

Droit des entreprises en difficulté

## 2 LA SANCTION ADÉQUATE EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Article rédigé par :

Antoine DIESBECQ,

*avocat associé,  
cabinet Racine*



Ce qui est aujourd'hui un ensemble de règles constitutives du droit des entreprises en difficulté se résumait hier à un seul mot : la faillite. Il serait, certes, très exagéré de considérer que cet état, conséquence de l'insolvabilité, relevait alors de la notion de droit, la faillite constituant plutôt la sanction de l'état d'insolvabilité, privative de droits, que l'instauration de règles applicables au débiteur failli et à ses créanciers. Les effets de cette sanction étaient très étendus et portaient sur la personne même du débiteur.

En droit romain, la saisie des biens du débiteur s'accompagnait de la saisie du débiteur lui-même, ses créanciers pouvant disposer de sa vie. La prison et le pilori apparaissent à cet égard comme un adoucissement du régime, la faillite n'apparaissant pas encore sous sa double vocation de punition et de réparation.

Le droit de la faillite s'est ensuite organisé de manière plus pragmatique pour régler entre les créanciers le partage des biens du débiteur. Le sort de ce dernier n'était guère plus enviable au XIX<sup>e</sup> siècle que sous l'Ancien Régime, la faillite se suffisant à elle-même pour démontrer sa faute, et justifier son exclusion du monde des affaires sinon de la société elle-même.

Le règlement du partage des biens ouvrait cependant la voie à la création d'une procédure, sous le contrôle du juge. Les droits des créanciers se sont dès lors organisés sous couvert d'un principe d'égalité autour de privilèges dont certains bénéficiaient, quand d'autres en étaient privés.

Au-delà de ces différences, se dégageait un intérêt collectif commun à l'ensemble des créanciers regroupés dans la « masse » des créanciers représentés par un syndic nommé par le juge. Le débiteur avait alors la possibilité de poursuivre son activité et de présenter un concordat à ses créanciers, ouvrant

la voie à des finalités différentes pour la procédure de faillite, le règlement ou la liquidation judiciaires.

Cette distinction en engendrait une autre : l'insolvabilité ou le défaut de paiement des dettes pouvant faire l'objet d'un accord entre le débiteur et ses créanciers, seules les fautes venaient à être sanctionnées, et non le défaut de paiement lui-même. La clôture pour insuffisance d'actif sans reprise des poursuites de la part des créanciers paraissait à cet égard un achèvement, donnant naissance à ce que l'on appelle aujourd'hui le droit au rebond.

Ces différentes évolutions permettaient l'émergence de la notion d'entreprise, autour de laquelle se sont articulées les lois modernes. L'entreprise appréhendée, sinon comme un sujet de droit, mais comme un objet complexe, digne d'intérêt, susceptible d'une transmission autonome et dont la loi se devait d'assurer la protection.

En quelque sorte tiraillé entre ces intérêts multiples qu'il a vocation à protéger, le droit des entreprises en difficulté offre un panorama assez complet, et non moins étendu de règles de protection d'intérêts catégoriels, ayant pour corollaire de nombreuses atteintes à d'autres intérêts, constitutives de sanctions pour ces derniers. L'on justifiait facilement ces atteintes

résultant de la loi et portées sous le contrôle du juge, par l'état de cessation des paiements du débiteur.

La possibilité pour ce dernier de demander au tribunal d'ouvrir une procédure collective ayant, en l'absence même de cessation des paiements, les effets d'une procédure d'insolvabilité, interroge sur l'évolution des finalités de la procédure collective et de l'adéquation à celles-ci des sanctions qui en résultent, pour les droits des créanciers notamment. L'on constate que de telles atteintes peuvent être portées au contrat lui-même ou à certaines clauses, lesquelles peuvent être réputées non écrites ou nulles de plein droit, et ce, avant même l'ouverture de la procédure.

Ainsi, sont privées d'effet certaines clauses dont les parties sont convenues qu'elles trouveront à s'appliquer (du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur qui auraient ainsi pour objet ou pour effet de faire échec à la mise en œuvre par le débiteur de ces mesures (*C. com.*, art. L. 611-16), telles les clauses :

- modifiant les conditions de poursuite d'un contrat ou aggravant les obligations du débiteur ;
- mettant à la charge du débiteur la totalité des honoraires à exposer par le créancier.

Les textes, a fortiori lorsqu'ils sont d'ordre public, sont édictés pour être mis en œuvre, et la loi des parties ne saurait y faire échec par la stipulation de clauses dissuasives pour l'une des parties, en aggravant ses obligations, ou en mettant à sa charge la totalité des honoraires du conseil de l'autre partie. Les atteintes à la volonté contractuelle sont ici parfaitement justifiées et elles se révèlent parfaitement adaptées, quoique sans doute insuffisantes. Le coût de la renégociation d'un emprunt ne se réduit pas aux frais et honoraires des conseils, et se trouve assez largement augmenté des différentes commissions dites de réaménagement non visées par la loi.

Neutralisant les dispositions contractuelles susceptibles de dissuader le débiteur d'avoir recours aux mesures de prévention, le législateur incite le dirigeant caution à les mettre en œuvre, en le faisant bénéficier des délais accordés au débiteur et lui permettant de se prévaloir des dispositions de l'accord (*C. com.*, art. L. 611-10-2).

