès notamment de distributeurs et guichets automatiques.

■ **Convention fournisseur n° 782**

Convention à titre onéreux et à durée indéterminée par laquelle un fournisseur ou commerçant adhère au système national de paiement Carte bancaire pour recevoir paiement au moyen de cartes de paiement émises par les établissements de crédit affiliés au groupement Carte bancaire.

■ **Virement n°s 758, 759 s.**

Ordre de paiement par inscription en compte qui réalise un transfert de fonds par inscription d'un débit au compte du donneur d'ordre et du crédit correspondant au compte du bénéficiaire.

■ **Titre universel de paiement (ou TIP) n°s 773 s.**

Ordre de virement à échéance donné par un débiteur à l'un de ses créanciers avec lequel il entretient une relation contractuelle suivie.

## Documents

### 1) Date du paiement par virement

**Com. 3 févr. 2009 (extraits)**  
**(D. 2009. AJ 493, obs. V. Avena-Robardet)**

« Vu les articles 1184, 1239 et 1937 du code civil ;  
Attendu que le virement vaut paiement dès réception des fonds par le banquier du bénéficiaire qui les détient pour le compte de son client ;  
Attendu que [...], l'arrêt retient que la date qui doit être prise en compte pour déterminer si le paiement a eu lieu dans le délai défini contractuellement est celle à laquelle le créancier ou son mandataire a reçu ce paiement et non celle à laquelle l'huissier de justice a été informé que le paiement interviendrait ou celle à laquelle la somme a été débitée sur le compte de l'organisme qui l'a effectué dans l'intérêt de M. et M<sup>me</sup> A..., que la somme débloquée par l'ONAC n'a été virée sur le compte de l'huissier mandaté par les consorts X... que le 19 juillet 2000, c'est-à-dire après l'expiration du délai au terme duquel la clause résolutoire devait prendre effet ;  
Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle aurait dû prendre en compte la date à laquelle les fonds ont été inscrits au crédit du compte du banquier de l'huissier de justice, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

## 2) Pas d'opposition en dehors des cas prévus par la loi

Com. 20 janv. 2009 (extraits)  
(D. 2009. AJ 367, obs. V. Avena-Robardet)

« [...] Attendu que, selon l'article L. 132-2 du code monétaire et financier, l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte bancaire est irrévocable et que l'opposition au paiement ne peut être formée que pour des cas limitativement énumérés ; qu'il en résulte que la banque du porteur ne peut admettre une opposition dont le motif n'est pas prévu par la loi et que la banque du bénéficiaire, lorsqu'elle est informée d'un tel motif, est tenue de procéder au rejet de l'impayé résultant de la prise en compte, par la banque du porteur, de l'opposition ».

## 3) Conséquences pour l'adhérent de l'utilisation d'une carte volée avec usage du code confidentiel

Com. 28 mars 2008 (extraits)  
(RTD com. 2008. 607, obs. D. Legeais ; JCP E 2008. 1735, note P. Bouteiller)

« Vu l'article L. 132-3 du code monétaire et financier ;  
Attendu qu'en application de ce texte, en cas de perte ou de vol, le titulaire d'une carte de paiement qui a effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais compte tenu de ses habitudes d'utilisation de cette carte, ne supporte intégralement la perte subie que s'il a agi avec négligence constituant une faute lourde ; qu'il appartient à l'émetteur de rapporter cette preuve ; que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel n'est, à elle seule, pas susceptible de constituer la preuve d'une telle faute ».

# Biblio

## 1) Sur la carte de paiement

- F.-J. Crédot et P. Bouteiller, « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », *Dr. et patr.* 1995. 32 s.
- N. Deleuze, « Les renforcements des droits du porteur face aux risques liées à l'utilisation de la carte de crédit », *RJ com.* 2002. 265.
- J.-M. Jude, « Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité », *D.* 2003. Chron. 2675.
- C. Lucas de Leyssac, « Les cartes de paiement », *Cah. dr. entr.* 1986-5. 18 s.
- C. Lucas de Leyssac, « Les cas d'opposition au paiement d'une opération-carte », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 329 s.
- C. Lucas de Leyssac et X. Lacaze, « Le paiement en ligne », *JCP E* 1991. 506.
- D. R. Martin, « La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée) », *D.* 1992. 277.
- Y. Tchoutourian, « Paiement par carte bancaire : falsification de l'ordre et conséquences de l'absence de confirmation d'une opposition », *RJDA.* 2002. Chron. 715 s.

## 2) Sur le virement

- R. Bonhomme, « Le virement », *Rép. com.* Dalloz, 2014.

- M. Cabrillac, « Le chèque et le virement », 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1980.
- J.-L. Garcia, « La nature du virement : la qualification juridique d'un procédé extralégal », *LPA* 18 avr. 2008, 4 s.
- F. Grua, « Sur les ordres de paiement en général », *D.* 1996. Chron. 176 s.
- D.-R. Martin, « Aspects juridiques du virement », *RD bancaire et bourse* 1989. 149 s.

### 3) Sur la transposition de la directive 2007/64/CE « services de paiement » par l'ordonnance du 15 juillet 2009

- Th. Bonneau, « Le domaine d'application de l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 », *JCP E* 2010. 1031.
- R. Bonhomme, « Le déclenchement de l'opération de paiement : le consentement et l'ordre », *JCP E* 2010. 1032.
- Y. Gérard, « L'utilisation frauduleuse des instruments de paiement », *JCP E* 2010. 1034.
- S. Torck, « L'exécution et la contestation des opérations de paiement », *JCP E* 2010. 1033.

## Quiz

### 1) Sujets corrigés

#### A) Test de connaissances

##### Énoncé

Vrai ou faux ?

1. L'émission de l'ordre de virement emporte transfert de provision.
2. Le paiement d'une créance par virement s'opère au jour du débit du compte du donneur d'ordre.
3. L'ordre de virement est librement révocable jusqu'au jour du débit de son montant au compte du donneur d'ordre.
4. Le paiement par virement suppose l'acceptation du bénéficiaire.
5. La remise des fonds au banquier du bénéficiaire par le banquier du donneur d'ordre emporte extinction de la dette du donneur d'ordre.
6. Toute carte de paiement est une carte de crédit.
7. Une carte de paiement ne peut être émise que par un établissement de crédit ou autorisé spécialement par la loi.
8. La carte de retrait a pour fonction exclusive le retrait d'espèces.
9. L'opposition au paiement par carte est possible en cas de provision insuffisante.
10. Le paiement par carte emporte extinction de la dette contractée par son titulaire au jour où les fonds sont crédités au compte du fournisseur bénéficiaire.
11. L'ordre de paiement donné par le titulaire d'une carte de paiement est irrévocable dès l'instant où cet ordre est donné.
12. La simple communication du numéro de carte vaut ordre de paiement.

13. L'émetteur doit rembourser le montant des paiements et retraits de fonds opérés après la date d'opposition du titulaire de la carte de paiement.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## B) Cas pratique

### Énoncé

Pour ses prochaines vacances, Monsieur Lemovay a réservé une villa avec piscine près de Biarritz et versé un acompte de 1 000 euros en communiquant à l'agence immobilière le numéro de sa carte de paiement. Avant d'accepter ce paiement, l'agence a demandé une autorisation auprès de la banque Leurvet, teneur du compte de Monsieur Lemovay, comme l'y oblige son contrat fournisseur. Le complément du prix doit être payé par virement au plus tard le 30 du mois prochain. L'acompte à peine versé, Monsieur Lemovay a pris contact avec la banque Leurvet pour passer l'ordre de virement mais en lui précisant que le montant de cet ordre ne devait pas être débité avant le 20 du mois courant.

Quelques heures après avoir procédé à cette réservation et cet ordre de virement, Monsieur Lemovay s'est fait subtiliser, dans le métro par un pickpocket, son portefeuille comprenant l'ensemble de ses papiers et sa carte de paiement qu'il utilise assez peu. La plupart de ses factures sont réglées par prélèvements ou virements et une partie de son salaire lui est versée en espèce. Aussi, il ne s'est rendu compte du vol que quinze jours plus tard au moment où il s'apprêtait à effectuer un retrait d'espèces auprès d'un distributeur automatique d'une des agences de la banque Leurvet. Il a immédiatement formé opposition. Les malheurs de Monsieur Lemovay ne s'arrêtent cependant pas là.

Tout d'abord, son employeur vient de lui apprendre qu'il mettait un terme à son contrat de travail en raison d'une conjoncture économique difficile. Les mois prochains s'annoncent assez sombres pour Monsieur Lemovay. Celui-ci craint de ne pas retrouver un nouvel emploi compte tenu de son âge (55 ans) et de sa qualification professionnelle (fondeur de cloches). Aussi, en accord avec sa femme, il a décidé de renoncer à toutes vacances et adressé à sa banque une opposition au paiement de l'acompte du loyer de la villa. Mais le lendemain, Monsieur Lemovay a découvert, après lecture de son dernier relevé, que le débit de ses opérations « carte bancaire » s'élève à 5 000 euros alors qu'il n'a personnellement procédé qu'au versement de l'acompte de 1 000 euros pour la réservation de la villa. Monsieur Lemovay vous consulte pour l'aider à démêler sa situation. Que pouvez-vous lui répondre ?

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

## 2) Corrigés

### Test de connaissances

1. Faux.
2. Faux.
3. Faux. Ce principe était celui retenu par la jurisprudence avant l'ordonnance du 15 juillet 2009. Aujourd'hui, il ne peut y avoir révocation de l'ordre de virement que jusqu'au jour de sa réception par l'établissement de crédit du donneur d'ordre



4. Vrai.
5. Vrai.
6. Faux. La carte de paiement peut être une simple carte de retrait
7. Vrai.
8. Vrai.
9. Faux.
10. Vrai.
11. Vrai.
12. Vrai.
13. Vrai.

## Cas pratique

Il convient de reprendre successivement chacune des opérations de paiement réalisées par Monsieur Lemovay. Ce qui conduit à examiner séparément : le paiement de l'acompte par carte de paiement (I), le paiement du loyer par virement (II), et l'opposition au vol de la carte de paiement (III).

### I. Le paiement de l'acompte par carte de paiement

Une double question se pose ici. L'ordre de paiement donné par simple communication du numéro de la carte de paiement est-il valable ? Monsieur Lemovay pouvait-il légitimement former opposition ?

#### A. Régularité de l'ordre de paiement donné par communication du numéro de carte de paiement

L'ordre de paiement par carte n'est en principe régulier que s'il est donné sous couvert de la signature manuscrite du titulaire de la carte ou sous contrôle de son code confidentiel. Cependant, le développement du télépaiement (achat par téléphone ou sur Internet) a conduit les émetteurs de carte de paiement à accepter l'ordre de paiement donné par simple communication des données figurant sur la carte (numéro et date de validité). Si cette utilisation est permise, rien n'interdit l'établissement de crédit émetteur de l'interdire par une stipulation contractuelle expresse prévue dans le contrat d'adhésion conclu avec son client. Cette clause devra toutefois être portée en termes suffisamment apparents et compréhensibles afin d'éviter tout contentieux quant à son acceptation par le titulaire de la carte. En l'espèce, rien ne paraissait interdire à Monsieur Lemovay de donner son ordre de paiement par la simple communication du numéro de sa carte. Aucune réserve ne semble en effet avoir été stipulée dans le contrat d'adhésion signée avec la banque Leurvet. Il convient donc d'en conclure, que l'ordre de paiement est aussi régulier que s'il avait été donné par la signature d'une facture ou sous couvert de l'usage du code confidentiel (Paris, 8 juin 1999, *D.* 2000. Somm. 337, obs. B. Thullier).

Si la régularité de l'ordre de paiement ne peut être contestée, est-il possible de former opposition à son exécution ?

