UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

LES DROITS DU DEBITEUR EN REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Thèse pour le Doctorat en Droit (*Arrêté du 30 mars 1992)*
Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement

par

Christophe HARDY

JURY

Directeur de recherches : **Mme Isabelle URBAIN-PARLEANI**
Professeur à l'Université de Paris V

Suffragants : **M. Laurent GODON**
Maître de Conférence à l'Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines

M. Hervé Le NABASQUE
Professeur à l'Université de Paris I

M. Jacques MOURY
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Mme Anne Catherine MULLER
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

LES DROITS DU DEBITEUR EN REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Thèse pour le Doctorat en Droit (*Arrêté du 30 mars 1992)*
Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement

par

Christophe HARDY

JURY

Directeur de recherches : **Mme Isabelle URBAIN-PARLEANI**
Professeur à l'Université de Paris V

Suffragants : **M. Laurent GODON**
Maître de Conférence à l'Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines

M. Hervé Le NABASQUE
Professeur à l'Université de Paris I

M. Jacques MOURY
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Mme Anne Catherine MULLER
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

L'Université de Reims n'entend donner ni approbation ni improbation des opinions émises dans la thèse.

Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.

Aux Professeurs,

A Alain, Evelyne, Maria, mes amis et ma famille qui ont,
avec moi, commencé cette aventure...

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. Proc. Coll.	Actualité des procédures collectives.
al.	Alinéa.
Art.	article.
Ass. Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation.
Bull. inf. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
C. assur.	Code des assurances.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. trav.	Code du travail.
Cah. Dr. Aff.	Cahiers droit des affaires, supplément au Dalloz.
CA	Cour d'Appel.
Cass.	Cour de cassation.
CE	Arrêt du Conseil d'Etat.
Ch. Mixte	arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation.
Ch.	Chambre.
Chron.	Chronique.
Civ. (1, 2 ou 3)	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation.
C. E. D. H.	Convention européenne des Droits de l'Homme.
C. J. C. E.	Cour de justice des Communauté européennes.
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation.
Concl.	conclusion.
Contra	solution contraire.
D.	Recueil Dalloz.
D. Aff.	Dalloz Affaires.
D. P.	Recueil périodique et critique Dalloz.
D. S.	Dalloz-Sirey.
Defr.	Répertoire du notariat Defrénois.
doctr.	doctrine.
éd.	édition.
et s.	et suivants.
Fasc.	fascicule.
G. P.	Gazette du Palais.
I. R.	Informations rapides, partie du Recueil Dalloz.
in	dans.
Infra	ci-dessous.
J. C. P. éd E.	Juris-classeur périodique, édition entreprise.
J. C. P. éd G.	Juris-classeur périodique, édition générale.
J. C. P. éd N.	Juris-classeur périodique, édition notariale.
J. Cl. Civil.	Juris-classeur de droit civil.
Jur.	jurisprudence.

L.	Loi.
M.	Monsieur.
n°	numéro.
obs.	observations.
Ord.	Ordonnance.
p.	page.
pan.	panorama.
Req.	arrêt de la chambre des requête de la Cour de cassation.
Rev. Soc.	Revue des sociétés.
R. J. Com.	Revue de jurisprudence commerciale.
R. J. D. A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R. P. C.	Revue des procédures collectives.
R. T. D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
R. T. D. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
S.	Recueil Sirey.
Soc.	arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation.
somm.	sommaires commentés.
supra	ci-dessus.
T.	Tome.
T. Com.	Tribunal de commerce.
T. G. I.	Tribunal de grande instance.
Vol.	volume.

INTRODUCTION

Le débiteur ou la « personne qui doit » est au centre de la procédure collective, lieu d'antagonismes entre la sauvegarde de l'entreprise qu'il dirige, le maintien de l'activité, la préservation des intérêts des salariés et le paiement des créanciers. La personne du débiteur soumis à cette procédure est, pour des raisons historiques, souvent considérée comme démise de ses pouvoirs. Toutefois, la saisie collective exercée par ses créanciers sur sa personne, au fil des siècles, s'est muée en une saisie sur ses biens. Cette notion de débiteur, liée au phénomène économique de l'entreprise, s'applique à l'entrepreneur individuel (également nommé chef d'entreprise), pour s'étendre non seulement aux associés de personnes morales tenues indéfiniment et solidairement du passif social, mais encore aux personnes morales, *lato sensu*, dès lors que des dettes naissent à l'occasion de la mise en œuvre de l'objet social. Cette évolution économique constitue un terrain propice, depuis ces dernières années, à l'intervention du législateur qui n'a de cesse que de vouloir pallier la défaillance des entreprises[1]. La réorganisation de celles-ci et, par voie de conséquence, du débiteur dans ce contexte économique et juridique, se situe au centre des préoccupations du législateur. Cette finalité, qui anime le projet de réforme des procédures collectives, institue une procédure de sauvegarde ouverte à l'initiative du seul débiteur justifiant de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements. Cette future procédure, située à mi chemin entre la prévention et le redressement, calque ses effets sur cette dernière pour englober des situations pour lesquelles, actuellement, le débiteur est *in bonis.* Cette volonté de vouloir rapprocher la situation de ces deux débiteurs, à l'occasion d'une procédure de sauvegarde des entreprises, marque nécessairement l'alliance entre les deux notions que sont l'entrepreneur *in bonis* et en

[1] Statistiques Deloitte décembre 2003 : « L'entreprise en difficulté en France »,42897 défaillance en 2002 et 24810 pour le premier semestre 2003 dont l'issue, pour 2002 se solde par 90,1% des entreprises en liquidation ; 2,6% bénéficient d'un plan de cession et 7,3% d'un plan de continuation.

redressement judiciaire. La prévention des défaillances des entreprises impose au débiteur de se conformer à une procédure.