L'article L. 611-10-1 du Code de commerce interdit la capitalisation des intérêts des créances objet de l'accord de conciliation prévue par le nouvel article 1343-2 du Code civil et prive les créanciers parties à l'accord de cet accroissement de rémunération.

C'est toutefois l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires qui engendre les atteintes les plus significatives à la force obligatoire du contrat, avec des nuances marquées selon la nature de la procédure, selon qu'il y a ou non poursuite d'activité. Ces atteintes ont pour finalité de favoriser la réorganisation de l'entreprise, la poursuite de l'activité et le maintien des emplois et l'apurement du passif. La liquidation judiciaire tend à mettre fin à l'activité sans préjudice d'une cession de l'entreprise, et à la réalisation des actifs, et les sanctions dont les droits des créanciers sont l'objet sont alors atténuées. Elles ont pour effet de modifier l'équilibre contractuel dont les parties étaient convenues entre elles.

Lorsqu'il y a cessation des paiements, la loi sanctionne certains comportements, dans le but de restaurer l'actif sans préjudice du caractère punitif de la mesure. Sont également prévues des sanctions à vocation plus strictement répressives, non sans laisser place à la réparation.

L'on exclura de la réflexion les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective sur les relations contractuelles postérieures à celle-ci pour concentrer l'analyse sur les effets et sanctions de la procédure sur les obligations nées antérieurement, en ce inclus le dessaisissement, la responsabilité éventuelle du débiteur, du dirigeant ou de créanciers pour des faits également antérieurs.

## 1. Les sanctions ayant pour finalité la sauvegarde de l'entreprise

### A. - Les effets communs à toutes les procédures sur certaines clauses : l'égalité de traitement

#### 1° La mise à l'écart des clauses de résiliation de plein droit ou d'indivisibilité

Applicable à toutes les procédures, la loi dispose que : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* » (*C. com.*, art. L. 622-13, al. 1, L. 631-14, al. 1, L. 641-11-1, I, al. 1).

Le soin apporté à la rédaction de ce type de clauses permettra d'éviter la sanction en prévoyant que cette indivisibilité résultera d'une inexécution, voire d'un simple retard dans l'exécution de ses obligations par le débiteur.

Les mêmes textes privent d'effet les clauses stipulant une indivisibilité « *du seul fait de l'ouverture de la procédure* »<sup>1</sup>.

Le champ d'application de ces textes exclut expressément les contrats de travail de fiducie : « (...) à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ».

#### 2° L'interdiction des clauses affectant les obligations du débiteur du fait de l'ouverture d'une procédure collective

Élargissant le champ d'application des textes précités, la jurisprudence décide qu'« Est interdite 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 sa mise en redressement judiciaire »<sup>2</sup>.

Selon le Professeur Lienhard, « la solution se rattache à la jurisprudence assimilant les effets indirects équivalents aux clauses réputées non écrites en ce qu'elles sont directement contraires à une disposition d'ordre public »<sup>3</sup>.

Une clause pénale sera réputée non écrite si elle est spécialement stipulée en cas d'ouverture d'une procédure de sauve-

1. V. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz action*, 2015/2016, 431.13.

2. *Cass. com.*, 14 janv. 2014, n° 12-22.909 : *JurisData* n° 2014-000273.

3. V. Note ss *Cass. com.*, 14 janv. 2014, préc. : *D.* 2014, act. *jurispr.* p. 206.

garde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ou si elle majeure les obligations du débiteur du fait de la procédure collective l'atteignant<sup>4</sup>.

### 3° Le pacte commissaire

L'objet du pacte commissaire est de transférer au créancier la propriété du bien gagé si le débiteur ne paie pas au terme fixé. Il concerne la plupart des sûretés réelles conventionnelles : gage de meubles corporels civil ou commercial, gage de véhicule automobile, nantissement de créance, antichrèse, hypothèque...

L'article L. 622-7, I, alinéa 3, du Code de commerce - applicable au redressement (*C. com.*, art. L. 631-14, al. 1) comme à la liquidation (*C. com.*, art. L. 641-3) judiciaires, comme à la sauvegarde - dispose que le jugement d'ouverture de la procédure « fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire ».

L'ouverture d'une procédure collective n'entraîne donc pas la nullité du pacte commissaire, mais elle le prive de toute efficacité dès lors qu'il a été convenu et qu'il n'a pas été mis en œuvre avant le prononcé du jugement.

En revanche, l'on peut admettre qu'un pacte commissaire conclu après l'ouverture d'une procédure à l'égard du constituant serait nul si la sûreté ou la créance garantie lui sont antérieures. Cette disposition se justifie par :

- la recherche prioritaire du redressement du débiteur, susceptible d'être compromis si le pacte portait sur un bien nécessaire à la poursuite de l'exploitation ;
- l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture dans l'intérêt du débiteur ; et,
- la référence au mantra de l'égalité entre les créanciers.

## B. - Les effets généraux sur les contrats : la sécurisation des actifs

### 1° La suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution

Afin de favoriser le maintien de l'activité, les articles L. 622-21 et L. 622-22, alinéa 1 du Code de commerce prévoient que le jugement d'ouverture d'une sauvegarde, interrompt ou interdit les actions en justice, comme les voies d'exécution, de la part de tous les créanciers, à l'exclusion de ceux qui sont titulaires d'une créance éligible à la priorité de paiement organisée par l'article L. 622-7 du Code de commerce.