## B. Opposition au paiement

Les cas d'opposition au paiement par carte sont limitativement énumérés par l'article L. 133-17 du Code monétaire et financier. En dehors de ces cas légaux, l'opposition est illégitime. L'émetteur de la carte doit alors rejeter l'opposition et le banquier du fournisseur ne peut débiteur le montant du paiement du crédit du compte de son client (C'est-à-dire du fournisseur ; Com. 20 janv. 2009, v. ss « Documents »).

En l'espèce, l'opposition de Monsieur Lemovay est consécutive à son licenciement et à son souhait de limiter de manière drastique ses dépenses. Il ne s'agit pas d'un cas d'opposition légitime, faute de figurer dans la liste des cas d'opposition énumérés par la loi. L'opposition doit donc être rejetée et l'acompte versé à l'agence ne peut être remis en cause, sauf sur le terrain du droit commun.

En l'espèce, l'agence est d'autant plus certaine d'être payée qu'elle a obtenu, avant d'accepter le paiement par carte, l'autorisation auprès du centre Carte bancaire. Cette autorisation doit être demandée par tout fournisseur lorsque que le montant de la facture excède un plafond conventionnellement fixé par le contrat fournisseur. Or, si ce plafond est dépassé et l'autorisation accordée, l'émetteur doit procéder à un paiement à titre de garantie, et non à titre d'avance. En d'autres termes, le fournisseur est garanti du paiement du montant réglé par carte.

Monsieur Lemovay pourrait cependant faire preuve de mauvaise foi. Rien n'est jamais impossible quand un débiteur est aux abois. Il pourrait remettre en cause son ordre de paiement en arguant d'une utilisation frauduleuse de sa carte par un tiers. Ce cas d'opposition est admis par le Code monétaire et financier. L'article L. 133-17, I du Code monétaire et financier permet de former opposition au paiement par carte de paiement en cas « d'utilisation non autorisée de son instrument de paiement ou des données qui lui sont liées ». Ce cas d'opposition a pour but de sécuriser le paiement par carte et oblige l'émetteur (la banque Leurvet) à prouver que l'utilisation n'est en rien frauduleuse pour pouvoir échapper à son obligation d'avoir à régler les paiements faits au moyen de la carte. En ce sens, l'article L. 133-23 du Code monétaire et financier oblige l'établissement de crédit à prouver que l'opération contestée « a été authentifiée » mais ce même texte précise que « l'utilisation de l'instrument de paiement telle qu'enregistrée par le prestataire de service de paiement ne suffit pas nécessairement en tant que telle à prouver que l'opération a été autorisée par le payeur ».

## II. Le paiement du solde du loyer par virement

En l'espèce, Monsieur Lemovay est convenu avec l'agence immobilière que le reliquat du montant du loyer sera payé par virement. Il est également précisé que le montant de ce virement devra être crédité au compte de l'agence au plus tard le 30 du mois. La question est de savoir si l'ordre de virement d'ores et déjà donné par Monsieur Lemovay à la banque Leurvet peut être révoqué ?

La réponse est affirmative car à la différence du chèque ou de la carte de paiement, l'ordre de paiement par virement est librement révocable. Toutefois, ce principe de libre révocabilité ne peut s'appliquer tant que l'ordre de virement n'a pas été reçu par le banquier du donneur d'ordre (C. mon. fin., art. L. 133-8, I). Or, en l'espèce si entre les parties, il a été convenu d'un paiement par virement, l'exécution de ce virement n'a pas encore reçu un début d'exécution. La question est donc ici de savoir si M. Lemovay a la possibilité de différer la date d'exécution de l'ordre de virement qu'il s'est engagé

à faire. La réponse est positive. L'article L. 133-8, III du Code monétaire et financier permet en effet, en cas d'accord entre le donneur d'ordre et son banquier, de convenir que « l'exécution de l'ordre de paiement commencera un jour donné ou à l'issue d'une période déterminée ou le jour où le payeur a mis les fonds à la disposition de son prestataire de services de paiement ». En conséquence, rien n'interdit à M. Lemovay, mais à la condition que son banquier en soit d'accord, de décider que l'exécution de l'ordre de virement soit reportée à la date du 20 du mois.

Mais, au cas d'espèce, il reste à savoir, si cet ordre de virement à effet différé est lui-même révocable. La réponse est une nouvelle fois positive. L'article L. 133-8, III *in fine* énonce que « l'utilisateur du service de paiement (donc au cas d'espèce du virement) peut révoquer l'ordre de paiement au plus tard à la fin du jour ouvrable précédant le jour convenu ». Appliqué à l'espèce, en l'absence de précision sur la date de la révocation, deux situations doivent être distinguées. *Soit* (1<sup>re</sup> hypothèse) la révocation est intervenue au plus tard la veille de l'exécution, c'est-à-dire le 19 du mois mais à la condition que ce jour soit un jour ouvrable, et dans ce cas, l'ordre de virement peut valablement être révoqué. *Soit* (2<sup>de</sup> hypothèse) la demande de révocation est intervenue postérieurement au 19 du mois, c'est-à-dire à une date où l'ordre de virement a été exécuté. Dans ce cas, le paiement par virement ne peut plus être remis en cause. Si Monsieur Lemovay souhaite être remboursé du solde du loyer, il devra alors agir sur le fondement du droit commun

### III. Retraits et paiements consécutifs au vol de la carte de paiement

Lors de la réception du relevé de ces opérations par carte bancaire, Monsieur Lemovay s'est aperçu que le montant total des débits s'élevait à plus de 5 000 euros alors que le seul paiement fait par lui au cours du mois se limite à 1 000 euros. En toute vraisemblance, ces opérations ont été faites postérieurement au vol de la carte. Vol qui a été déclaré à la banque Leurvet plus de quinze jours après sa commission. Plusieurs questions doivent alors être posées.

Tout d'abord, le vol constitue-t-il un cas d'opposition légitime ? La réponse est positive en vertu de l'article L. 133-17 du Code monétaire et financier.

Ensuite, Monsieur Lemovay est-il tenu de payer les opérations effectuées à la suite de ce vol ? La réponse est ici donnée par l'article L. 133-19 du Code monétaire et financier. Ce texte opère une distinction entre les opérations effectuées *avant* et *après* l'opposition. *S'agissant des opérations réalisées après l'opposition*, l'établissement de crédit émetteur ne peut les débiter du crédit du compte de son client. La solution est en son principe logique. À compter de l'opposition, tout retrait ou paiement réalisé au moyen de la carte est supposé avoir été fait par une autre personne que le titulaire lui-même. En revanche, *pour les retraits et paiements antérieurs à une opposition pour vol ou perte*, l'article L. 133-19, I du Code monétaire et financier prévoit que la perte subie doit être supportée par le titulaire de la carte volée ou perdue dans la limite d'un plafond de 150 euros, à moins que les opérations contestées aient été effectuées sans contrôle du code. Or tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le code a été volé en même temps que la carte. Le plafond de 150 euros a donc vocation à s'appliquer.

Mais, l'article L. 133-19, IV précise que la décharge financière ainsi que le plafond de 150 euros n'ont vocation à jouer que si et seulement si le titulaire de la carte n'a pas failli intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées par les

articles L. 133-16 et L. 133-17 du Code monétaire et financier et qui imposent, notamment, de former opposition « sans tarder ».

Se pose alors une nouvelle question : l'opposition a-t-elle été faite « sans tarder » ?

Un délai de plus de quinze jours peut de prime abord apparaître assez long. Mais en l'espèce, ce délai s'explique par le fait que M. Lemovay utilise assez peu sa carte de paiement. En outre, dès qu'il a constaté le vol, il a immédiatement formé opposition et a donc agi sans tarder. En conséquence, si un retard a été apporté dans la déclaration d'opposition, ce retard n'est pas intentionnel et ne constitue pas davantage une négligence grave au sens de l'article L. 133-19, IV du Code monétaire et financier. En outre, il a été jugé, avant la réforme de l'ordonnance du 15 juillet 2009, que le retard fautif apporté à l'opposition devait être apprécié en fonction des « habitudes d'utilisation de la carte » par son utilisateur. Autrement dit, plus la carte est utilisée, plus son utilisateur doit déclarer au plus tôt le vol ou la perte, voire l'utilisation frauduleuse par un tiers. En conséquence, il semble bien qu'une opposition tardive ne peut être invoquée par la banque Leurvet dans le but de faire « sauter » le plafond de 150 euros prévu par l'article L. 133-19 du Code monétaire et financier.

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1443047759:88866152:196.200.176.177:1581011808

# Sujet terminal



## Sujet de Droit des instruments de paiement et de crédit

### Cas pratique

Remarque : Le sujet fait appel aux connaissances relatives aux chapitres 15 à 22 du présent ouvrage.

### Énoncé

Le 22 juin, la société Lavigne a livré à la société Bopret des marchandises pour un montant total de 20 000 euros. En règlement de cette facture, la société Lavigne a tiré, le même jour, sur la société Bopret une lettre de change à deux mois d'échéance.

Le 30 juin, le gérant de la société Bopret a accepté de donner son aval en apposant sa signature précédée de la mention « pour aval » au recto de la lettre de change. Le 3 juillet, la lettre de change a été remise à M. Milon, créancier de la société Lavigne, qui dès le lendemain, l'a escomptée auprès de sa banque : la banque Leurvet.

Le 22 juillet, cette dernière a sollicité l'acceptation de la société Bopret qui a cependant refusé de s'exécuter. Cette dernière vient en effet de recevoir la notification d'une cession par bordereau Dailly de la banque Leboblais, correspondant au montant total de la livraison réalisée le 22 juin. Le bordereau est daté du 10 juillet.

Enfin, il y a deux jours, le gérant de la société Bopret a informé par courrier la banque Leboblais que sa société venait de recevoir une nouvelle notification. Il semblerait que la société Lavigne n'a pas hésité à transmettre une nouvelle fois la totalité de la créance correspondant à la livraison du 22 juin à la banque Dampard par un bordereau Dailly en date du 6 juillet.

Les différents protagonistes de cette nébuleuse affaire viennent vous consulter :

- I. La société Bopret voudrait savoir laquelle des trois banques elle doit payer.
- II. La banque Leurvet souhaiterait, pour sa part, connaître les recours donc elle dispose sur le fondement de la lettre de change qui lui a été remise à l'escompte.

*Voir le corrigé en fin de rubrique.*

### Corrigé

### Cas pratique

#### I. Solution du conflit entre les cessionnaires « Dailly » et le porteur de la lettre de change non acceptée

En l'espèce, une même créance a été mobilisée, à trois reprises, selon des techniques de mobilisation différentes : une lettre de change non acceptée et deux cessions de créances professionnelles par bordereau Dailly.

La question se pose donc de déterminer laquelle des trois banques doit être payée par la société Bopret.

Chronologiquement, la lettre de change a été endossée avant que la créance ne soit mobilisée par voie de bordereau Dailly. Or, en principe lorsque l'endossement est, comme en l'espèce, un endossement translatif, il emporte transfert de la propriété de la provision au profit de l'endossataire. En conséquence, une application stricte de l'adage *prior tempore, potior jure* devrait conduire à conclure que la société Bopret doit payer le porteur de la lettre de change (la banque Leurvet) et non les cessionnaires « Dailly » (les banques Leboblais et Dampard) puisque ces derniers ont acquis un droit sur la créance après l'endossement de la lettre de change.

Cependant, la lettre de change n'a pas été acceptée par la société Bopret. Et de leur côté, les deux cessionnaires ont pris la précaution de notifier la cession de créance faite à leur profit à la société Bopret avant que la banque Leurvet ne sollicite son acceptation.