Mais dans cette perspective, la place du débiteur au sein du redressement judiciaire de l'entreprise est de premier ordre, la nomination d'un administrateur étant rare au regard du nombre de procédures ouvertes. Ce paradoxe légal tend à soumettre le débiteur à une procédure *a priori* vis-à-vis de laquelle il va exercer ses pouvoirs en corrélation avec les organes de la procédure et qui, dans la majorité des cas, ne créera que peu de différence par rapport à sa situation antérieure au jugement d'ouverture. Loin d'être malmené par la procédure de redressement judiciaire, le débiteur apparaît davantage comme respecté. Cette restauration des droits du « débiteur » est le fruit d'une longue évolution.

1. En droit romain primitif, le consentement dans le droit des obligations s'exprime dans des formes solennelles consistant dans des paroles (*verba*), des écrits (*litterae*), ou dans la remise d'une chose (*re*). En l'absence de ces formes, la convention est considérée comme nue (*nuda pactio*), dépourvue d'effet et le créancier n'a aucune action contre son débiteur. Par contre, dès que les formalités sont accomplies, le *pactum*[2] (de *pacisci* : s'accorder) se transforme en *contractus*[3], devient obligatoire pour le débiteur et donne une action contre lui au créancier.

D'une manière certaine est ainsi établie la preuve de l'existence d'une obligation pour le débiteur de celle-ci[4]. Ce formalisme a pour conséquence que l'extinction de l'obligation ne

[2] « *pactum a pactione dicitur: inde etiam pacis nomen appelatum est* » L. 1§1 Ulpien Lib. 4 ad ed (: de l'édit). Le mot pacte vient du mot paction, dont le mot paix tient aussi son origine.

[3] « *Conventiones quae pariunt actiones in suo nomine non stant sed transeunt in proprium nomen contractus* » (7 §1 ; Dig. de pact, II, 14) : les conventions qui produisent des actions ne s'appellent plus des conventions ; elles prennent le nom de contrat.

[4] La définition classique de l'obligation (« *obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* » – Inst. de obligat. III, 13) prend ici toute sa portée au regard de l'énergie qui découle de l'étymologie des mots employés : *vinculum* (lien), *obligatio* (de *ob-ligare* : attacher, lier). Il en est de même d'autres termes comme par exemple *nexum* (de *nectere* : lier, attacher), à l'origine désignant la seule obligation résultant de l'acte *per aes et libram* (voir note n° 19), puis ultérieurement étendu

se réalise pas par la seule fourniture au créancier de la prestation qui lui est due ; il faut, par application de la théorie des formes en sens contraire, effacer par des paroles contraires[5] toutes traces des *verba* qui avaient fait naître l'obligation. Cette formalité, complément indispensable au paiement s'appele *acceptilatio.*

Le créancier à qui le débiteur n'a pas fourni la prestation promise a une action contre lui. Le droit romain accorde à tous les débiteurs, à compter de leur condamnation, un délai pour payer, appelé temps légitime, *tempus legitimum*. De 30 jours sous la loi des XII Tables[6], il passe ultérieurement à 2 mois puis, sous Justinien, est porté à 4 mois. Il peut être abrégé ou prolongé par le juge, et « *est accordé à la cause plutôt qu'à la personne* »[7]. Au delà du délai accordé, la somme au paiement de laquelle le débiteur a été condamné porte intérêt. Le taux de celui-ci a varié suivant les époques[8]. Si le débiteur ne s'acquitte pas de la dette, il peut y être contraint par la mise aux fers, à laquelle succédera plus tard l'incarcération[9].

2. Sous la royauté, la *manus injectio* permet la mainmise sur la personne du débiteur. Elle se passe *extra jus*, c'est-à-dire qu'elle autorise le créancier à se faire justice en procédant immédiatement par voie de contrainte sur son débiteur[10], sans qu'il ait besoin d'avoir fait reconnaître antérieurement le bien fondé de sa prétention : en quelque sorte elle

---

plus généralement à la personne tenue d'une obligation : *nexus*, il en est de même du terme « obéré » *obaeratus* (celui qui doit l'*aes*).

[5] Dans les principes purs du droit fondamentaliste, un acte juridique quelconque ne peut cesser de produire ses effets que par une cérémonie absolument identique en la forme à celle qui a servi à le faire naître. Sur la théorie du « *contrarius actus* » voir May - Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit-n° 196 ; Ihering, « Esprit du droit romain » (trad Meulenaere) Tome III, p 306 et s ; Girard, Manuel p 663.

[6] Fragments des lois des XII Tables rétablis et classés par Godefroy, repris et cités par Pothier, Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre, tome I p.373 : « *CAPUT IV. Aeris confessi rebusque jure judicatis, XXX dies justi sunto* » (quatrième chef – Qu'on accorde à celui qui aura reconnu sa dette en jugement, ou aura été condamné par le juge, 30 jours pour payer).