Les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Ces textes sont applicables aux jugements de redressement (*C. com.*, art. L. 631-14) et de liquidation (*C. com.*, art. L. 641-3) judiciaires.

### 2° L'interruption des délais de paiement impartis à peine de déchéance ou de résolution

Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont interrompus, ce qui favorise le maintien des contrats et la poursuite de l'activité (*C. com.*, art. L. 622-21).

### 3° L'interdiction du paiement des créances antérieures et de certaines créances postérieures

Le dispositif d'interdiction des paiements forcés est étendu aux paiements volontaires de ces mêmes créances par l'article L. 622-7 du Code de commerce applicable à la procédure de sauvegarde. Ces dispositions sont applicables au redressement (*C. com.*, art. L. 631-14), et à la liquidation (*C. com.*, art. L. 641-3) judiciaires.

Il convient d'assurer l'intangibilité du passif au jour de la décision d'ouverture de la procédure et la sécurisation de l'actif, mais aussi :

- le respect de l'égalité entre les créanciers au sens où sont frappées d'interdiction de paiement tant les créances postérieures non privilégiées que les créances antérieures ;
- la poursuite d'activité de l'entreprise en interdisant les paiements qui auraient d'autre objet que celui de concourir à son sauvetage, sans distinguer s'il y a ou non cessation des paiements et sans égard pour la date de naissance de la créance.

### 4° L'interdiction des inscriptions postérieurement au jour du jugement d'ouverture

Les créanciers chirographaires, au jour du jugement de sauvegarde (*C. com.*, art. L. 622-30), de redressement (*C. com.*, art. L. 631-14) ou de liquidation (*C. com.*, art. L. 641-3) judiciaires, ne peuvent tenter d'améliorer leur sort, et la loi interdit l'inscription de toute sûreté, mais aussi de tout acte ou décision translatif ou constitutif de droits réels, postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

Il est fait exception pour le Trésor Public et le vendeur de fonds de commerce pour l'inscription de son privilège.

### 5° L'arrêt du cours des intérêts

Le montant du passif doit être figé à la date d'ouverture de la procédure et le jugement arrête le cours des intérêts, sauf s'ils résultent d'un contrat de prêt d'une durée égale ou supérieure à un an. La capitalisation des intérêts est neutralisée (*C. com.*, art. L. 622-28, al. 1).

Le temps de la procédure, les délais inhérents ne profitent donc pas aux créanciers, sauf aux établissements de crédit qui ont consenti des concours d'une durée supérieure à un an. La préservation du crédit bancaire vient au secours de cette différence de traitement que l'importance du crédit fournisseur dans le financement de l'activité de certaines entreprises questionne avec intensité. Cependant, les crédits dont la durée d'amortissement est plus longue permettent le financement d'investissements qui sont à l'origine de l'activité. La règle trouve sa source dans la procédure et l'exception en dehors de celle-ci et pour l'éviter.

### 6° La rupture d'équilibre dans l'exécution des contrats en cours

Le législateur entend favoriser le maintien de l'activité en imposant la continuation de contrats utiles voire indispensables au débiteur, laissant à l'administrateur le pouvoir de sélection des partenaires contractuels.

4. Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-11.379 : JurisData n° 1993-000850.

En procédure de sauvegarde, l'administrateur seul peut opter pour la poursuite du contrat alors même que le débiteur n'a pas exécuté ses obligations antérieurement à l'ouverture de la procédure, et c'est encore lui qui peut décider d'y mettre fin s'il ne peut remplir les obligations qui en résultent (*C. com., art. L. 622-13, II*). Ce texte est applicable aux procédures de redressement (*C. com., art. L. 631-14, al. 1*) et de liquidation (*C. com., art. L. 641-11-1*) judiciaires, mais dans ces deux hypothèses, avec une restauration partielle des droits du cocontractant car, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il est prévu un paiement au comptant, le débiteur ne pouvant plus bénéficier des délais de paiement consentis par les fournisseurs. À défaut de paiement au comptant, le contrat sera résilié de plein droit à moins que le cocontractant accepte d'accorder des délais de paiement.

Singulière situation que celle d'un cocontractant victime du défaut de paiement de sommes dont il est créancier, et qui se voit interdire de procéder à leur recouvrement et, pire encore, imposer le maintien d'une relation qu'il serait en droit de vouloir rompre.

Le bailleur des locaux affectés à l'activité est traité plus durement encore, car s'il peut, comme les autres cocontractants, agir en résiliation du bail pour des causes postérieures au jugement d'ouverture, il ne peut le faire avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter dudit jugement (*C. com., art. L. 622-14, 2°, L. 631-14 et L. 641-12*). En outre, si la dette est payée avant l'expiration de ce délai il n'y a lieu à résiliation.

La sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité justifie aux yeux du législateur cette atteinte complémentaire aux droits du cocontractant.

## 7° La résiliation sans faute du contrat à l'initiative de l'administrateur

L'administrateur peut demander au juge-commissaire de prononcer la résiliation d'un contrat « *si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* » (*C. com., art. L. 623-13, IV*). L'intérêt collectif prime et les droits du cocontractant sont laissés à l'appréciation du juge-commissaire saisi à l'initiative de l'administrateur seul.