En l'espèce, l'absence d'acceptation de la lettre de change impose donc de déterminer au préalable les droits du porteur de la lettre de change non acceptée à l'égard des deux cessionnaires (A). Une fois cette question résolue, il faudra alors s'attacher aux droits respectifs des deux cessionnaires « Dailly » (B).

#### A. Droit du porteur de la lettre de change non acceptée

Lorsqu'une lettre de change n'est pas acceptée, la jurisprudence considère que le droit du bénéficiaire et des porteurs successifs sur la provision est simplement éventuel jusqu'au jour de l'échéance de la traite. En d'autres termes, ce n'est qu'à cette date que le porteur acquiert un droit de propriété définitif sur la provision (v. ss chapitre 18).

En vertu de ce principe, la jurisprudence décide que lorsque le porteur d'une lettre de change non acceptée rentre en conflit avec un cessionnaire « Dailly » qui a pris la précaution de notifier la cession au débiteur cédé avant l'échéance de la lettre de change, celui-ci l'emporte sur le porteur (v. ss chapitre 20).

Par la notification, le cessionnaire fait en effet défense de payer au débiteur cédé dans d'autres mains que les siennes (v. ss chapitre 19). Qu'il s'agisse des mains du cédant puisque la notification emporte ainsi révocation du mandat de recouvrement donné à ce dernier ou de celles d'un tiers, tel que le porteur d'une lettre de change.

En l'espèce, la lettre de change n'était pas acceptée au jour de la notification. À cette date, le tiré (la société Bopret) n'avait donc souscrit aucun engagement cambiaire à l'égard de la banque Leurvet. Faute de toute acceptation, la société Bopret n'est tenue d'aucune obligation de payer la banque Leurvet du montant de la lettre de change tirée sur lui.

La solution aurait été totalement différente si au jour des deux cessions ou au jour des notifications, la lettre de change avait déjà été acceptée. Comme il l'a été précédemment rappelé, en acceptant la lettre de change le tiré s'engage irrévocablement à payer le montant de la lettre de change au jour de son échéance.

En cette hypothèse, le tiré accepteur doit refuser de payer tout cessionnaire ayant acquis la créance par cession, même si la date portée sur le bordereau « Dailly » est antérieure à son acceptation. Le paiement est libératoire (Com. 19 déc. 2000, *RTD civ.* 2001. 393, obs. P. Crocq).

Le paiement par le tiré de la lettre de change acceptée sera également libératoire si le tiré/débiteur cédé reçoit notification de la cession après avoir donné son acceptation. Il lui appartiendra cependant de démontrer l'antériorité de l'acceptation (Com. 7 mars 1995, *RTD com.* 1995. 627, obs. M. Cabrillac ; v. chapitre 20).

### B. Conflit entre les cessionnaires de créances professionnelles successifs

S'il est acquis que la société Bopret ne peut valablement se libérer entre les mains du porteur de la lettre de change non acceptée, il convient alors de résoudre le conflit opposant les banques Leblois et Dampard, toutes deux cessionnaires « Dailly ».

En l'espèce, deux bordereaux ont été signés. Le premier en date du 6 juillet en faveur de la banque Dampard ; le second en date du 10 juillet en faveur de la banque Leblois.

De prime abord, l'application de la règle *prior tempore, potior jure* devrait conduire, par une comparaison des dates portées sur chacun des bordereaux, à résoudre le conflit en faveur de la banque Dampard. En ce sens, l'article L. 313-27, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code monétaire et financier énonce que la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise.

En vertu de ce principe, la propriété de la créance a été définitivement transmise à la banque Dampard dès le 6 juillet. Ce transfert de propriété est normalement opposable au second cessionnaire en date : la banque Leblois. Cette dernière n'a pu acquérir de droit sur la créance puisqu'elle avait déjà quitté le patrimoine du cédant (Com. 5 juill. 1994, *RTD com.* 1995. 172, obs. M. Cabrillac ; v. ss chapitre 19 et 20).

Toutefois, en l'espèce, les cessions ont été notifiées. La question se pose alors de savoir si la solution précédemment posée est remise en cause ?

La jurisprudence considère que lorsque le cessionnaire second en date a notifié sa créance alors que le premier s'est abstenu de toute notification, c'est alors la date de la notification qu'il faut prendre en considération. En d'autres termes, le cessionnaire second en date primera le cessionnaire premier en date. La règle de l'antériorité est ainsi écartée afin de protéger le débiteur cédé.

Malheureusement pour la banque Leblois, la banque Dampard n'a pas négligé de notifier la cession. Cette notification est cependant intervenue postérieurement à celle de la banque Leblois. Cette notification postérieure autorise-t-elle le débiteur cédé à ignorer la première notification qui lui a été faite pour payer le cessionnaire le plus ancien en date ? La réponse à cette question a été tranchée par la Cour de cassation. Cette dernière considère que si le cédé a reçu des notifications de chacun des cessionnaires, priorité est alors donnée au titulaire de la cession la plus ancienne (Com. 12 janv. 1999, *RTD com.* 1999. 479, obs. M. Cabrillac). L'application de la règle de l'antériorité conduit donc en l'espèce à résoudre le conflit en faveur de la banque Dampard. La société Bopret ne peut donc valablement se libérer qu'entre les mains de celle-ci.

En définitive, il appartiendra à la banque Leblois de se retourner contre la société Lavigne pour obtenir paiement de la créance mobilisée par bordereau. Elle peut à cette fin exercer le recours en garantie qui lui est ouvert par l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier (v. ss chapitre 19).



## II. Recours du porteur de la lettre de change non accepté

Si la banque Leurvet ne peut demander paiement du montant de la lettre de change au tiré (la société Bopret), elle dispose en revanche de recours contre les autres signataires de la lettre de change (A), et notamment contre le donneur d'aval (B).

### A. Recours en paiement contre les signataires de la lettre de change

La banque Leurvet dispose normalement de recours cambiaires contre l'endosseur (M. Milon) et le tireur (la société Lavigne). Tous deux ont apposé leur signature sur la lettre de change : Le tireur lors de sa création, l'endosseur lors de sa mise en circulation.

Pour pouvoir exercer ces recours, la banque doit toutefois dresser un protêt faute d'acceptation. Cette exigence est posée par l'article L. 511-39, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce. Cette obligation est cependant écartée lorsque la lettre de change comporte une clause de dispense d'avoir à « retour sans frais » ou « sans protêt » (v. ss chapitre 16 et 18). En l'espèce, cette mention ne figure pas sur la lettre de change.

Il appartiendra également au porteur d'informer son endosseur du refus d'acceptation du tiré et ce dans les quatre jours du protêt (C. com., art. L. 511-42, al. 1<sup>er</sup>). L'endosseur devra lui-même informer son propre endosseur qui lui-même devra informer son propre endosseur. Ce faisant, l'information du refus d'acceptation remontera jusqu'au tireur.

En principe, le refus d'acceptation du tiré rend immédiatement exigible la créance du tireur contre le tiré (C. com., art. L. 511-15, al. 10). Cette exigibilité n'affecte cependant pas la date d'échéance de la lettre de change. Le porteur dispose donc d'une alternative, soit exercer immédiatement ses recours contre les signataires de la lettre de change (tireur, endosseurs ou donneur d'aval); soit attendre la date d'échéance de la lettre de change (v. ss chapitre 18).

En l'espèce, il convient de conseiller à la banque Leurvet d'exercer sans attendre ses recours contre les différents signataires de la lettre de change puisqu'il a connaissance de l'existence d'une mobilisation concurrente de la créance par voie de cession « Dailly ».

Outre ses recours contre M. Milon (endosseur) et la société Lavigne (tireur), tous deux signataires de la lettre de change, la question est de savoir si la banque peut former recours contre le donneur d'aval, c'est-à-dire le gérant de la société Bopret.

### B. Recours contre le donneur d'aval

Il convient au préalable de s'assurer de la régularité de l'aval qui a été donné. En l'espèce, celui-ci figure sur la lettre de change. Mais il est exprimé par la formule « pour aval » et non « bon pour aval ». Cependant l'article L. 511-21 du Code de commerce dispose que l'aval donné sur la lettre de change ou sur une allonge peut être exprimé par la formule « bon pour aval » ou par toute autre formule équivalente. En l'espèce, la formule utilisée ne fait aucun doute sur les intentions de son auteur. En outre, aux côtés de la mention, figure la signature manuscrite du gérant de la société Bopret.

L'aval doit également indiquer le nom de la personne pour lequel il est donné. À défaut, il est réputé avoir été donné, de manière irréfutable, pour le compte du tireur

(v. ss chapitre 18). Tel est le cas en l'espèce puisque rien ne permet de dire que le gérant de la société Bopret a indiqué expressément pour qui l'aval était donné. Il s'ensuit que l'aval est ici donné en faveur de la société Lavigne, en sa qualité de tireur de la lettre de change.

En l'occurrence, si la banque Leurvet exerce son recours contre le donneur d'aval, celui-ci devra lui payer le montant de la lettre de change. Il ne peut notamment invoquer l'existence de la mobilisation de la créance par voie de cession Dailly pour refuser de payer le montant de la lettre de change.

Le donneur d'aval qui a payé au lieu et place du tireur dispose d'un recours contre le tireur avalisé. L'article L. 511-21 du Code de commerce prévoit en effet que « Le donneur d'aval acquiert les droits résultant de la lettre de change contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change ». L'article L. 511-21 reconnaît ainsi au donneur d'aval un recours personnel en remboursement contre le débiteur garanti (en l'espèce le tireur). Ce recours est un recours cambiaire.

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1443047759:88866152:196.200.176.177:1581011808

# Index alphabétique



*Les chiffres sans crochets renvoient aux numéros de paragraphe du cours. Les chiffres entre crochets renvoient aux définitions des mots dans la rubrique « Quid ».*

## A

- Acceptation (cession « Dailly ») : 713 s., [p. 496]
- Acceptation (lettre de change) : [p. 448], 659 s., [p. 471]
  - effets : 665, 666
  - purge des exceptions : 666
  - refus d'acceptation : 667 s.
- Accord amiable (procédure de conciliation) : [p. 49]
  - cautions, garants coobligés : 69
  - homologation : 64 s.
  - inexécution : 73
  - privilège de conciliation : 71
  - procédure de constat : 63 s.
  - suspension des poursuites : 67
- Acte de gestion courante : [p. 149]
- Actif disponible : [p. 96]
- Action en rapport : [p. 270]
- Action en reprise : [p. 249]
- Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : [p. 393]
- Action en responsabilité pour soutien abusif : 577 s., [p. 393]
- Action paulienne : [p. 271]
- Administrateur : [p. 149]
  - pouvoirs propres : [p. 150], [p. 175]
- Administrateur judiciaire : [p. 96], [p. 123]
  - actes interdits : 184 s.
  - continuation des contrats (option) : 170, 203 s.
  - mission : 171 s.
    - assistance : 173
  - nomination : 159, 169

- pouvoirs propres : 170
- représentation : 174 s.
- surveillance : 172
- Affacturage : 724, [p. 513]
- Agriculteur : 51, 84 s.
- Alerte : 23 s.
- Allonge : [p. 449], [p. 472]
- Altération : [p. 430]
- Arrêt des poursuites individuelles : 265 s., [p. 206]
- Arrêt du cours des intérêts : 277 s., [p. 206]
- Artisans : 82 s.
- Associés
  - alerte : 30 s.
  - conciliation : 71
  - extension de procédure : 105
  - modification du capital : 383
  - plan de redressement : 383
  - plan de sauvegarde : 383
- Aval (lettre de change) : 670 s., [p. 472]
  - effets : 676 s.
  - inopposabilité des exceptions : 678
  - nature : 677
  - par acte séparé : 672
  - recours du donneur d'aval : 678
- Avalisé : [p. 472]
- Avaliseur : [p. 472]
- Avalistes : [p. 430], [p. 472]
- Avis de prélèvement : [p. 551]

## B

- Bail
  - liquidation judiciaire : 452
  - période d'observation : 222 s.
  - plan de cession : 477 s.
- Banqueroute : 574, 575, [p. 393]
- Bilan économique social : 365
  - de l'entreprise : [p. 309]

Billet à ordre : 591, [p. 416], 605 s., 612, 613, [p. 430]

Bordereau de cession (de créances professionnelles) : [p. 496]

Branche autonome d'activité : [p. 309]

Branche complète et autonome d'activité : [p. 362]

## C

Carte de crédit : [p. 551]

Carte de paiement : 586, [p. 416], 776 s., [p. 552]

- carte accréditive : [p. 551]

Carte de retrait : [p. 552]

Cautions

- arrêt du cours des intérêts : 280
- clôture pour insuffisance d'actif : 513, 514
  - défaut de déclaration : 259, 412
- plan de redressement : 411
- plan de sauvegarde : 410
- suspension des poursuites : 267, 410, 411, 412

Cessation des paiements : [p. 17], [p. 49], [p. 69], 96 s.