[7] « *Causae magis quam personae beneficium praestituitur* » L.29 Modest. lib. 7. Pandect.

[8] *Unciarum foenus*, l'intérêt d'un douzième par mois, soit 100 % par an sera réduit à 50% sous la constitution de Théodose (L.1. cod. Theod.4.19 *de usur. rei judic.*) ; il passera à 5 % sous Justinien.

[9] Rappelons qu'en droit romain, il existe 4 manières d'exécuter une sentence : la main armée (*manus militaris*), l'envoi en possession (*missio in possessionem bonorum*), la mise aux fers (*nexus*) et enfin la saisie des gages (*pignorum capio*).

[10] On conjecture habituellement (May – Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit – n° 193) que les obligations primitives, et notamment les dettes, s'éteignaient avec la personne de l'obligé ; en contrepartie l'obligation atteignait la personne physique du débiteur : «*pecuniae creditae corpus obnoxium* » (corps responsable pour de l'argent prêté) Tit. Liv. VIII, 28.

permet au créancier de débuter par l'exécution forcée. C'est la marque de la justice privée qui régit, à l'origine, les relations entre les hommes. Le débiteur, bien que la *manus injectio* ait été exercée, a le droit d'en contester la légitimité devant le magistrat dans le cadre de l'instance *in jure*[11]. En cas de condamnation du débiteur, qui prend le nom de *judicatus*, le créancier demande que sa personne lui soit *addictus* (adjugé). Le débiteur est alors retenu *in carcere privato* afin d'acquitter, par son travail, le montant de sa dette, mais sans pour autant perdre son *status libertatis*[12].

Notons cependant une tentative de réforme de la part de Servius Tullius, qui défend aux créanciers d'exécuter sur la personne des débiteurs, mais seulement sur leurs biens[13]. Cette réforme fit long feu, son successeur, Tarquin Le Superbe, abrogea toutes les lois de Tullius.

Sous la république, la loi des XII Tables[14] confirmera l'usage de la mise aux fers, sauf dans le cas où un répondant, appelé *sponsor*[15], et qualifié de *locuples* (solvable), se présente pour le condamné.

---

[11] Voir note n° 42

[12] La question de savoir si les biens du débiteur, sa femme *in manu* et ses enfants devenaient la propriété du créancier n'a pas reçu de réponse à ce jour.

[13] Denis d'Halicarnasse. Liv.4.

[14] Aprés l'expulsion des rois, le peuple romain suivit un droit incertain. Les lois royales ayant été abrogées, certaines continuèrent cependant d'être observées, mais comme des usages. En 302 U. C (« Urbis Conditae » c'est-à-dire après la fondation de Rome) et 57 ans après l'expulsion des rois, dix citoyens furent nommés, avec une autorité absolue, pour rédiger les lois.
Ces lois, rapportées des villes de Grèce et des anciens usages romains, forment une espèce de corps de droit, écrit sur dix tables et furent exposées sur la place publique. A ces lois, dont on s'aperçut qu'elles étaient incomplètes, furent ajoutées l'année suivantes 2 autres tables. Ce corps de droit fût appelé loi des XII Tables ou droit decemviral.

[15] La *sponsio* est une stipulation dont l'origine ordinairement admise est un engagement religieux (Giffard et Villers – Droit romain n° 43). Il s'agit, dès sa laïcisation, et antérieurement à la loi des XII Tables, d'un acte du *jus civile* permettant de créer toutes sortes d'obligations. Dans le cas présent, elle était un cautionnement destiné à assurer le paiement d'une dette *sponsio solvendi causa*. La *sponsio*, au début réservée aux seuls citoyens romains, est une obligation *verbis* qui ne se transmet pas aux héritiers.
Afin de venir au secours de débiteurs obérés qui ne trouvaient plus de caution, diverses lois améliorèrent la condition des *sponsores* : la loi Publilia a donné au *sponsor* ayant payé la dette une action du double contre le débiteur principal. La loi Furia décida que le *sponsor* serait libéré au bout de 2 ans et, en cas de *cosponsores*, que le créancier ne pourrait poursuivre chacun que pour sa part virile. Enfin, la loi Apuleia autorisa le *sponsor* qui avait payé au-delà de sa part à exercer un recours contre les *cosponsores*.

La loi des XII Tables conserve la *manus injectio*[16] comme mode d'exécution forcée à l'encontre du débiteur qui n'exécute pas la sentence prononcée contre lui, d'où le nom de *manus injectio judicati*[17].

Il y a lieu de rapprocher de la situation du *judicatus*, celle du *nexus*.

Une controverse doctrinale, qui date de l'époque romaine, s'est élevée, à partir d'un texte de Varron[18] qui est l'unique témoignage de l'institution du *nexum*.

Il s'agit d'un acte fait *per aes et libram* (par l'airain et par la balance)[19], que certains ont considéré comme un prêt (*mutuum*) et d'autres comme une vente de soi-même par

---

[16] Après les XII Tables, diverses lois modifieront les applications de la *manus injectio* ; les lois Publilia et Furia de sponsu autorisent la *manus injectio* par le créancier qui n'a pas obtenu préalablement de sentence contre son débiteur : c'est la *manus injectio pro judicato*. Elle suit les mêmes règles que la *manus injectio judicati*. Dans ces deux cas, le débiteur est considéré comme *servi loco* et à ce titre ne peut défendre à l'exécution dont il est l'objet. Il faut qu'un tiers, *vindex*, prenne sa place pour le représenter devant le magistrat. Postérieurement, la loi Furia testamentaria supprima l'obligation d'être représenté par un *vindex*. Ce fut la *manus injectio pura* dans laquelle le débiteur peut contester non seulement la légitimité de la contrainte, mais également l'existence de son obligation. Il peut ainsi *manum sibi depellere* (repousser) dans une procédure nouvelle. La loi Vallia transformera pratiquement toute *manus injectio* en *manus injectio pura*.