## 8° Le délai de déclaration des créances

L'appréciation des perspectives de redressement et de paiement du passif suppose de connaître le montant de ce dernier au plus vite et la loi a donc fixé un délai assorti de sanctions sévères (*C. com., art. L. 622-24 et R. 622-24*, applicables à toutes les procédures). En effet en l'absence de déclaration de créance dans les délais et en l'absence de relevé de forclusion, le créancier déjà privé du droit d'être payé par le débiteur, comme de celui de le poursuivre, sera sanctionné par l'inopposabilité de sa créance à l'égard du débiteur et privé de son droit à d'éventuels dividendes (*C. com., art. L. 622-26, al. 1<sup>er</sup>*).

## C. - Les sûretés et autres garanties

### 1° Le droit de rétention fictif

Le droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil est inopposable de plein droit par son détenteur,

pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien est compris dans une activité cédée (*C. com., art. L. 622-7*).

Limitée à la durée de la poursuite de son activité par le débiteur, l'inopposabilité légale ainsi posée prive le créancier gagiste sans dépossession matérielle de son droit de rétention jusqu'à la liquidation judiciaire ou cession : mais quelle en sera l'assiette résiduelle si le bien a été consommé ou utilisé dans l'intervalle ?

### 2° La clause de réserve de propriété

Selon les articles L. 624-16 et suivants du Code de commerce, le propriétaire d'un bien meuble doit se soumettre à une procédure particulière pour faire valoir son droit, selon des formes et délais prescrits à peine d'inopposabilité. Les conventions par lesquelles le vendeur entend conserver la propriété du bien jusqu'à parfait paiement seront sans effet en cas de procédure collective de l'acheteur, si elles ne répondent pas aux conditions posées par la loi : un écrit, daté au plus tard au moment de la livraison, ou régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties.

La saisie-revendication de droit commun est paralysée au-delà de sa phase conservatoire, et le créancier se voit imposer les règles spécifiques de la revendication entre les mains de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, puis du juge-commissaire, semées d'obstacles et de délais. Il peut néanmoins être payé sur décision du juge-commissaire mais uniquement si l'entreprise y a intérêt.

### 3° Le gel des privilèges et garanties non assortis d'une dépossession matérielle

À l'exception notable du gage assorti d'un droit de rétention matériel, si les sûretés conservent le privilège qui en résulte pour le créancier, le jugement d'ouverture lui interdit toute action tendant à la réalisation de son objet. La loi limite en outre dans leur montant les créances assorties de certains privilèges, incitant ainsi leurs bénéficiaires à agir pour procéder à leur recouvrement et à ne pas laisser les dettes s'accumuler avec l'assurance tranquille d'être payé par préférence.

#### a) Privilèges mobiliers généraux

L'ouverture d'une procédure collective affecte le régime de ces privilèges en sanctionnant le défaut de publicité de certains d'entre eux. Le non-respect de cette exigence entraîne l'inopposabilité aux tiers du droit de préférence conféré par la sûreté, et les créances ne seront prises en compte dans la procédure collective qu'à titre chirographaire. Deux privilèges mobiliers généraux visés par l'article 2231 du Code civil sont concernés :

- le privilège de la sécurité sociale et des organismes de prévoyance (*CSS, art. L. 243-5, al. 3*) ;

- le privilège du Trésor public (*CGI, art. 1929 quater, 7*).

En l'absence de publicité, les autres créanciers ignorent que le débiteur ne fait pas face à ses obligations et la loi sanctionne ainsi la carence du créancier public en le privant de l'exercice de son privilège.



### b) Privilèges mobiliers spéciaux

Le privilège du bailleur d'immeuble garantit les deux dernières années de loyers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde (*C. com.*, art. L. 622-16), de redressement (*C. com.*, art. L. 631-14) ou de liquidation (*C. com.*, art. L. 641-12, *dernier alinéa*) judiciaires. Si le bail est résilié, il a également privilège pour l'année courante pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et les dommages et intérêts qui pourront lui être alloués.

Le créancier bailleur subit une limitation de ses créances garanties à deux années de loyer avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, et son privilège ne pourra, en outre, jouer que s'il en a fait mention dans sa déclaration de créance. La sanction que constitue cette réduction du montant de la créance bénéficiant du privilège, vise à inciter le bailleur à ne pas laisser les loyers arriérés s'accumuler et à agir. Le droit au bail est un élément important du fonds de commerce qui constitue bien souvent le principal actif du débiteur, dont la solvabilité est appréciée notamment à cet égard.

S'il n'a pas pris le soin de stipuler une clause de réserve de propriété, le vendeur de meubles verra ses droits lourdement affectés par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'acquéreur, débiteur du prix de vente, le privilège de droit commun et l'action résolutoire se trouvant évincés par l'action en revendication spécifique du droit de la faillite (*C. com.*, art. L. 624-11, pour la sauvegarde. - *C. com.*, art. L. 631-14, pour le redressement judiciaire).

Le vendeur, s'il n'a pas différé le transfert de la propriété, s'il n'a pas déjà obtenu la résolution de la vente avant le jugement d'ouverture, et s'il s'est dessaisi des biens vendus, ne pourra que déclarer sa créance de prix. Lorsque la marchandise vendue se trouve dans les magasins de l'acheteur à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective ouverte à l'égard de ce dernier, le vendeur impayé est privé de son privilège spécial mobilier, de son action en revendication, et de son action en résolution de la vente. La protection du crédit fournisseurs n'est assurée que si ces derniers vendent des biens susceptibles de revendication au sens des articles L. 624-12 et suivants du Code de commerce, et s'ils ont stipulé régulièrement une clause de réserve de propriété. Ici, la loi des parties prime donc le principe d'égalité.