- conciliation : 52 s., 72
- date : 57, 103, 104, 156
- définition : 97 s.
- EIRL : 99
- notion d'actif disponible : 100 s.
- notion de passif exigible : 98
- période suspecte : 328
- preuve : 102 s.
- réserve de crédit : 98, 101

Cession

- branche complète autonome d'activité : 475
- contrats : 477 s.
- droit de rétention : 460 s.
- d'unité de production : [p. 17]
- fiduciaire : [p. 496]
- immeubles : 458
- meubles : 459
- partielle : 475
- parts sociales ou actions : 405, 406
- procédure de conciliation : 57, 468
- procédure de liquidation judiciaire : 467 s.
- procédure de redressement judiciaire : 417 s.
- procédure de sauvegarde : 414 s.

Cession de créances professionnelles : 586, [p. 416], 685 s.

- à titre de garantie : [p. 496]

- à titre d'escompte : [p. 496]

- acceptation : 713 s.
- bordereau : 686, 691 s.
- compensation : 710, 711
- conflits de droits : 721 s.
- créances cessibles : 696 s.
- date : 691
- formalisme : 690 s.
- inopposabilité des exceptions : 712, 714
- notification : 709 s.
- recouvrement de la créance cédée : 716 s.
- sous-traitance : 727 s.
- transfert de propriété : 702 s.

Chèque : 586, 587, [p. 416], 601 s., [p. 430], 735 s., [p. 531]

- barrement : 604
- chèque à ordre : [p. 430]
- chèque au porteur : [p. 430]
- chèque barré : [p. 430]
- chèque de casino : 602, [p. 430]
- chèque de garantie : 703, [p. 531]
- chèque de retrait : 721, [p. 531]
- chèque non à ordre : [p. 430]
- formalisme : 601 s.
- mentions facultatives : 604
- mentions obligatoires : 603
- nullité : 751
- opposition : 749 s.
- provision : 738 s.

Clause de domiciliation : [p. 430], [p. 472]

Clause de réserve de propriété : 326 s., [p. 249], [p. 513]

Clause de retour sans frais : [p. 431], [p. 449], [p. 472]

Clause de valeur fournie : [p. 431]

Clause non à ordre : [p. 431]

Clause non endossable ou non à ordre : [p. 449]

Clause sans protêt : [p. 472]

Clôture pour extinction du passif : [p. 362]

Clôture pour insuffisance d'actif : [p. 362]

Codébiteurs

- arrêt du cours des intérêts : 280
- clôture pour insuffisance d'actif : 513 s.
- défaut de déclaration de la créance : 259, 412
- plan de redressement : 411, 412
- plan de sauvegarde : 410, 412
- suspension des poursuites : 280

Comité d'entreprise

- procédure d'alerte : 33 s.

**Comité des créanciers** : 371 s., [p. 309]

- Constitution : 372
- Rôle : 374
- sauvegarde accélérée : 423, 425

**Commerçant**

- cessation d'activité : 79 s.
- commerçant de droit : 77, [p. 69]
- commerçant de fait : 77 s., [p. 69]
- décès : 80
- radiation : 81

**Commissaire à l'exécution du plan** : 391, [p. 309], [p. 393]

**Commissaire aux comptes**

- procédure d'alerte : 24 s.

**Compensation de créances connexes** : [p. 149]

**Compétence judiciaire (ouverture de la procédure)**

- matérielle : 135 s.
- territoriale : 141 s.

**Conciliateur** : [p. 17], [p. 49]

- mission : 57 s.
- nomination : 56

**Conciliation (procédure)** : 18, 48 s., 420 s.

**Concordat (loi du 13 juill. 1967)** : [p. 17], [p. 49]

**Conflits de droits** : [p. 514]

**Conflits de priorité** : [p. 231]

**Confusion de patrimoines** : 105 s., [p. 96]

- effets : 116 s.
- EIRL : 109
- notion : 107 s.

**Contrats**

- compte courant : 343, 344
- continuation des contrats en cours (liquidation judiciaire) : 449 s.
- continuation des contrats en cours (sauvegarde, redressement) : 195 s.
- contrat commutatif déséquilibré : [p. 271]
- contrat de bail : 222 s., 452
- contrat de fiducie : 225, [p. 175], 347, 453, 454
- contrat de travail : 221
- contrat en cours : [p. 175]
- période suspecte : 333, 334, 351, 352
- plan de cession : 477 s.
- résolution : 217, 218

**Contrôleurs** : [p. 96], 158, [p. 123], [p. 175], [p. 393]

**Convention fournisseur** : [p. 552]

**Coobligés (théories des →)** : 238 s., [p. 207]

**Créance**

- admission ou rejet : [p. 206]

- antérieure : [p. 175]

- postérieure : [p. 175]

**Créanciers**

- antérieurs : 231 s., 264 s., [p. 206]

- postérieurs non privilégiés : 226, 234 s., [p. 206], 283, [p. 232]

- postérieurs privilégiés : 227, [p. 206], 281 s., 299 s., [p. 232]

- soutien abusif : 578 s.

**Crédit-bail** : 252, 308, 477

## **D**

**Débiteur**

- droits (ou pouvoirs) propres : [p. 149]

**Débiteur étranger** : 143 s.

**Déchéance du terme** : 499

**Déclaration des créances** : [p. 96], 228 s., [p. 206]

- contenu de la déclaration : 244 s.
- créances alimentaires : 233, 235 s.
- créances antérieures : 230 s.
- créances fiscales : 249 s.
- créances postérieures non privilégiées : 234 s.
- créances postérieures privilégiées : 301
- déclaration à titre provisionnel : 249, [p. 207]
- délais : 251 s.
- dispense (de déclaration) : 233
- EIRL : 232
- inopposabilité de la créance non déclarée : 257 s.
- procédure d'admission : 262 s.
- procédure de déclaration : 241 s.
- relevé de forclusion : 255 s.
- sanctions : 254 s., 412
- vérification des créances déclarées : 261

**Dépôt de bilan** : [p. 123]

**Dessaisissement** : [p. 17], 441 s., [p. 362]

- activité salariée : 444
- dirigeant : 438
- effets : 442 s.
- EIRL : 441, 444
- exceptions : 445, 446
- représentation du débiteur : 438
- sanction : 447

**Dirigeant de droit** : [p. 393]

**Dirigeant de fait** : [p. 309], [p. 393]

**Dirigeants sociaux**

- droits sociaux : 405, 406
- pouvoirs (liquidation judiciaire) : 438
- pouvoirs (période d'observation) : 177, 178
- sanctions : 543 s.

**Donneur d'aval** : [p. 472]

**Droit de déclaration cumulatif** : [p. 207]

**Droit de priorité au paiement** : [p. 232]

**Droit de rétention** : [p. 207], 322 s.

- liquidation : 460, 461
- période d'observation : 191, 192

## E

**Effet réel de la procédure** : [p. 149]

**Effets de commerce** : 590 s., [p. 416]

**Endossataire** : [p. 449]

**Endossement (lettre de change)** : [p. 449]

- à titre de procuration : 624, 625, [p. 449]
- endossement en blanc : [p. 449]
- endossement nominatif : [p. 449]
- pignoratif : 626, 627, [p. 449]
- translatif : 618 s., 628 s., [p. 449]

**Endosseur** : [p. 449]

**Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)** : [p. 69]

- Banqueroute : 573
- cessation des paiements : 99
- confusion des patrimoines : 109, 136
- déclaration de créance : 232
- période suspecte : 348 s.
- pouvoirs propres (période d'observation) : 183
- reprise (action en) : 320
- séparation des patrimoines : 74, 183, 518

**Escompte** : 616, [p. 449]

- taux d'escompte : [p. 450]

**Extension de procédure** : 105 s., [p. 96]

- action (régime) : 112 s.
- causes : 106 s.
- Effets : 116 s.
- EIRL : 109, 115, 136

## F

**Facilités de caisse** : [p. 532]

**Factor (ou facteur)** : [p. 514]

**Faillite** : 2 s., [p. 17]

**Faillite personnelle** : [p. 123], 561 s., [p. 393]

**Fictivité** : [p. 96]

- effets : 116 s.
- extension de procédure : 110 s.
- notion : 110

**fiducie** : 274

- inscriptions (interdiction des) : 275 s.
- période d'observation : 225
- période suspecte : 341, 342
- plan de cession : 477

**Formalisme cambiaire** : 547 s., [p. 416]

## H

**Homologation** : [p. 49]

## I

**Inaliénabilité des biens** : [p. 309]

- inaliénabilité des biens cédés : [p. 362]

**Indépendance des signatures (principe de l')** : [p. 450]

**Indivisibilité du compte courant** : [p. 271]

**Inopposabilité des exceptions** : [p. 416], [p. 450]

- cession « Dailly » : 712, 714
- exceptions opposables : 642, 714
- lettre de change : 638 s.
- mauvaise foi du porteur : 639, 640

**Inscriptions (interdiction des -)** : 275 s., [p. 207]

**Instrument de crédit (notion)** : 588, 589, [p. 416]

**Instrument de paiement (notion)** : 586, 587, [p. 417]

**Insuffisance d'actif** : [p. 362]

- action pour - : 545 s.
- clôture pour - : 508 s.

**Interdiction bancaire** : [p. 532]

**Interdiction de gérer** : [p. 123], 567 s., [p. 394]

**Intérêts (arrêt du cours des -)** : 277 s.

## J

**Juge commis** : 518 s., [p. 362]

- nomination : 518
- pouvoir : 527, 529

**Juge-commissaire** : [p. 123], [p. 149]

- admission des créances : 262, 263

- mission : 158, 191 s., 205, 209, 316
- nomination : 158
- période d'observation : 191 s.

**Jugement d'ouverture** : 148 s.

- caractère constitutif : 148
- contenu : 154 s.
- date d'effet : 152
- publicité : 153
- tribunal compétent : 134 s.
- voies de recours : 160

**L****Lettre de change** : [p. 417], [p. 431]

- acceptation : 659 s.
- aval : 670 s.
- bénéficiaire : [p. 430]
- endossement translatif : 618 s., 628 s.
- formalisme : 594 s.
- mentions facultatives : 600
- mentions obligatoires : 598, 599
- nullité : 609 s.
- paiement : 645 s.
- porteur négligent : 650
- recours cambiars : 648 s.
- recours extra-cambiars : 655 s.
- régularisation : 610
- relevé-magnétique : [p. 472]
- relevé-papier : [p. 472]

**Lettre de change relevé** : 589, 679 s.

- lettre de change relevé magnétique : 589, [p. 417], 679
- lettre de change relevé papier : 589, [p. 417], 679, 684

**Liquidateur** : [p. 123], [p. 362], [p. 394]

- mission : 435 s.
- nomination : 158, 433, 434

**Liquidation des biens** : [p. 17]**Liquidation judiciaire** : 20, [p. 17], 427 s.

- Administrateur : 440, 450
- apurement du passif : 498 s.
- cession isolée d'actif : 457 s.
- clôture pour insuffisance d'actif : 508 s.
- clôture pour extinction du passif : 507
- conditions d'ouverture : 124 s.
- continuation des contrats en cours : 449 s.
- dessaisissement du débiteur : 441 s.
- dirigeants sociaux (pouvoirs) : 438

- dissolution des sociétés : 448, 507
- EIRL : 441
- finalité : 20
- liquidateur : v. Liquidateur
- liquidation judiciaire simplifiée : [p. 18], 462 s., [p. 363]
- offre de reprise de l'entreprise : 468 s.
- ordre des paiements : 502 s.
- plan de cession : 467 s.
- procédure de liquidation judiciaire : [p. 18]
- suspension des poursuites : 500 s.