[17] Au *judicatus*, il faut assimiler le *confessus*, c'est-à-dire celui qui, *in jure*, a reconnu le bien fondé de la demande du créancier.

[18] Varron : de Lingua latina, VII, 105 : « *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc varius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit : nam id aes quod obligatur per libram « neque suum fit », inde nexum dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, « nexus » vocatur ut « ab aere », obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum est ne fieret, et omnes qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti* ». Noailles en donne la traduction mot à mot suivante (R.H.D. 1940-41 p.214 et s.) : « *Manilius écrit, nexum, toute chose qui est gérée par la balance et par l'airain, y compris, semble-t-il, les choses qui deviennent par là objets du droit de mancipium. Mucius écrit, nexa, les choses qui sont faites par l'airain et par la balance pour être obligées, à l'exception de celles qui sont données à titre de mancipium. Que cette opinion soit la plus vraie, le mot lui-même le montre sur lequel Mucius fait porter sa recherche ; car cet aes qui est obligé par la balance, « ni n'est fait sien », d'où il est dit nexum. L'homme libre qui mettait son travail en servitude, pour l'argent qu'il devait, jusqu'à ce qu'il ait payé, est appelé « nexus », en quelque sorte obéré « par l'aes ». Cette condition des choses nexae fut abrogée sous la dictature de Caius Poetelius Libo Visolus ; il n'en fut plus désormais créé et tous ceux qui jurèrent avoir fait honnêtement ce qu'ils pouvaient furent libérés et ne furent plus jamais nexi* ».

[19] Il s'agit d'un acte formaliste, dont l'origine est probablement antérieure à la loi des XII Tables, et qui était également utilisé pour transférer la propriété. Son origine remonte à l'époque où on échangeait des choses contre quelque chose de toujours identique qui, en raison de certaines qualités, était accepté par tous comme commune mesure de valeur. Aux têtes de bétail « *pecus* » (dont, selon Varron, de ling. Lat. V 19 v°Pecus, viendrait « *pecunia* ») succédera le métal sous forme de lingots bruts (« *aes rude* ») qu'il fallait, à chaque vente, peser au moyen d'une balance (« *libra* »). Afin d'éviter toute difficulté sur le poids ou la qualité du métal, les parties, en présence de 5 témoins, avait recours à un « *libripens* » (porteur de la balance sous la surveillance duquel s'opérait le pesage). Au cours de cette opération, l'acquéreur touchait la chose et des paroles solennelles, « *verba certa* », étaient échangées, formant la « *nuncupatio* », c'est-à-dire la détermination du droit ainsi créé. Enfin l'acquéreur devait frapper la balance avec le lingot « *aere percutit libram* ». Après l'apparition du numéraire portant empreinte de l'Etat (« *aes signatum* ») la formalité du pesage, quoique désormais inutile, persista pour une double raison : l'attachement des romains aux anciens usages et l'intérêt qu'avaient les créanciers à les respecter. Ils bénéficaient ainsi d'une voie de contrainte rigoureuse les dispensant d'une action en justice. Outre le « *nexum* », la « *mancipatio* » (vente solennelle) et le paiement « *nexi liberatio* » s'accomplissaient également

mancipium[20]. Noailles[21] s'est attaché à démontrer, à partir du texte du manuscrit de Florence[22] le caractère du *nexum*.

Pour cet auteur, il ne s'agit nullement d'un contrat, mais d'un lien juridique créant un rapport de dépendance, une sujétion réelle du *nexus* vis-à-vis du créancier. Le rite par lequel celui qui crée le *nexum* pèse l'*aes* et le remet au *liber nexus* est un rite de mainmise, une déclaration de puissance et certainement pas une convention. La situation du *nexus* est semblable à celle du *judicatus addictus* ou du *liber homo bona fide serviens*[23] et s'oppose à celle de l'esclave.

L'esclave *servus* est celui qui est en servitude d'après le droit, *qui jure est in servitute*, c'est-à-dire dans un état absolu, qui n'est pas limité par une loi ou une condition et qui concerne tant sa personne que sa faculté de travail, *opera*.

Au contraire, le *nexus* ainsi que l'*addictus* ne sont en servitude que selon un droit particulier d'après lequel ils sont esclaves, *in servitute est eo jure quo servus*. Cette servitude a une loi : pour l'*addictus*, il s'agit de la *lex dicta* réglée par le *judicatum*, la *manus injectio* et l'*addictio* ; pour le *nexus*, il s'agit de la *lex dicta* de la *nuncupatio*, dont on conjecture qu'elle a fixé formellement la *causa* ainsi que les conditions de la servitude (montant de la dette, intérêts, délai), et qui a proclamé qu'il était *nexus* sous cette loi. Cela signifie que seules leurs facultés de travail sont en servitude, *servitutem servire*, à l'exclusion de leur personne juridique[24].