### 4° La fiducie

La convention de fiducie est régie par les articles 2011 et suivants du Code civil et peut porter sur le transfert de toute sorte de biens (meubles, immeubles, corporels, incorporels), de droits ou de sûretés et suit le régime des contrats en cours sous quelques restrictions.

En procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, aucun transfert de biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers, à peine de nullité, s'ils font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance (*C. com.*, art. L. 622-23-1).

En outre, comme pour le gage, la réalisation de la fiducie-sûreté (sans dépossession) pendant la période d'observation,

et pendant toute la durée du plan, est paralysée si les biens transmis dans le patrimoine du fiduciaire sont entre les mains du débiteur en vertu d'une convention lui assurant l'usage et la jouissance de ces biens.

Le transfert des biens au profit du créancier est néanmoins et par exception, possible, dans les cas visés à l'article L. 626-27 du Code de commerce (*C. com.*, art. L. 631-14, al. 1).

Il s'agit des situations particulières où :

- avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, des biens ont été transférés dans un patrimoine fiduciaire avec conclusion d'une convention assurant le maintien de l'usage ou de la jouissance de ces biens au débiteur ;
- un plan de sauvegarde a été adopté ;
- le plan a été résolu et un redressement judiciaire a été ouvert.

### D. - Le maintien ou la restauration des effets du contrat : la mise en œuvre des garanties

#### 1° Le maintien du retrait contre paiement du gage avec droit de rétention matériel

Le régime du droit de rétention né en dehors d'une convention de gage est identique en cas d'ouverture de chacune des procédures collectives. Le droit du créancier rétenteur n'est pas impacté par l'ouverture d'une procédure collective au sens où, soit le bien reste entre les mains du créancier, soit le retrait du bien se réalise contre paiement de la créance.

La loi donne un peu de souplesse en conférant au juge-commissaire le pouvoir d'autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, ou encore pour obtenir le retour de biens et de droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité (*C. com.*, art. L. 622-7, II, al. 2).

L'ouverture de la procédure de sauvegarde n'interdit pas au créancier d'obtenir le paiement de sa créance contre restitution du bien sur lequel le débiteur exerce un droit de rétention légitime, notamment sur un bien gagé lorsque le gage est assorti d'un droit de rétention matériel. Le jugement d'ouverture de la procédure ne porte pas atteinte aux droits du créancier qui ne pourra cependant pas disposer du bien gagé ou remis en fiducie. La loi donne un contrôle d'opportunité au juge-commissaire qui peut autoriser le paiement par dérogation, si l'opération présente un intérêt pour l'entreprise et ses créanciers et/ou favorise sa poursuite d'activité. Le texte est applicable au redressement (*C. com.*, art. L. 631-14) et à la liquidation (*C. com.*, art. L. 641-3, al. 2) judiciaires.

En revanche, la loi est moins favorable au gage sans droit de rétention matériel qui est neutralisé par l'ouverture de la procédure pendant la période d'observation, sans que cette différence de traitement trouve une justification au regard des finalités de la procédure. La liquidation judiciaire rétablit en partie l'équilibre.

#### 2° L'attribution ou la réalisation du gage restaurées en liquidation judiciaire

La but de la procédure est de mettre fin à l'activité et de réaliser les actifs, et il appartient au liquidateur de se faire

autoriser par le juge-commissaire à procéder à la réalisation des biens gagés ou légitimement retenus, si le créancier n'a pas procédé à leur retrait (*C. com., art. L. 642-20-1*).

L'attribution judiciaire du bien gagé permet au créancier d'éviter la loi du concours avec les créanciers, puisque cette attribution porte sur la chose elle-même et non sur son prix. Si le gage est réalisé, et sauf report du droit de rétention sur le prix, c'est la loi du concours dans l'ordre des privilèges qui s'applique.

Il ne s'agit plus de préserver l'entreprise, mais de payer les créanciers, les atteintes aux droits des créanciers ne sont plus justifiées et elles sont levées pour l'essentiel. L'attribution judiciaire peut être étendue au nantissement, notamment de créances, car l'article 2365 du Code civil le prévoit<sup>5</sup>. L'attribution judiciaire est réservée aux seuls créanciers gagistes et nantis, et ne bénéficie pas au créancier rétenteur non gagiste.

L'attribution judiciaire est exclue pour le créancier nanti sur fonds de commerce selon l'article L. 142-1, alinéa 2 du Code de commerce<sup>6</sup>.

### 3° La reprise des poursuites individuelles des créanciers titulaires d'un privilège spécial

Le créancier peut donc reprendre l'exercice de son droit de poursuite individuelle, mais seulement si le liquidateur n'a pas entrepris la vente du bien gagé dans les trois mois de la liquidation judiciaire. Tant le créancier, que le liquidateur, ont la possibilité de concourir à la réalisation des actifs mais le créancier ne pourra capter le produit de la vente, car seul le liquidateur est autorisé à le percevoir et à le répartir. Tous les créanciers bénéficiant d'un privilège ou d'une sûreté sont soumis au même régime (*C. com., art. L. 643-2*).