**Location-gérance** : 494**M****Mandataire ad hoc** : 42 s., [p. 49]

- mission : 46 s.
- nomination : 43, 45 s.

**Mandataire judiciaire** : [p. 96], 158, [p. 124], 205, [p. 175], 261, [p. 207], [p. 363], [p. 394]**Masse des créanciers** : 6, [p. 17]**Ministère public** : 14, 131, 163**Mission d'assistance** : [p. 149]**Mission de représentation** : [p. 149]**Mission de surveillance** : [p. 149]**N****Notification** : [p. 496]**Nullité**

- nullité de droit : [p. 271]
- nullité facultative : [p. 271]

**O****Offre de reprise** : 468 s.**Opposition** : [p. 532]**Ouverture de crédit** : [p. 532]**P****Paiements**

- créanciers postérieurs : 298, 299
- interdiction : 185 s.



- mode anormal de paiement : [p. 271]
- période suspecte : 335 s., 353 s.
- Passif exigible : [p. 97]**
- Période d'observation : [p. 19], [p. 124], 161 s., [p. 149], 195 s.**
  - acte de gestion couante (notion) : 178
  - actes interdits : 184 s.
  - contrats en cours : 195 s.
  - créances connexes (compensation) : 189 s.
  - durée : 162, 163
  - EIRL : 183
  - interdiction des paiements : 185 s.
  - paiements autorisés (juge-commissaire) : 191 s.
  - poursuite de l'activité : 161 s.
  - pouvoirs de l'administrateur : 169 s.
  - pouvoirs du débiteur : 166 s., 181 s., 210 s.
- Période suspecte : [p. 97], 156, [p. 124], 328 s., [p. 271]**
  - accord amiable homologué : 72, 328
  - action paulienne : 330, 331
  - compte courant : 343, 344
  - déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale : 350
  - durée : 328
  - EIRL : 348 s.
  - nullité (régime) : 356 s.
  - nullité de droit : 332 s.
  - nullité facultative : 351 s.
- Personne morale de droit privé : [p. 69]**
- Plan de cession : [p. 17], [p. 310], [p. 363], v. Liquidation judiciaire**
- Plan de continuation : [p. 18]**
- Plan de redressement : [p. 18], 361 s., [p. 310]**
  - caution : 410, 411
  - inexécution : 394 s.
  - licenciement économique : 403
  - plan de cession : 417 s.
  - préparation : 364 s.
  - résolution : 395, 396
  - voies de recours : 399
- Plan de sauvegarde : [p. 18], 361 s., [p. 310]**
  - Caution : 410, 411
  - cession partielle d'activité : 414 s.
  - inexécution : 394 s.
  - préparation : 364 s.
  - résolution : 395, 396
  - voies de recours : 399
- Porteur de mauvaise foi : [p. 450]**
- Porteur légitime : [p. 450]**
- Porteur négligent : [p. 472]**
- Prévention des difficultés : 9, 18, 22 s.**
- Prior tempore, potior jure : [p. 514]**
- Privilège de conciliation (ou de new money) : 71, [p. 49]**
- Procédure de conciliation : [p. 18], 48 s., [p. 50]**
  - accord amiable : 56 s.
  - constaté : 63, 67 s.
  - homologué : 64 s., 67 s., 71 s.
  - inexécution : 73
  - agriculteur : 51
  - cessation des paiements : 52, 72
  - cession : 57, 468
  - conciliateur : 55, 57 s.
  - créances publiques : 59
  - délai de paiement : 60 s.
  - demande d'ouverture (compétence) : 55
  - demande d'ouverture (conditions) : 54 s.
  - effet à l'égard des garants : 69
  - homologation : 63 s.
  - privilège de conciliation (ou de new money) : 59, 71
  - remise de dette : 59
  - sauvegarde accélérée (projet de plan) : 421 s.
  - suspension des poursuites : 67
- Procédure de règlement amiable : [p. 50]**
- Procédure de rétablissement personne : 517 s.**
  - clôture : 535 s.
  - conditions : 520
  - créanciers : 531 s.
  - durée : 526
  - effacement des dettes : 536
  - EIRL : 521
  - Juge commis : 527 s.
  - Mandataire judiciaire : 527 s.
- Procédure de rétablissement professionnel : [p. 18]**
  - sans liquidation : [p. 363]
- Procédures d'alerte : [p. 18], 23 s., [p. 49]**
  - alerte externe : 37 s., [p. 49]
  - alerte interne : 24 s., [p. 49]
- Procédures d'insolvabilité (droit communautaire)**
  - centre des intérêts principaux (notion) : 146
  - procédure principale : 146, [p. 124]
  - procédure secondaire : 147, [p. 124]
  - tribunal compétent : 144
- Professions indépendantes libérales : 86 s.**
- Protêt (lettre de change)**

- protêt faute d'acceptation : [p. 450], 667 s., [p. 473]
- protêt faute de paiement : 649 s., [p. 473]
- Provision (chèque) : 738 s., [p. 532]**
  - caractères : 741
  - définition : 738
  - facilités de caisse : 740
  - interdiction bancaire : 743 s.
  - ouverture de crédit : 738
  - régularisation : 745
- Provision (lettre de change) : [p. 431], [p. 450]**
  - acceptation : 632, 634
  - transmission : 630, 636

## R

- Rapport fondamental : [p. 431]**
- Recours cambiars : [p. 473]**
- Redressement (plan) : 363 s., 401 s., 417 s.**
- Redressement judiciaire (procédure) : [p. 18]**
  - cessation des paiements : 96 s.
  - condition d'ouverture : 124 s.
  - continuation des contrats : 195 s.
  - finalité : 20
  - suspension des poursuites individuelles : 265 s.
  - tribunal compétent : 134 s.
- Règlement amiable : 9, 51, 60**
- Règlement judiciaire : [p. 19]**
- Relevé de forclusion : [p. 207]**
- Représentant des créanciers : 14, [p. 19]**
- Représentant des salariés : 14, [p. 19], 158, [p. 124]**
- Réserve de crédit : [p. 97]**
- Responsabilité pour insuffisance d'actif : 545 s.**
- Revendication (action) : 305 s.**
  - bien inclus dans un patrimoine affecté : 320
  - biens fongibles : 314
  - clause de réserve de propriété : 327
  - conditions : 312 s.
  - délai : 307 s.
  - effets de commerce : 319
  - juge-commissaire : 309, 320

## S

Salariés

- continuation des contrats de travail : 221
- licenciement (liquidation judiciaire) : 440
- licenciement (période d'observation) : 170
- licenciement (redressement judiciaire) : 403, 404
- licenciement (sauvegarde) : 402
- superprivilège des salariés : 300, 302
- Sauvegarde (plan) : 362 s., 400 s.**
- Sauvegarde (procédure) : [p. 18]**
  - cession partielle d'entreprise : 414 s.
  - condition d'ouverture : 93 s., 122 s.
  - continuation des contrats : 195 s.
  - finalité : 18
  - suspension des poursuites individuelles : 265 s.
  - tribunal compétent : 134 s.
- Sauvegarde accélérée : 19, [p. 19], 95, [p. 97], 305, 362, 420 s., [p. 310]**
  - comité des créanciers : 423
  - conciliation préalable : 421
  - durée : 423
  - effets : 426
  - ouverture : 421 s.
- Sauvegarde financière accélérée : 19, [p. 19], 95, [p. 97], [p. 207], 420 s., [p. 310]**
  - comités de créanciers : 425
  - conciliation préalable : 95, 421
  - durée : 421
  - effets à l'égard des créanciers : 424
  - finalité : 419, 420
  - obligataires : 425
  - ouverture : 95, 420
  - plan (adoption) : 423 s., 425
- Société**
  - créée de fait : [p. 69]
  - en formation : [p. 69]
  - en participation : [p. 69]
- Solidarité cambiare : 592, [p. 417], 652 s.**
- Soutien abusif (action) : 68, 580 s.**
- Stoppage in transitu : [p. 249]**
- Subrogation conventionnelle : [p. 514]**
- Subrogation réelle : [p. 249]**
- Superprivilège des créanciers : [p. 232]**
- Sûretés personnelles réelles**
  - arrêt des poursuites : 267
  - arrêt du cours des intérêts : 280
  - déclaration : 248, 259
- Suspension des poursuites individuelles : [p. 363]**
  - conciliation : 67

- liquidation judiciaire : 500, 501
- redressement judiciaire : 265 s.
- sauvegarde : 265 s.

**Suspension provisoire des poursuites**

- loi du 1er mars 1984 : [p. 50]
- loi du 26 juillet 2005 : [p. 50]

## ■ I

Tiré : [p. 431]

Tireur : [p. 431]

Titre interbancaire de paiement : 586, [p. 417],  
774

Titre négociable : [p. 417]

Titre universel de paiement (TIP) : [p. 552]

Traite (ou lettre de change) pro forma : [p. 450],  
[p. 473]

## ■ V

Valeur fournie : [p. 473]

Vendeur de meuble : 321 s.

Vérification des créances : 261, [p. 207]

Virement : [p. 417], 759 s., [p. 552]

Voies d'exécution

- période d'observation : 272, 273

## ■ W

Warrant : 591, [p. 417]

# Table des matières



Principales abréviations	VII
Plan général de l'ouvrage	IX
partie <b>1</b>	
Droit des entreprises en difficulté	1
chapitre <b>1</b>	
L'évolution du droit des entreprises en difficulté	3
section <b>1</b>	
<b>Les finalités d'origine du droit des procédures collectives</b>	<b>5</b>
§ 1 Le caractère répressif du droit des faillites	6
§ 2 Le règlement collectif des créanciers	6
section <b>2</b>	
<b>Les finalités modernes du droit des procédures collectives</b>	<b>7</b>
§ 1 Les apports de la loi du 13 juillet 1967	7
§ 2 Les finalités issues des lois du 1 <sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985	8
A. La prévention des difficultés de l'entreprise	8
B. Le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements	9
C. Les modifications apportées par la loi du 10 juin 1994	11
section <b>3</b>	
<b>Le nouveau visage du droit des entreprises en difficulté depuis la réforme du 26 juillet 2005</b>	<b>11</b>
§ 1 Le renforcement de la prévention	12
§ 2 La redéfinition des procédures de redressement et de liquidation judiciaires	13