« *per aes et libram* ». Le terme « *nexum* » est le terme générique désignant tout acte ou paraissent la balance et l'airain (Varron, de ling. Lat. VII, 105).

[20] Notamment Mitteis, ZSSt XXII, p.123 et ZSSt XXV p.282

[21] R.H.D. 1940-41 p.223 et s.

[22] voir note n° 92. En fait le texte des pandectes florentines, reconstitué par différents auteurs, n'échappe pas à la corruption qui en est résultée et dont les querelles doctrinales sont l'une des conséquences.

[23] Il y a probablement d'autres espèces à ajouter à ces sortes de débiteur, par exemple le *redemptus ad hostes* (celui qui a été racheté à un non citoyen), le fils de famille *in mancipio*…

[24] C'est ce que dit Quintilien, Inst. orat. 5, 10, 60 : « *Aliud est servum esse, aliud servire* ».

Passé le délai de 30 jours[25], la loi des XII Tables autorise le créancier à traduire le *judicatus* devant le magistrat afin que celui-ci lui adjuge sa personne.

En ce qui concerne le *nexus*, ce recours est inutile. Le délai légitime, accordé et figurant dans la *nuncupatio*, non observé, autorise le créancier, par la *manus injectio*, à s'emparer désormais du corps du débiteur.

3. Dans ces deux cas, le débiteur était alors livré à son créancier et enchaîné par lui. Le créancier avait le choix du type de chaînes : il pouvait enchaîner par le *nervus*, le fer au cou, réputé le plus dur ou le *compes*, le fer aux pieds considéré comme plus doux. Quel que soit le choix, ces chaînes ne devaient pas peser plus de 15 livres.

En contrepartie, le créancier devait nourrir son débiteur et lui fournir chaque jour une livre de farine au moins[26].

Le débiteur avait à partir de ce moment un délai de 60 jours pour transiger avec son créancier. D'après Hotomann[27], les formalités étaient les suivantes : après le 33ème jour on devait conduire le débiteur dans le *comitium*[28] pendant 8 jours consécutifs ; le 9ème, qui était le jour du marché où le préteur ne jugeait pas, on devait publier, dans le *forum*, la somme au paiement de laquelle il avait été condamné : cette procédure se répétait pendant la neuvaine suivante, ainsi que celle d'après. Ce délai avait pour but de trouver dans la foule qui s'y

---

[25] La loi des XII tables défendait de forcer un débiteur à payer aussitôt qu'il était condamné. Aulu Gelle nous apprend que pendant ces 30 jours de vacation, aucun acte juridique ne pouvait être fait contre lui, ce délai devant servir à trouver la somme à payer ; voir notes n°6 et 7.

[26] *Far* était la farine dont on faisait une bouillie (*puls farrea*) et qui tint longtemps lieu de pain aux romains. Ainsi Valere Maxime (lib 2 cap.5 : *apud majores nostros frequentior pultis quam panis usus* (nos pères se nourrissaient plus souvent de bouillie que de pain) et Juvenal (satyr.14) :

A scrobe vel sulco redeuntibus altera coena
Amplior, et grandes fumabant pultibus ollae.

(en revenant de tracer des sillons, ou de creuser des fossés, une grande marmite de bouillie fumante était pour eux un grand souper).

[27] Cité par Pothier. Pandectes de Justinien mises en forme dans un nouvel ordre Tome 1 page 379.

[28] Le terme « *comitium* » n'a pas de traduction en français. Varron (L. 5,155) indique que ce mot désigne l'endroit dans le *forum* où se tenaient les comices-curies et où plus particulièrement se trouvaient les tribunes aux harangues. C'est à cet endroit que le préteur avait coutume de tenir son tribunal.

rassemblait un parent ou un ami qui, touché par la situation du débiteur, fût assez généreux pour l'en retirer et briser ses fers[29].

Si tel n'était pas le cas, ce n'est qu'après ces 3 proclamations par 3 jours de marché et le 60ème jour que le débiteur pouvait être mis en pièces, ou être vendu.

4. La mise en pièces, qui consiste à autoriser les créanciers à déchirer le corps d'un débiteur qui ne peut pas les payer, s'explique par la mentalité du peuple romain.

Celui-ci, tout au moins à son origine, respectait et exerçait toutes les vertus jusqu'à l'héroïsme. Les anciens romains pratiquaient avec un respect religieux, la fidélité à remplir un engagement, non seulement dans les fonctions publiques, mais également dans tous les contrats relatifs à leurs propres affaires, surtout à l'égard des personnes qui leur avaient prêté. Caecilius justifie cette loi en disant : « *c'est en effet des lois les plus sévères qu'émanent ordinairement les meilleures mœurs* »[30]. Il semble cependant que dans l'usage cette mise en pièce du débiteur ne fut pas appliquée.

La vente du débiteur, ordonnée et non simplement permise au créancier, rend sa situation certainement plus douce que celle qui aurait consisté à le laisser expier, chez son créancier, une dette qu'il n'aurait jamais acquittée. La Loi des XII tables, après avoir ordonné cette vente, enjoignit que le débiteur fût transporté en dehors de Rome, *ultra Tiberim*.[31]

---

[29] Rappelons que dans la famille romaine, à côté de la cognation, *cognatio* (parenté naturelle), existe l'agnation, *agnatio,* ou parenté civile. Ce lien très étendu entraînait entre ses membres des obligations d'assistance économique et judiciaire.