### 4° La fiducie

Le contrat de fiducie et la convention par laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, ne sont pas soumis aux règles de continuation et de résiliation des contrats en cours prévues par l'article L. 641-11-1. Ainsi, la réalisation de la fiducie-sûreté ne sera pas paralysée pendant la procédure de liquidation judiciaire, et le bénéficiaire pourra en demander la résiliation, puis le transfert du bien. Le sauvetage de l'entreprise n'étant plus envisageable, le créancier fiduciaire est autorisé à réaliser librement et immédiatement sa sûreté (*C. com., art. L. 641-11-1, VI*).

## E. - Mesures d'incitation en faveur des garants personnes physiques

Les actions des créanciers contre les garants personnes physiques sont suspendues pendant la période d'observation, en

sauvegarde comme en redressement judiciaire. Les créanciers doivent ainsi attendre le prononcé du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire, pour reprendre leurs actions à l'encontre de ces garants. Pour favoriser l'anticipation et inciter le débiteur à ne pas attendre la cessation des paiements pour saisir le tribunal, en cas de procédure de sauvegarde, les cautions personnes physiques et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir (*C. com., art. L. 622-26, L. 622-28 et L. 626-11*) :

- de l'inopposabilité au débiteur des créances non déclarées dans les délais pendant l'exécution du plan et après lorsque les engagements ont été tenus ;
- de l'arrêt du cours des intérêts dont bénéficie le débiteur ;
- des dispositions du plan.

Si le débiteur est l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, ces mêmes personnes ne peuvent, en revanche, se prévaloir que des dispositions du plan (*C. com., art. L. 631-14*). Toutefois, elles peuvent solliciter des délais de paiement, en application de l'article 1343-5 du Code civil.

## F. - Le droit au rebond

Le jugement de clôture de la procédure, sauf certaines exceptions, ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice de leur droit de poursuite individuelle. À certaines conditions strictement définies, le débiteur peut bénéficier d'une procédure de redressement professionnel sans liquidation, qui conduit à l'effacement de ses dettes, sans aucun dessaisissement. C'est la promesse d'une activité future que privilégie le législateur en libérant le débiteur de bonne foi de ses dettes passées, dans une certaine mesure dans la première hypothèse, et en totalité dans la seconde.

## 2. Réparation et répression

### A. - La reconstitution de l'actif

#### 1° Les nullités de la période suspecte

La nullité de certains actes accomplis en période suspecte ne concerne que le redressement et la liquidation judiciaires, puisque l'une des conditions de fond est la constatation de l'existence d'un état de cessation des paiements. L'article L. 632-4 du Code de commerce prévoit que « *L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur* ».

La finalité de cette nullité-sanction est expressément visée par le texte, comme la reconstitution de l'actif. L'on peut également relever une finalité répressive avec la punition du créancier « fraudeur » qui sera confronté à des difficultés certaines pour déclarer la créance qu'il avait cru pouvoir éteindre au moyen de l'acte annulé. L'action en nullité a dès lors pour effet de priver le créancier du bénéfice de l'acte, mais aussi de son droit aux dividendes.

5. *Cass. com.*, 6 janv. 1998, n° 95-17.399 : *JurisData* n° 1998-000001 ; *JCP G* 1998, I, 128 et IV, 1378.

6. *Cass. com.*, 13 oct. 1998, n° 94-20.560 : *JurisData* n° 1998-003804 ; *JCP G* 1999, I, 116, n° 16.

La distinction entre nullités de droit et nullités facultatives confirme cette approche mixte de la sanction, au regard des conditions de mise en œuvre de l'action en nullité :

- nullités de droit (*C. com.*, art. L. 632-1, I) : le tribunal est tenu de prononcer la nullité, il n'a pas de pouvoir d'opportunité. Il y a présomption irréfutable de fraude ;

- nullités facultatives (*C. com.*, art. L. 632-1, II) : la preuve doit être rapportée que le créancier a eu connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur lorsqu'il a accompli l'acte, mais le tribunal conserve un pouvoir souverain d'appréciation.

### 2° La résiliation de plein droit de la fiducie-gestion

« Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire » (*C. com.*, art. L. 641-12-1).

La résiliation du contrat entraîne le retour des biens et droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, dans le patrimoine du débiteur et restaure l'assiette du gage général des créanciers.

## B. - Les mesures de réparation et/ou de répression

### 1° L'inscription du jugement de liquidation judiciaire au casier judiciaire

Sans doute en raison d'un oubli du législateur et contraire à l'affirmation d'un droit légitime au rebond, l'article 768 du Code de procédure pénale prévoit l'inscription du jugement de liquidation judiciaire au casier judiciaire. Cette mesure archaïque ne semble répondre à aucune des finalités de la loi et devrait être supprimée au plus vite.

### 2° L'action en comblement de l'insuffisance d'actif

Ces sanctions répondent alternativement ou cumulativement à des fins de répression, de dissuasion, et de réparation. Si le comblement de l'insuffisance d'actif a pour objet de réparer en partie au moins le préjudice subi par la collectivité des créanciers, par un apport d'actif auquel est contraint le dirigeant, il est la sanction d'une faute et revêt également un aspect répressif.

Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, condamner les dirigeants de droit ou de fait, ou certains d'entre eux, à en supporter tout ou partie, si la ou les faute(s) y a (ont) contribué (*C. com.*, art. L. 651-2, al. 1).