§ 3 L'élargissement du domaine d'application du droit des entreprises en difficulté	14
Compléments pédagogiques	16
chapitre <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 2	
La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises	21
section <input type="checkbox"/> 1	
<b>La prévention des difficultés par l'alerte</b>	<b>25</b>
§ 1 Les procédures d'alerte interne à l'entreprise	26
A. Le pouvoir d'alerte du commissaire aux comptes	26
1. Le fait générateur de l'alerte	26
2. Le déroulement de la procédure d'alerte dans les sociétés anonymes	26
3. Le déroulement de la procédure d'alerte dans les autres sociétés commerciales	27
4. Le déroulement de la procédure d'alerte dans les autres groupements de droit privé	28
a. Procédure d'alerte et GIE	28
b. Procédure d'alerte et personne morale de droit privé non commerçante	28
B. Le droit d'alerte des associés	29
1. Les titulaires du droit d'alerte	29
2. Le déroulement de la procédure d'alerte	29
C. Le droit d'alerte du comité d'entreprise	29
1. Une prérogative propre au comité d'entreprise	29
2. Le fait générateur de l'alerte	30
3. Déroulement de la procédure d'alerte	30
§ 2 Les procédures d'alerte externe à l'entreprise	30
A. Le droit d'alerte du président du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance	30
B. Le droit d'alerte des groupements de prévention agréés	31
section <input type="checkbox"/> 2	
<b>Le recours à un mandataire <i>ad hoc</i></b>	<b>32</b>

§ 1	Les conditions de nomination d'un mandataire <i>ad hoc</i>	32
§ 2	Le choix du mandataire <i>ad hoc</i>	33
§ 3	La mission du mandataire <i>ad hoc</i>	33
section 3		
<b>La procédure de conciliation</b>		<b>35</b>
§ 1	Les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation	35
A.	Les conditions relatives à la forme de l'entreprise	36
B.	Les conditions relatives à la situation financière de l'entreprise	36
C.	Les conditions relatives à la demande d'ouverture	37
§ 2	La conclusion de l'accord amiable	38
A.	Le rôle du conciliateur	38
B.	Les remises de dettes des créanciers publics	39
C.	Délais de paiement judiciaires et conditions d'exécution des contrats en cours	40
§ 3	Les effets de la conclusion de l'accord amiable	41
A.	L'accord amiable constaté et l'accord amiable homologué	41
1.	Les conditions de la constatation de l'accord	41
2.	Les conditions de l'homologation de l'accord amiable	41
B.	Les effets de l'accord constaté et de l'accord homologué	42
1.	Les effets communs à l'accord constaté et l'accord homologué	42
a.	Interdiction et suspension des poursuites des créanciers parties à l'accord	42
b.	Délais de paiement judiciaires et créanciers non parties à l'accord	43
c.	Protection des garants et co-obligés du débiteur	43
d.	Surveillance de l'exécution de l'accord amiable constaté ou homologué	44
2.	Les effets de l'accord amiable homologué	45
a.	Le privilège de conciliation en faveur de certains créanciers	45
b.	Les autres effets de l'accord amiable homologué	46
§ 4	Les sanctions de l'inexécution de l'accord amiable	47
<b>Compléments pédagogiques</b>		<b>48</b>

chapitre   **3**

Les entreprises soumises au droit des entreprises en difficulté **59**

section **1**

**Les entreprises individuelles** **61**

**§ 1** Les personnes physiques exerçant une activité commerciale **62**

**A.** La notion de commerçant **62**

**B.** Les commerçants en cessation des paiements ayant cessé leur activité **63**

**1.** Le décès du commerçant **63**

**2.** Le commerçant retiré des affaires **64**

**§ 2** Les personnes physiques exerçant une activité artisanale **64**

**§ 3** Les agriculteurs **65**

**§ 4** Les professionnels indépendants **65**

section **2**

**Les personnes morales de droit privé** **66**

**§ 1** Exclusion des groupements dépourvus de la personnalité juridique **66**

**§ 2** Exclusion des personnes morales de droit public **67**

Compléments pédagogiques **68**

chapitre   **4**

Les causes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires **79**

section **1**

**Les conditions relatives à la situation financière de l'entreprise** **81**

**§ 1** L'absence de cessation des paiements : condition nécessaire à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde judiciaire **82**

**§ 2** La cessation des paiements : condition de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire **84**

**A.** Les éléments constitutifs de la cessation des paiements **84**

1.	La notion de passif exigible	85
2.	La notion d'actif disponible	86
B.	La preuve de l'état de cessation des paiements	87
C.	La date de la cessation des paiements	87
section	<b>2</b>	
<b>Les causes d'extension de la procédure collective</b>		<b>89</b>
§ 1	L'extension de procédure pour cause de confusion des patrimoines	89
A.	La notion de confusion des patrimoines	90
B.	Les solutions applicables à l'EIRL	91
§ 2	L'extension de procédure pour cause de fictivité	91
§ 3	Le régime de l'action en extension de procédure	92
A.	L'action en extension de procédure	92
1.	Qualité pour agir en extension de procédure	92
2.	Les obstacles à l'extension de procédure	92
B.	Les effets de l'extension de procédure	93
1.	Unicité de la procédure	93
2.	Unité ou pluralité de solutions ?	93
<b>Compléments pédagogiques</b>		<b>95</b>
chapitre	<b>5</b>	
<b>La procédure d'ouverture</b>		<b>105</b>
section	<b>1</b>	
<b>La saisine du tribunal</b>		<b>107</b>
§ 1	La procédure de sauvegarde	107
§ 2	Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires	108
A.	Ouverture à l'initiative du débiteur	108
B.	Autres cas de saisine	109
1.	Procédure ouverte à la demande d'un créancier	109
2.	Procédure ouverte à la demande du ministère public	109
3.	Interdiction d'une ouverture d'office par le juge	110



section	2	
<b>Le tribunal compétent</b>		<b>110</b>
§ 1	Compétence d'attribution	111
A.	Principes	111
B.	Tribunaux de commerce spécialisés	112
§ 2	Compétence territoriale	113
A.	Ouverture d'une procédure contre un débiteur ayant son siège en France	113
B.	Ouverture d'une procédure contre un débiteur ayant son siège à l'étranger	113
1.	Débiteur dont le siège est situé en dehors de l'Union européenne	114
2.	Débiteur dont le siège est situé sur le territoire de l'Union européenne	114
section	3	
<b>Le jugement d'ouverture</b>		<b>116</b>
§ 1	Adoption du jugement d'ouverture	116
A.	Information préalable du tribunal	117
B.	Date d'effet et publicité	117
§ 2	Contenu du jugement d'ouverture	118
A.	Choix de la procédure à ouvrir	118
B.	Fixation de la date de cessation des paiements	118
C.	Désignation des organes de la procédure	119
1.	Désignations communes à toutes les procédures	119
2.	Désignations spécifiques à la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire	120
§ 3	Voies de recours	120
<b>Compléments pédagogiques</b>		<b>122</b>
chapitre		<b>6</b>
<b>La poursuite de l'activité de l'entreprise en période d'observation</b>		<b>131</b>
section	1	
<b>La gestion de l'entreprise en période d'observation</b>		<b>134</b>

§ 1	L'étendue du pouvoir de gestion du débiteur	134
A.	Le pouvoir de gestion du débiteur en procédure de sauvegarde	135
B.	Le pouvoir de gestion du débiteur en procédure de redressement judiciaire	135
§ 2	Les pouvoirs de l'administrateur	136
A.	Les pouvoirs propres de l'administrateur	136
B.	Les missions confiées par le jugement d'ouverture	136
1.	La mission de surveillance en cas de procédure de sauvegarde	136
2.	La mission d'assistance en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire	137
3.	La mission de représentation en procédure de redressement judiciaire	137
C.	Les sanctions des actes accomplis par le débiteur en violation des pouvoirs de l'administrateur	138
1.	Principes	138
2.	Cas particulier de l'acte de gestion courante	139
section 2		
<b>Les pouvoirs du débiteur sur son patrimoine personnel</b>		<b>139</b>
§ 1	Les pouvoirs et les droits propres du débiteur	140
§ 2	Les pouvoirs propres du débiteur personne physique	140
A.	Unité du patrimoine et effet réel général de la procédure	141
B.	EIRL et effet réel sélectif de la procédure	141
section 3		
<b>Les actes interdits en période d'observation</b>		<b>142</b>
§ 1	Les paiements interdits	142
§ 2	Les exceptions aux interdictions de paiement	143
A.	Les exceptions propres au débiteur personne physique	143
B.	La compensation de créances connexes	144
C.	Les paiements autorisés par le juge-commissaire	145
§ 3	L'interdiction des actes étrangers à la gestion courante	146
<b>Compléments pédagogiques</b>		<b>148</b>

chapitre     **7**

La continuation des contrats en cours pendant la période d'observation 159

section **1**

**Le régime général de continuation des contrats en cours** 161

**§ 1** La notion de « contrat en cours » 161

**A.** Les cas des contrats à exécution instantanée 162

**B.** Le cas des contrats *intuitu personae* 163

**§ 2** L'exercice de l'option 164

**A.** Le titulaire de l'option 164

**B.** Le caractère d'ordre public de l'option 164

**C.** Les conditions d'exercice de l'option 165

**§ 3** Les conséquences de l'exercice de l'option 166

**A.** Le sort du contrat dans l'attente d'une décision de l'administrateur 166

**B.** L'option en faveur de la continuation 167

**C.** L'option en faveur de la renonciation 168

section **2**

**Les régimes spéciaux de continuation** 170

**§ 1** La continuation des contrats de travail 170

**§ 2** La continuation du contrat de bail 171

**§ 3** La continuation du contrat de fiducie 172

Compléments pédagogiques 174

chapitre     **8**

La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés 181

section **1**

**L'obligation de déclaration des créances** 183

International.Sciolarvox.com:ENC3-Paris-koch:1443-1755-8665-196.2007-17-181011808

§ 1	Les créances soumises à déclaration	184
A.	Les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture	184
B.	Les créances antérieures dispensées de déclaration	186
C.	Les créances postérieures soumises à l'obligation de déclaration	187
§ 2	Déclaration et théorie des coobligés	188
§ 3	La procédure de déclaration	189
A.	Les personnes autorisées à déclarer la créance	189
1.	La déclaration à l'initiative du créancier	189
2.	La déclaration à l'initiative du débiteur	190
B.	Le contenu de la déclaration	190
1.	Déclaration du principal et des intérêts	191
2.	Déclaration des sûretés	191
3.	Déclaration à titre provisionnel des créances fiscales et sociales	191
C.	Le délai de déclaration	192
§ 4	La sanction du défaut de déclaration	193
A.	L'action en relevé de forclusion	193
B.	L'inopposabilité de la créance non déclarée	194
1.	Portée de l'inopposabilité à l'égard du débiteur	194
2.	Portée de l'inopposabilité à l'égard des « garants » du débiteur	195
§ 5	L'admission des créances déclarées	196
A.	La vérification des créances	196
B.	L'admission des créances par le juge-commissaire	196
s e c t i o n 2		
<b>Les restrictions aux droits des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés</b>		<b>197</b>
§ 1	L'arrêt des poursuites individuelles	197
A.	Les actions interrompues	198
1.	Les actions concernées par l'interruption	199
2.	La reprise des actions interrompues	199
B.	L'arrêt des procédures d'exécution	200
C.	La suspension de la réalisation de la fiducie-sûreté sans dépossession	201
§ 2	L'interdiction des inscriptions	201
§ 3	L'arrêt du cours des intérêts	202