[30] « *Acerbitas plerumque ulciscendi maleficii, bene atque caute vivendi disciplina est* ». Aulu Gelle 20.1. cité dans les Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre par Pothier Tome I p. 383.

[31] Cette partie de la loi s'explique pour des raisons historiques. Elle avait tout d'abord pour but d'empêcher un trop grand accroissement du nombre des débiteurs devenus esclaves dans Rome. D'autre part, les *decemvirs* n'avaient pas oublié que le retrait du peuple sur le Mont-Sacré, environ 45 ans avant les XII Tables, et qui avait failli renverser la république, était le résultat de la barbarie des créanciers qui tenaient leurs débiteurs enchaînés dans leur maison, non pas comme dans des prisons d'esclaves, mais comme dans des lieux de torture.

En l'an de Rome 457[32] sous le consulat de Poetelius et de Papirius - Mugilanus, la loi Poetelia Papiria supprime le *corpus obnoxium*, de même que l'institution du *nexum*[33]. Ciceron et Tite-Live[34] indiquent que ceux qui étaient *nexi* au moment de la loi furent autorisés à jurer qu'ils avaient honnêtement fourni tout ce qu'ils pouvaient, argent ou services, et qu'il n'était pas équitable de leur réclamer davantage. La formule est : *bonam copiam jurare* (ou *ejujare*) : jurer qu'on n'est pas solvable. Désormais les seuls biens des débiteurs répondront de la dette.

Cependant, si on ne charge plus de fers les débiteurs, ils continuent d'être réduits en servitude, en ce sens qu'ils doivent servir jusqu'à apurement de la dette. On conjecture que la suppression du *corpus obnoxium* ne concernait que les citoyens de Rome et ne s'appliquait pas aux débiteurs qui ne jouissaient par du droit de cité, ni aux étrangers[35].

Le dictateur Sylla[36] abolit cet usage en ordonnant de relâcher tous ceux qui affirmeraient, par serment, leur solvabilité. Cependant, malgré ces lois le débiteur continue d'être détenu sinon dans la maison de son créancier, du moins dans une prison publique[37].

Cette situation va perdurer jusqu'à l'empereur Constantin[38] qui abroge la manière d'exécuter les sentences par l'incarcération. Seule reste permise la rétention du débiteur sous une garde militaire. Gratien et Valentinien autorisent encore l'incarcération contre les débiteurs du fisc[39]. Justinien ne reprendra pas cette loi[40].

---

[32] Soit 296 av. J.C.
[33] Sur les circonstances qui amenèrent le Sénat à adopter cette loi : Pothier, Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre. Tome I page 385. Egalement Tite Live VIII, 28. En ce qui concerne le terme *nexum*, celui-ci continuera d'être employé, mais avec un sens plus général pour désigner tout ce qui est fait par l'airain et par la balance (voir note 19).
[34] Ciceron, de re publica, II, 59 et Tite-Live, 8, 28, 2.
[35] C'est une constitution de l'empereur Antonin Caracalla, en 212 après J.C., qui déclarera citoyen romain tout homme de condition libre dans l'empire.
[36] Sylla (138-78 avant J.C.)
[37] Voir Evangile selon St Mathieu v.25.26 « *de peur que votre adversaire ne vous livre au juge, que le juge ne vous livre à l'exécuteur de ses jugements, et que celui-ci ne vous jette dans une prison d'où vous ne sortirez pas que vous n'ayez payé la dernière obole.* »
[38] Constantin règne de 306 à 337 après J.C.
[39] Gratien et Valentinien règnent de 378 à 392 après J.C.
[40] L2 cod.10.19 *de exact. tribu* (des percepteurs des impôts) Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre par Pothier tome XVII . p.285.

5. Parmi les manières d'exécuter une sentence, nous avons indiqué qu'il existait la saisie des gages, *pignorum capio*. Cette saisie se fait dans l'ordre suivant : les meubles (animaux), puis les immeubles, puis les créances, et en dernier lieu les appointements des militaires. Certains biens sont exclus de la saisie : il s'agit notamment des esclaves occupés à la culture des terres, les boeufs employés au même usage, les instruments aratoires[41]. Le créancier fait vendre le gage par un officier ministériel ; si personne ne se présente pour l'acheter, il est adjugé au saisissant.

Ce glissement de la saisie de la personne du débiteur à la saisie des biens du débiteur s'est poursuivi à travers deux procédures : la *venditio bonorum* et la *cessio bonorum*.

6. La *venditio bonorum* fut créée par un préteur du nom de Publius Rutilius. Elle est utilisée pour le *judicatus* comme pour le *confessus* et est une voie d'exécution des jugements. Elle est également utilisée à l'égard du défendeur qui refuse de *defendere*[42].

La *venditio bonorum* se déroule en deux phases, volontairement lentes afin de protéger les intérêts des créanciers et ceux du débiteur.