La condamnation au comblement de l'insuffisance d'actif sanctionne une faute de gestion prouvée : la faute doit se rattacher à la gestion de la personne morale dirigée (ou de l'EIRL), et doit être antérieure au jugement d'ouverture. Il est admis qu'une faute même légère suffit, une simple imprudence ou une négligence. Le montant de la condamnation correspond à tout ou partie de la différence entre le montant du passif antérieur au jugement d'ouverture admis et le montant des réalisations d'actifs du débiteur. Le tribunal ne peut pas prononcer une condamnation supérieure à l'insuffisance d'actif

ainsi définie, qui est souvent inférieure au préjudice subi par les créanciers du fait du non-paiement de leurs créances.

La contribution de la faute de gestion à la création du préjudice est un lien de causalité allégé (c'est la théorie de l'équivalence des conditions). Le montant de la réparation peut être supérieur aux conséquences immédiates de la faute de gestion. Il suffit que la faute de gestion retenue soit l'une des causes ayant concouru à la réalisation du dommage constitué de l'insuffisance d'actif.

Le rapport de causalité entre la faute de gestion et le dommage est atténué au sens où il est simplement exigé que la faute ait contribué à l'insuffisance d'actif, et non pas qu'elle en soit la cause unique ou principale. Toutefois, la jurisprudence vient rappeler que le préjudice doit être en lien avec les fautes retenues. Il s'agit d'une application du principe de proportionnalité se traduisant pour le juge par la recherche de proportion appliquée à la règle de droit<sup>7</sup>.

Ainsi, au visa du principe de proportionnalité, la Cour de cassation a jugé que « Lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion, même unique, ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ; que toutefois, si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond dès lors qu'il n'excède pas l'insuffisance d'actif, il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée »<sup>8</sup>.

La doctrine considère que cet arrêt de principe limite le pouvoir souverain des juges du fond en le soumettant au principe de proportionnalité<sup>9</sup>. La Cour de cassation s'est ainsi dotée d'un instrument de contrôle des sanctions prononcées par les juges des procédures collectives.

Ce même principe avait déjà été posé à propos de la sanction de la faillite personnelle<sup>10</sup>.

Selon le Professeur Martin-Serf, « la construction prétoirienne du principe de proportionnalité s'affermirait d'arrêt en arrêt »<sup>11</sup>. Le prononcé de la condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif a un caractère facultatif car le tribunal « peut » décider de condamner le dirigeant. La vocation des sanctions pécuniaires reste hybridée entre la punition infligée au dirigeant incompetent sinon malhonnête et la reconstitution de l'actif par le comblement de l'insuffisance d'actif.

7. V. N. Morelli, *La proportionnalité étend son empire en droit des procédures collectives* : *Rev. sociétés* 2010, p. 256.

8. *Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-21.906 : *JurisData* n° 2009-050876.

9. V. note ss *Cass. com.*, 15 déc. 2009, préc., par A. Martin Serf, *Montant de la condamnation et application du principe de proportionnalité en matière de sanctions patrimoniales* : *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 115.

10. *Cass. com.*, 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-17.187 : *JurisData* n° 2009-050595 ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 119, obs. A. Martin-Serf.

11. V. A. Martin-Serf, *Principe de proportionnalité en cas de pluralité de fautes de gestion* : *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 211.

La punition est également d'ordre social et repose sur la recherche de la protection de l'intérêt général, comme en matière pénale. La reconstitution de l'actif, même partielle, tend à désintéresser au mieux les créanciers au besoin en puisant dans la poche des dirigeants. Le tribunal de la procédure, sauf à respecter le principe de proportionnalité, a tous pouvoirs pour prononcer ou non, une condamnation lourde ou légère contre le dirigeant poursuivi en appliquant la sanction qui lui paraîtra la plus appropriée au regard du dossier.

### 3° Les actions contre les tiers

L'extension de procédure sur le fondement de la confusion de patrimoines est une procédure pragmatique.

Les personnalités juridiques des personnes auxquelles la procédure est étendue sont réelles mais ne présentent pas, sur le plan patrimonial, l'étanchéité requise de structures ayant une vie autonome. L'extension sanctionne un comportement étranger à l'autonomie de la personnalité par une décision d'ouverture d'une procédure unique avec masses active et passive uniques, même en l'absence de cessation des paiements de la ou des personne(s) visée(s) par l'extension.

Les principaux critères jurisprudentiels sont :

- l'imbrication des masses actives ou passives des structures concernées (confusion des comptes) ; et,
- les relations financières anormales (le transfert d'actifs d'une personne au profit d'une autre).

L'action en réunion des biens affectés d'une EIRL a un objet comparable qui est de faire rentrer dans le patrimoine affecté, les biens compris dans le patrimoine non affecté ou affecté à d'autres activités selon les mêmes critères. L'extension de procédure sur le fondement de la fictivité est une application de la théorie générale de la simulation. Les personnalités juridiques des personnes auxquelles la procédure est étendue ne sont qu'apparentes, notamment en l'absence d'apport ou de vie sociale<sup>12</sup>.

Les deux actions peuvent conduire aussi bien à une reconstitution d'actif, qu'à une augmentation du passif selon la solvabilité de la cible. L'ouverture d'une procédure collective par extension relève davantage de la sanction juridique d'une situation anormale que d'une logique économique.

Cependant elle peut être engagée à l'initiative du débiteur en sauvegarde.