A. Le cas des contrats de prêt	202
B. La situation des coobligés et « garants »	203
Compléments pédagogiques	205
chapitre <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <b>9</b>	
Le droit de priorité au paiement des créanciers postérieurs	219
section <input type="checkbox"/> <b>1</b>	
<b>Le domaine du droit de priorité</b>	222
§ <input type="checkbox"/> <b>1</b> La date de naissance de la créance postérieure	222
A. Le fait générateur des créances extra-contractuelles	222
B. Le fait générateur des créances contractuelles	223
§ <input type="checkbox"/> <b>2</b> La régularité de la créance postérieure	224
§ <input type="checkbox"/> <b>3</b> L'utilité de la créance née régulièrement après le jugement d'ouverture	225
A. Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur	226
B. Les créances nées pour les besoins de la procédure ou de l'activité du débiteur	226
section <input type="checkbox"/> <b>2</b>	
<b>Les effets du droit de priorité</b>	227
§ <input type="checkbox"/> <b>1</b> Le droit au paiement à échéance	227
§ <input type="checkbox"/> <b>2</b> Le droit à un paiement privilégié lors des répartitions	227
A. La portée du privilège en cas de plan de sauvegarde ou de redressement	228
B. La portée du privilège en cas de liquidation judiciaire	228
§ <input type="checkbox"/> <b>3</b> L'ordre de paiement des créanciers postérieurs privilégiés	229
Compléments pédagogiques	231
chapitre <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <b>10</b>	
Les actions en revendication	237

section	<b>1</b>	
<b>Le régime général des revendications</b>		<b>239</b>
§ 1	Le délai d'exercice de l'action en revendication	240
§ 2	La forme de l'action en revendication	241
§ 3	L'objet de l'action en revendication	241
A.	La revendication d'un bien se trouvant entre les mains du débiteur au jour du jugement d'ouverture	242
B.	La revendication d'un bien vendu par le débiteur avant le jugement d'ouverture	243
C.	La revendication des effets de commerce	244
D.	La reprise des biens inclus dans un patrimoine affecté	244
section	<b>2</b>	
<b>La situation du vendeur de meuble impayé</b>		<b>245</b>
§ 1	Le droit de rétention du vendeur en possession	245
§ 2	La situation du vendeur dessaisi	246
§ 3	Le droit du vendeur avec clause de réserve de propriété	246
<b>Compléments pédagogiques</b>		<b>248</b>
chapitre	<b>11</b>	
<b>Les nullités de la période suspecte</b>		<b>257</b>
section	<b>1</b>	
<b>Les actes frappés d'une nullité de droit</b>		<b>260</b>
§ 1	Les actes translatifs à titre gratuit	260
§ 2	Les contrats commutatifs déséquilibrés	261
§ 3	Les paiements anormaux	261
A.	Le paiement de dettes non échues	261
B.	Le paiement de dettes échues par un procédé anormal	261
§ 4	Les dépôts et les consignations	262
§ 5	La constitution de sûreté pour dettes antérieures	262

A. Le domaine de la nullité	262
B. Le solde débiteur d'un compte courant	263
§ 6 Les mesures conservatoires et les <i>stock-options</i>	264
§ 7 Les transferts fiduciaires à titre de garantie	264
§ 8 Les actes portant affectation nouvelle ou modification d'affectation des biens composant les patrimoines de l'EIRL	265
§ 9 La déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur	266
section 2	
Les actes frappés d'une nullité facultative	267
§ 1 Les actes à titre gratuit et la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur	267
§ 2 Le paiement de dettes échues et les actes à titre onéreux	267
§ 3 Les avis à tiers détenteur, la saisie attribution et l'opposition	268
section 3	
Le régime de l'action en nullité	268
§ 1 Les titulaires de l'action	269
§ 2 Le délai d'action	269
§ 3 Les effets de la nullité	269
Compléments pédagogiques	270
chapitre 12	
Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise	279
section 1	
Les règles communes aux plans de sauvegarde et de redressement	283
§ 1 L'élaboration du plan	283
A. Le bilan économique et social de l'entreprise et le projet de plan	284
B. La consultation des créanciers	284
1. La consultation individuelle des créanciers privés et publics	285
2. La consultation des comités de créanciers	285

a.	Composition des comités de créanciers	286
b.	Rôle des comités de créanciers	287
C.	La consultation des créanciers obligataires	287
§ 2	L'adoption du plan par le tribunal	287
A.	Le contenu du plan	288
1.	Les mesures de restructuration de l'entreprise	288
a.	Les mesures modifiant le patrimoine de l'entreprise	288
b.	Les mesures modifiant la structure de l'entreprise	289
2.	L'apurement du passif	290
a.	Remises de dettes et délais de paiements	290
b.	Les créances non soumises aux délais et remises	290
B.	Les effets du plan	291
1.	Les conditions d'exécution du plan	291
2.	La modification du plan en cours d'exécution	292
3.	Les sanctions de l'inexécution du plan	293
a.	La résolution du plan	293
b.	Le prononcé d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire	294
§ 3	Les voies de recours contre le jugement arrêtant le plan	295
s e c t i o n 2		
<b>Les règles propres au plan de sauvegarde et au plan de redressement judiciaire</b>		296
§ 1	Le régime des licenciements pour motif économique	296
§ 2	Le sort des dirigeants	297
§ 3	Les restrictions aux droits des associés	297
§ 4	La situation des coobligés et « garants » du débiteur	299
§ 5	Les droits des créanciers non déclarants	300
§ 6	La cession et le sauvetage de l'entreprise	300
A.	La cession et la sauvegarde	300
B.	La cession et le redressement judiciaire	302
s e c t i o n 3		
<b>Les règles propres au plan de sauvegarde arrêté lors d'une procédure de sauvegarde accélérée</b>		303



§ 1	La prénégociation en conciliation du projet de plan de sauvegarde	304
§ 2	Les conditions d'adoption du plan de sauvegarde accélérée	305
A.	Le délai d'arrêté du plan	305
B.	Sauvegarde financière accélérée et consultation des créanciers financiers et des obligataires	306
C.	L'arrêté du plan par le tribunal	306
Compléments pédagogiques		308
c h a p i t r e <span style="border: 1px solid black; padding: 0 5px;"> </span> <span style="border: 1px solid black; padding: 0 5px;"> </span> <b>13</b>		
La liquidation du patrimoine du débiteur		321
s e c t i o n <span style="border: 1px solid black; padding: 0 5px;"> </span> <b>1</b>		
Les effets de l'ouverture de la liquidation judiciaire		326
§ 1	Les pouvoirs du liquidateur	326
A.	La désignation du liquidateur	326
B.	La mission du liquidateur	327
1.	La représentation des créanciers	327
2.	La représentation du débiteur dessaisi	327
3.	L'administration de l'entreprise en cas de maintien provisoire de l'activité	328
§ 2	Le dessaisissement du débiteur	329
A.	Le domaine du dessaisissement	329
B.	Les exceptions au principe du dessaisissement	330
C.	La sanction du dessaisissement	331
§ 3	Les autres effets de la liquidation judiciaire	331
A.	L'absence de dissolution du débiteur « personne morale »	331
B.	La continuation des contrats en cours	331
1.	Le régime général de la continuation des contrats	331
2.	Les règles propres au contrat de bail	333
3.	Le sort des contrats de fiducie	333

section	<b>2</b>	
<b>Les opérations de liquidation judiciaire</b>		<b>334</b>
§ 1	La réalisation de l'actif en l'absence de plan de cession	334
A.	Les conditions de la cession de biens isolés	334
1.	La cession d'immeuble	335
2.	La cession de meuble	335
3.	La cession des biens soumis à un droit de rétention	335
B.	Le cas particulier de la liquidation judiciaire simplifiée	336
1.	Domaine d'application	336
2.	Régime juridique	336
§ 2	La réalisation de l'actif par voie de plan de cession	338
A.	L'adoption du plan de cession	338
1.	Les conditions relatives aux offres de reprise	338
2.	Le choix du repreneur par le tribunal	340
B.	Le contenu du plan de cession	340
1.	La cession totale ou partielle de l'entreprise	340
2.	La cession forcée de certains contrats	341
3.	Les obligations du cessionnaire	342
a.	Le paiement du prix de cession	342
b.	La reprise de certaines dettes	343
c.	L'inaliénabilité des biens cédés	344
d.	Les autres engagements du cessionnaire	344
C.	Les conséquences du plan de cession	345
1.	La réalisation du transfert de propriété des biens cédés	345
2.	La gestion de l'entreprise postérieurement à l'arrêté du plan de cession	346
D.	L'inexécution du plan de cession	346
section	<b>3</b>	
<b>L'apurement du passif et la clôture de la liquidation judiciaire</b>		<b>347</b>
§ 1	L'apurement du passif	347
A.	La déchéance du terme	347
B.	La suspension des poursuites individuelles	348
C.	La répartition du produit de la liquidation entre les créanciers	349
§ 2	La clôture de la procédure de liquidation judiciaire	350

A.	La clôture pour extinction du passif	350
B.	La clôture pour insuffisance d'actif	351
1.	L'extinction du droit de poursuite des créanciers contre le débiteur	351
2.	Le maintien du droit de poursuite contre les coobligés et « garants » du débiteur	353
3.	La réouverture de la procédure clôturée pour insuffisance d'actif	353
section	<b>4</b>	
	<b>Le rétablissement professionnel du débiteur</b>	<b>354</b>
§ 1	Conditions d'ouverture de la procédure	354
A.	Conditions relatives à la personne du débiteur	355
B.	Conditions relatives à la situation patrimoniale du débiteur	355
C.	Conditions procédurales d'ouverture	355
1.	Une procédure volontaire	355
2.	Une procédure accélérée et hyper-simplifiée	356
§ 2	Régime de la procédure de rétablissement professionnel	357
A.	L'absence de discipline collective des créanciers	357
B.	L'absence de dessaisissement du débiteur	358
§ 3	Les effets de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel	358
A.	L'effacement des dettes du débiteur	359
B.	Prononcé d'une liquidation judiciaire après clôture	360
	<b>Compléments pédagogiques</b>	<b>361</b>
chapitre	<b>14</b>	
	<b>Responsabilités et sanctions</b>	<b>373</b>
section	<b>1</b>	
	<b>Les sanctions contre le chef d'entreprise</b>	<b>375</b>
§ 1	Les sanctions patrimoniales : la responsabilité pour insuffisance d'actif	376
A.	Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	376
1.	Le domaine rationae materiae : l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire	377

2.	Le domaine rationae personae : dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale de droit privé et entrepreneur individuel à responsabilité limitée	377
B.	Les éléments constitutifs de la responsabilité pour insuffisance d'actif	379
1.	L'exigence d'une insuffisance d'actif	379
2.	L'existence d'une faute de gestion	379
3.	La preuve d'un lien de causalité	380
C.	Le régime de l'action et les sanctions	380
§ 2	Les sanctions professionnelles : la faillite personnelle et l'interdiction de gérer	381
A.	La faillite personnelle	382
1.	Le domaine d'application de la faillite personnelle	382
2.	Les cas généraux de faillite personnelle	382
3.	Les cas spécifiques de faillite personnelle	383
a.	Les cas spécifiques aux entrepreneurs individuels	383
b.	Les cas spécifiques aux dirigeants de personnes morales	383
B.	L'interdiction de gérer	384
C.	Les principes communs à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer	385
1.	Le régime de l'action	385
2.	Les sanctions	385
§ 3	Les sanctions pénales : la banqueroute et les infractions annexes	386
A.	Le délit de banqueroute	387
B.	Les infractions annexes	387
section 2		
Les sanctions contre les tiers		388
§ 1	Le principe légal d'irresponsabilité du fournisseur de crédit	388
§ 2	Les cas légaux de responsabilité pour soutien abusif	389
§ 3	La mise en œuvre de l'action en responsabilité pour soutien abusif	390
A.	Le régime de l'action	390
B.	Les sanctions du soutien abusif	390
Compléments pédagogiques		392
sujet terminal <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>		403

partie	2
Droit des instruments de paiement et de crédit	409
chapitre	15
Introduction	411
section	1
La notion d'instrument de paiement	413
section	2
La notion d'instrument de crédit	413
section	3
La notion d'effet de commerce	414
Compléments pédagogiques	416
chapitre	16
Le formalisme cambiaire	419
section	1
Les manifestations du formalisme en droit des effets de commerce	421
§ 1 Le formalisme de la lettre de change	421
A. Les mentions obligatoires	422
B. Les mentions facultatives	423
§ 2 Le formalisme du chèque	424
A. L'exigence d'un support papier	424
B. Les mentions obligatoires	424
C. Les mentions facultatives	425
§ 3 Le formalisme du billet à ordre	425
A. Les mentions obligatoires	426