- La première phase est la *missio in possessionem* : les créanciers demandent l'envoi en possession. S'il n'y a qu'un créancier demandeur, sa demande profite aux autres. Le débiteur,

---

[41] « *Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit* » Honorius et Théodose L. 8. cod.d.tit. (« *il ne convient pas de saisir comme gage ce qui sert à la culture des terres* »)

[42] Rappelons brièvement que dans le système formulaire, le demandeur appelle son adversaire devant le magistrat *in jus vocatio*. Les deux parties étant *in jure*, le demandeur fait connaître ses prétentions et indique l'action qu'il entend exercer ; le juge ne fait en effet porter ses recherches que sur une question unique. Il n'existe pas de demande reconventionnelle : si le défendeur a des droits à faire valoir, ils doivent faire l'objet d'une demande séparée dans laquelle il sera demandeur. Ceci explique que, dans le droit romain primitif, la compensation ne soit pas un mode d'extinction des obligations ; elle le deviendra ultérieurement (cf ci-après note 44).

La procédure « *in jure* » (cf note n°71) se termine normalement par la « *litis contestatio* » : acte formel du magistrat marquant la fin du litige et auquel les parties sont associées. La « *litis contestatio* » est un contrat : le demandeur renonce à son action en échange du droit éventuel à la « *condemnatio* », le défendeur s'oblige à se soumettre à la sentence et à subir la « *condemnatio* » qu'elle contient. La procédure se déroule ainsi : le préteur remet la formule au demandeur « *dare judicium* », celui-ci l'offre au défendeur « *edere judicium* » qui l'accepte « *accipere judicium* ». Des incidents de procédure peuvent se produire et parmi eux « l'i*ndefensio* »: le défendeur ne comparaît pas « *in jure* » ou, ayant comparu, ne se représente pas malgré sa promesse, ou refuse de « *defendere* », c'est à dire d'accepter la formule. Le principe étant que la présence et l'accord des deux parties sont absolument nécessaires, « l'*indefensio* » fait obstacle à ce que la procédure aboutisse au « *judicium* ». Dans ce cas, le préteur envoyait alors le demandeur en possession des biens du défendeur récalcitrant.

malgré la formule, conserve la possession de ses biens, ses créanciers n'ayant qu'un droit de garde et de surveillance, *custodia rerum et observatio*.

Les créanciers doivent procéder à la *proscriptio bonorum*, c'est à dire à l'annonce publique de la *missio*, afin de provoquer l'intervention de ceux qui voudraient payer pour le débiteur. Un *magister* pris parmi les créanciers, ou en dehors d'eux, est chargé de préparer la *lex bonorum vendendorum*, sorte de cahier des charges[43]. On passait ensuite à la *venditio bonorum*.

- La deuxième phase est la *venditio bonorum* proprement dite. La vente ne porte plus sur tel ou tel bien, mais sur le patrimoine tout entier qui est adjugé à celui qui en offre le prix le plus élevé.

L'acquéreur, *bonorum emptor*, devient un successeur du débiteur[44].

Ce dernier est exposé à subir une nouvelle *venditio bonorum* s'il acquiert des biens par la suite. Au surplus, cette façon de procéder est considérée comme infamante et honteuse pour lui, car c'est en son nom que ses biens sont vendus. Pour éviter cette honte la loi Julia[45] lui accorde le bénéfice de la cession des biens, *cessio bonorum*, qui n'empêche pas pour autant la mise en place de la procédure de la *venditio bonorum*.

---

[43] Gaius III, 79.

[44] Il s'agit d'une succession *in universum jus* (Gaius III, 77). Cependant, celle-ci n'est qu'une création prétorienne et l'acquéreur se trouve dans la situation de celui habituellement dénommé possesseur bonitaire c'est à dire (« *bonorum possessor* ») qui a la chose dans ses biens (« *in bonis habere* »). Il n'en aura le droit de propriété (« *dominium ex jure quiritium* ») qu'après l'avoir possédé pendant le temps requis pour l'usucapion (May – Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit n°111 et 290). En tant que possesseur bonitaire il peut lui-même poursuivre le recouvrement du patrimoine qu'il a acquis. Il est alors obligé d'*agere cum deductione*, c'est-à-dire qu'il doit tenir compte au débiteur poursuivi de ce qui était dû à ce dernier par le débiteur objet de la *venditio bonorum*. La *deductio* était insérée dans la formule que délivrait le magistrat. Si le *bonorum emptor* agissait *sine deductione*, il n'était pas repoussé dans son action, mais son adversaire pouvait alors obtenir du magistrat une rectification de la formule pour y faire insérer la mention de la *deductio* dont il réclamait le bénéfice. La *deductio* était également admise pour des dettes non échues, ainsi que pour des dettes n'ayant pas pour objet des choses de même genre : *compensatio ex dispari causa* (pour cause différente).

[45] La loi Julia est l'un des populiscites fait par le peuple après la chute de la république, sous Auguste. (Rappelons que les populiscites étaient proposés par un senatus-consulte, et acceptés par le peuple assemblé ; les plebiscites étaient acceptés sans senatus-consulte).
Initialement réservée aux seuls citoyens romains, la loi Julia fut ultérieurement étendue à tous les habitants des provinces.

7. La *cessio bonorum* n'est nullement une dation en paiement : les créanciers ne deviennent pas propriétaires des biens. Ils doivent les vendre en leur nom, de la manière la plus convenable à la nature de ces biens. La *cessio bonorum* marque un avantage pour les débiteurs : la cession des biens les dispense d'être incarcérés et « *si par la suite ils acquièrent d'autres biens, ils ne peuvent plus être actionnés qu'à concurrence de ce qu'ils peuvent payer* »[46].