L'article L. 650-1 du Code de commerce pose un principe d'irresponsabilité des créanciers en cas de concours financiers accordés à une entreprise en situation difficile en limitant strictement les cas dans lesquels une action en réparation peut être engagée à leur encontre (*C. com., art. L. 650-1*) :

- en cas de fraude ;
- en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ; ou,
- si les garanties prises en contrepartie des concours sont disproportionnées à ceux-ci.

L'absence de sanction du soutien abusif est un anachronisme résultant d'un conflit d'intérêts chronologique. La limi-

12. V. P.-M. Le Corre, *Droit des entreprises en difficulté : Mémento Dalloz*, 7<sup>e</sup> éd., p. 31.

tation des risques de condamnation pour fourniture de crédit, a pour but de rassurer les partenaires de l'entreprise qui, rencontrant des difficultés passagères, craindraient d'être poursuivis en raison d'un soutien jugé a posteriori abusif, privant l'entreprise de la trésorerie qui lui aurait permis de les surmonter. Cette immunité protège les établissements de crédit, les fournisseurs, comme les organismes sociaux.

Les établissements de crédit pourront en revanche être tenus pour responsables en cas de rupture fautive/abusive des concours bancaires, en cas de non-respect de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

### 4° Les sanctions personnelles

#### a) Les sanctions civiles

Il s'agit de deux catégories de mesures répressives ayant pour objet l'élimination de la vie des affaires de personnes incompetentes ou malhonnêtes représentant un danger pour les tiers, et qui peuvent être prononcées cumulativement avec une condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif, ou avec une sanction pénale.

La faillite personnelle emporte « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale » (*C. com., art. L. 653-2*). Il s'agit d'une "sanction-bloc" qui atteint tant la personne, que ses biens<sup>13</sup>, mais qui n'échappe pas au principe de proportionnalité<sup>14</sup>.

L'interdiction de gérer peut être prononcée au lieu et place de la faillite personnelle, et le tribunal peut en faire varier son étendue pour qu'elle soit le mieux adaptée aux circonstances qui la justifient : interdiction de diriger, gérer, administrer ou prendre le contrôle de toute entreprise commerciale, artisanale, agricole et de toute personne morale, ou limitée aux activités commerciales, à la direction des sociétés ou de certaines entreprises seulement.

Le Conseil constitutionnel a censuré l'article L. 654-6 du Code commerce<sup>15</sup>, en précisant que tant le juge civil que le juge pénal ne peuvent prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer de l'article L. 654-8 lorsqu'une juridiction civile ou pénale a déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive prise à l'occasion des mêmes faits<sup>16</sup>. L'article L. 654-6 offrait une telle faculté au juge civil en violation du principe d'égalité devant la loi.

#### b) Les sanctions pénales

Le délit d'abus de biens sociaux consiste dans le fait, pour un dirigeant de société commerciale, de faire, de mauvaise foi, des biens de la société, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre

13. V. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 2 : *Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite* : *Economica*, 9<sup>e</sup> éd., 2003, no 1412.

14. V. *supra*.

15. *Cons. const.*, 29 sept. 2016, déc. n° 2016-573 QPC : *JCP E* 2016, 1632, A. Cerf-Hollender.

16. V. *JCP E* 2016, act. 792.



société ou entreprise dans laquelle il est intéressé, directement ou indirectement, sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent être alloués pour réparer le préjudice subi par la société, et de l'annulation de l'opération litigieuse, comme reposant sur une cause illicite.

Le délit de banqueroute est un délit consistant en des faits de gestion frauduleuse dont la poursuite nécessite l'ouverture préalable d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, puisque l'une des conditions est la constatation de la cessation des paiements.

Citons sans que cela soit limitatif les détournements d'actifs et reconnaissances frauduleuses de dettes commis par les dirigeants.

### 3. Conclusion

Le propos ne tend pas à décrire avec exhaustivité l'ensemble des conséquences attachées par le droit des entreprises en difficulté aux difficultés économiques d'une entreprise rattachée à un sujet de droit, personne physique ou personne morale.

Il permet cependant de constater le pragmatisme de ce droit, qui, au préjudice d'une certaine cohérence, tend à limiter

les atteintes qu'il porte aux droits du débiteur et de ses créanciers aux contraintes nécessaires à assurer l'efficacité de la procédure, selon sa nature et son objectif.

La procédure collective n'est définitivement plus une sanction du débiteur, lequel doit conserver toute la considération de la société pour le chef d'entreprise qu'il est, en dépit de l'échec économique dans lequel il se trouve impliqué.

Cette considération ne doit cesser que si la preuve est rapportée d'une faute qui lui serait imputable, et dans les limites des sanctions qui seront prononcées par des décisions judiciaires devenues définitives.

Le rétablissement professionnel sans liquidation est l'ébauche d'une telle démarche pour les personnes physiques.

Est-il encore acceptable de nos jours qu'un commerçant, personne physique, objet d'une décision de liquidation judiciaire, soit dessaisi de l'ensemble de ses droits le temps de réaliser les quelques biens qui lui restent ?

Une nouvelle étape consisterait certainement à limiter les effets du jugement d'ouverture de la procédure aux biens que possède le débiteur à cette date, et la procédure interdirait au débiteur tout acte d'administration ou de disposition sur ces biens, et seulement ceux-ci.