B. Les mentions facultatives	426
section 2	
<b>Les sanctions du formalisme cambiaire</b>	<b>426</b>
§ 1 L'omission d'une mention obligatoire	426
§ 2 L'inexactitude d'une mention obligatoire	428
§ 3 L'altération d'une mention obligatoire	428
<b>Compléments pédagogiques</b>	<b>429</b>
chapitre 17	
<b>L'endossement et la circulation de la lettre de change</b>	<b>437</b>
section 1	
<b>L'endossement translatif</b>	<b>439</b>
§ 1 Les conditions de l'endossement translatif	439
A. Les formes de l'endossement	440
B. Les conditions relatives à la personne de l'endosseur et de l'endossataire	440
§ 2 Les autres catégories d'endossement	441
A. L'endossement de procuration	441
B. L'endossement pignoratif	442
section 2	
<b>Les effets de l'endossement translatif</b>	<b>442</b>
§ 1 La transmission de la propriété de la lettre de change et de la provision	442
A. La transmission de la provision et les droits du porteur d'une lettre de change acceptée	443
1. L'engagement cambiaire du tiré accepteur	443
2. L'opposabilité erga omnes des droits du porteur	444
B. La transmission de la provision et les droits du porteur d'une lettre de change non acceptée	444
§ 2 L'inopposabilité des exceptions nées du rapport fondamental	445
A. Les conditions d'application du principe de l'inopposabilité des exceptions	445

B. Les exceptions toujours opposables au porteur de bonne foi	446
§ 3 La garantie due par l'endosseur	446
Compléments pédagogiques	448
chapitre <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 18	
Le paiement de la lettre de change	457
section 1	
Les recours du porteur de la lettre de change impayée	459
§ 1 Les recours cambiaires	460
A. L'obligation de dresser protêt faute de paiement	460
1. La sanction du défaut de protêt : la perte des recours cambiaires	460
2. Les exceptions à l'obligation de dresser protêt	461
B. La solidarité des signataires au paiement de la lettre de change	461
§ 2 Les recours extracambiaires	462
A. L'action au titre de la provision	462
B. L'action au titre de la valeur fournie	463
section 2	
Les garanties de paiement de la lettre de change	463
§ 1 L'acceptation	463
A. Les conditions de l'acceptation	463
1. La présentation de la lettre de change à l'acceptation	463
2. La forme de l'acceptation	464
B. Les effets de l'acceptation sur la nature de l'engagement du tiré	464
C. Les conséquences du refus d'acceptation	465
§ 2 L'aval	465
A. Les conditions de validité de l'aval	466
1. La forme et l'objet de l'aval	466
2. Les conditions relatives à la personne du donneur d'aval	466
3. Les conditions relatives au bénéficiaire de l'aval	467
B. Les effets de l'aval	467

1.	L'étendue de l'engagement cambiaire du donneur d'aval	467
2.	Les recours du donneur d'aval	468
s e c t i o n 3		
<b>Le paiement de la lettre de change relevé</b>		<b>468</b>
§ 1	Le paiement de la lettre de change relevé	469
§ 2	Les conséquences du refus de paiement	469
Compléments pédagogiques		471
c h a p i t r e 19		
La cession de créances professionnelles par bordereau « Dailly »		481
s e c t i o n 1		
<b>Les conditions de la cession de créances professionnelles</b>		<b>484</b>
§ 1	Le formalisme du bordereau de cession de créances professionnelles	484
A.	Les mentions obligatoires	484
B.	La sanction du formalisme	485
§ 2	Les conditions relatives aux cédant, cessionnaire et débiteur cédé	486
§ 3	Les créances transmissibles	486
A.	Le caractère professionnel de la créance	486
B.	Les créances à terme et les créances futures	487
s e c t i o n 2		
<b>Les effets de la cession de créances professionnelles</b>		<b>488</b>
§ 1	Les effets de la cession entre les parties	488
A.	La transmission de la propriété des créances cédées	488
B.	La garantie due par le cédant	489
§ 2	Les effets de la cession à l'égard du débiteur cédé	490
A.	Les effets de la cession en l'absence de notification	490
B.	Les effets de la cession notifiée au débiteur cédé	492
C.	L'acceptation de la cession par le débiteur cédé	492



§ 3	Le recouvrement des créances cédées	493
Compléments pédagogiques		495
chapitre <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 20		
Les droits du cessionnaire de créances professionnelles à l'égard des tiers		505
section 1		
Les conflits de droits entre cessionnaires successifs d'une même créance		507
§ 1	Les conflits entre cessionnaires « Dailly » successifs	507
§ 2	Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et porteur d'une lettre de change	508
§ 3	Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et société d'affacturage	509
section 2		
Les conflits entre le cessionnaire « Dailly » et le titulaire d'un droit direct		510
§ 1	Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et sous-traitant	510
§ 2	Les conflits entre cessionnaire « Dailly » et vendeur avec réserve de propriété	512
Compléments pédagogiques		513
chapitre <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 21		
Le chèque émis sans provision et les incidents de paiement		521
section 1		
L'émission de chèque sans provision		523
§ 1	L'exigence d'une provision au jour de l'émission	524
A.	L'origine de la provision	524
B.	Les caractères de la provision	525
§ 2	Les sanctions de l'émission sans provision	525

A.	L'interdiction bancaire	525
B.	Les effets de l'interdiction bancaire à l'égard du tireur en procédure collective	526
C.	Les recours du banquier tiré	527
section	<b>2</b>	
	<b>L'opposition au paiement du chèque</b>	<b>527</b>
§ 1	Les conditions de l'opposition	528
A.	Les cas d'opposition légitime	528
B.	La forme de l'opposition	529
C.	Le titulaire du droit d'opposition	529
§ 2	Les effets de l'opposition	529
A.	Le blocage de la provision	529
B.	La mainlevée de l'opposition illégitime	529
	<b>Compléments pédagogiques</b>	<b>531</b>
chapitre	<b>22</b>	
	<b>Les autres instruments de paiement : le virement et la carte de paiement</b>	<b>537</b>
section	<b>1</b>	
	<b>Le virement</b>	<b>539</b>
§ 1	Le virement bancaire	540
A.	L'ordre de virement	540
1.	Les conditions de l'émission de l'ordre de virement	540
2.	Les effets de l'émission de l'ordre de virement	541
a.	Les effets de l'émission de l'ordre de virement à l'égard du donneur d'ordre	541
b.	Les effets de l'émission de l'ordre de virement à l'égard du banquier donneur d'ordre	542
B.	L'opération de virement	543
1.	Date du paiement par virement	543
2.	Cas particulier du paiement fait par erreur	544

§ 2	Les mécanismes dérivés du virement	544
A.	Le titre universel de paiement	544
B.	L'avis de prélèvement	545
s e c t i o n 2		
La carte de paiement		545
§ 1	Les relations entre l'émetteur et l'adhérent	546
A.	Nature et caractères du contrat	546
B.	Les obligations respectives des parties	547
§ 2	Les relations entre l'émetteur et le fournisseur	548
§ 3	Le paiement par carte de paiement	548
A.	L'irrévocabilité de l'ordre de paiement	548
B.	L'opposition à l'ordre de paiement	549
Compléments pédagogiques		551
s u j e t t e r m i n a l		561
Index alphabétique		567
Table des Quiz		599

# Table des Quiz



*Les chiffres renvoient aux numéros des pages. Le chapitre de cours concerné est indiqué entre crochets. Sauf indication contraire par des italiques, tous les sujets sont corrigés.*

## Tests de connaissances

**p. 53** [La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises] ; **p. 127** [La procédure d'ouverture] ; **p. 151** [La poursuite de l'activité de l'entreprise en période d'observation] ; **p. 176** [La continuation des contrats en cours pendant la période d'observation] ; **p. 210** [La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés] ; **p. 233** [Le droit de priorité au paiement des créanciers postérieurs] ; **p. 251** [Les actions en revendication] ; **p. 273** [Les nullités de la période suspecte] ; **p. 313** [Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise] ; **p. 367** [La liquidation du patrimoine du débiteur] ; **p. 396** [Responsabilités et sanctions] ; **p. 432** [Le formalisme cambiaire] ; **p. 554** [Les autres instruments de paiement : le virement et la carte de paiement].

## Tests de compréhension

**p. 54** [La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises] ; **p. 72** [Les entreprises soumises au droit des entreprises en difficulté] ; **p. 101** [Les causes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires] ; **p. 211** [La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés] ; **p. 315** [Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise] ; **p. 452** [L'endossement et la circulation de la lettre de change].

## Cas pratique(s)

**p. 54** [La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises] ; **p. 101** [Les causes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires] ; **p. 128** [La procédure d'ouverture] ; **p. 153** [La poursuite de l'activité de l'entreprise en période d'observation] ; **p. 178** [La continuation des contrats en cours pendant la période d'observation] ; **p. 234** [Le droit de priorité au paiement des créanciers postérieurs] ; **p. 252** [Les actions en revendication] ; **p. 274** [Les nullités de la période suspecte] ; **p. 316** [Le plan de sauvegarde et le plan de redressement de l'entreprise] ; **p. 368** [La liquidation du patrimoine du débiteur] ; **p. 397** [Responsabilités et sanctions] ; **p. 403** [Sujet terminal] ; **p. 433** [Le formalisme cambiaire] ; **p. 474** [Le paiement de la lettre de change] ; **p. 499** [La cession de créances professionnelles par bordereau « Dailly »] ; **p. 516** [Les droits du cessionnaire de créances professionnelles à l'égard des tiers] ; **p. 534** [Le chèque émis sans provision et les incidents de paiement] ; **p. 555** [Les autres instruments de paiement : le virement et la carte de paiement] ; **p. 561** [Sujet terminal].

## Commentaires d'arrêt(s)

**p. 73** [Les entreprises soumises au droit des entreprises en difficulté] ; **p. 212** [La situation des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés].

International.scholarvox.com:ENCG Marrakech:1443047759:88866152:196.200.176.177:1581011808

international.scholarvox.com:ENCG Marrakech:714558545:88866152:196.200.176.177:1581012063

6<sup>e</sup> édition

# Entreprises en difficulté Instruments de paiement et de crédit

Marie-Laure Coquelet

Le droit des entreprises en difficulté poursuit un double objectif : prévenir les difficultés des entreprises au moyen de mécanismes amiables (tels que le mandat *ad hoc* ou la conciliation) ou administratifs, et y remédier par l'ouverture d'une procédure collective visant à restructurer leur endettement et/ou leur activité dans le but d'en garantir le maintien et celui de l'emploi (sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire).

L'ouvrage est à jour de la loi « Macron » du 6 août 2015, portant notamment création des tribunaux de commerce spécialisés.

Il recense et ordonne les principaux apports des règlements communautaires des 29 mai 2000 et 25 mai 2015 dans le domaine des procédures d'insolvabilité.

Cette étude est complétée par celle des instruments de paiement (chèque, carte, virement...) et des instruments de crédit (lettre de change, cession de créances professionnelles), destinés à répondre aux besoins de financement et de garantie propres au monde des affaires.

Selon le principe de la collection, des compléments pédagogiques (définitions, exercices corrigés, etc.) permettent une application immédiate du cours.

Ce livre s'adresse principalement aux étudiants en master de droit ou AES, à ceux des écoles de commerce ainsi qu'aux candidats à l'examen d'entrée au CRFPA.

**Marie-Laure Coquelet**, agrégée des Facultés de droit, est professeur à l'Université Paris Nanterre.