Pour la mise en oeuvre de cette procédure, il suffit, selon Théodose, que le débiteur ait manifesté sa volonté : « *in omni cessione sufficit voluntatis sola professio* »[47]. Elle commence, après constatation que le défendeur est débiteur, par l'envoi des créanciers en possession de ses biens pour en assurer la conservation.

« *La dénomination de créancier ne comprend pas seulement ceux qui ont prêté de l'argent, mais tous ceux à qui il est dû pour quelque cause que ce soit* »[48].

« *La dénomination de biens a une signification civile ou naturelle* »[49]. Ici elle n'a qu'une signification naturelle en ce sens qu'elle ne contient que l'actif, à l'exclusion du passif.

Cette décision du préteur ne donne qu'un droit de gage sur les biens, et nullement la propriété, ni les fruits, ni même l'usage de la chose : les créanciers en jouissent moins eux-mêmes qu'ils n'empêchent leur débiteur d'en jouir.

Au surplus, l'envoi en possession ne s'étend qu'aux biens soumis à la juridiction du magistrat qui l'a ordonné[50]. « *Si plusieurs créanciers ont été envoyés en possession des biens d'un même débiteur, ils doivent charger l'un d'entre eux, choisi par le plus grand nombre, de*

---

[46] « *is qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest, convenitur* » L.4 Ulpien. lib.59 ad ed

[47] « *dans toute cession la seule manifestation de volonté suffit* » Constitution de Théodose L.6 cod 7.71 *qui bon. ced. poss*. Cité par Pothier Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre tome XVII p.321

[48] « *Creditorum appellatione, non hi tantum accipiuntur qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex qualibet causa debetur* » L.11 ff.50.16. d.tit. Gaius,*lib. 1 ad ed. provinc.*

[49] « *Bonorum appellatio, aut naturalis aut civilis est* » L.49. ff.50.16 *de verb.signif.* (de la signification des termes du droit) Ulpien lib.59. *ad ed* (de l'édit)

[50] Paul dit : « *Is qui possidere jubetur, eo loco jussus videtur, cujus cura ad jubentem pertinet* » L.12 § I. Paul lib. 59 *ad ed* (« *celui qui est envoyé en possession n'est censé l'être que pour les biens soumis à celui qui l'a envoyé en possession* »).

les affermer ou de les vendre, afin d'éviter les embarras ou la complication des comptes »[51]. En cas de désaccord, c'est le magistrat qui le désigne. Les créanciers envoyés en possession ont le droit de connaître et de discuter les titres des débiteurs. « *Connaître les titres, c'est les avoir lus et relus ; les discuter, c'est examiner les droits et les charges qu'ils contiennent* »[52]. Labeon pense que les créanciers ont le droit de faire de ces titres une espèce d'inventaire[53]. Avec l'accord du préteur, ils peuvent en copier des parties. Un sujet de controverse s'est élevé entre les anciens : l'envoi en possession des biens du débiteur par un créancier profite-t-il aux autres ? Labeon penchait pour l'affirmative. Justinien mit fin à la querelle en décidant qu'il en serait ainsi, sauf, aux nouveaux créanciers à garantir la créance de celui qui avait été envoyé en possession, et à l'indemniser de ses dépenses au prorata des leurs.

L'envoi en possession dure tant que les biens du débiteur ne sont pas vendus. De cet état naissent 2 actions données par le préteur :

- L'action donnée *ad quem ea res pertinet*[54] appartient tant au curateur donné pour vendre les biens, qu'au débiteur lui-même dont les biens n'ont pas encore été vendus. Elle vise à obtenir du créancier la restitution de tout ce qu'il a pu retirer des biens du débiteur pendant qu'il les possédait : il s'agit notamment des fruits, *quod de fructibus*, ou encore du dol qu'il a commis, par exemple en ne louant pas, ou en ne vendant pas les fruits du fonds de terre mis en sa possession : il est alors condamné à une indemnité égale à la perte qui en est résultée.

- L'action donnée au créancier mis en possession contre le curateur ou contre le débiteur, si les biens n'ont pas été vendus. Il s'agit d'une règle de droit : « *tout ce qui fait partie d'une chose regarde ceux à qui les effets doivent profiter* »[55]. Cette action vise à répéter

---

[51] « *Quum plures creditores in possessionem rerum debitoris mittantur, ne corrumpantur rationes, uni hoc negotium a creditoribus esse dandum, quem major pars creditorum elegerit* » L.15 Ulpien lib.62 *ad ed*

[52] « *Cognoscere instrumenta, est relegere et recognoscere ; dispungere, est conferre accepta et data* ». L.56 ff.50.16.*de verb. signif.* Ulpien lib.62 *ad ed.*

[53] « *Quasi inventarium faciant* ». Rappelons que le jurisconsulte Labeon, sous Auguste, est le chef de file des proculeiens ou pegasiens qui s'opposent aux sabiniens ou cassiens.

[54] « *Celui à qui la chose appartient* ».

[55] « *Cujus effectus omnibus prodest, ejus et partes ad omnes pertinent* » L.148 (ou 190) ff.50.17. *de reg.jur*. Paul lib.16 *brev.ed.*

toutes les dépenses, exclusives de mauvaise foi, que le créancier a dû exposer : nourriture et entretien des esclaves, réparation des maisons, défense d'un esclave sur une action noxale etc...[56].

Au bout d'un certain temps, très probablement fixé par le juge, les biens étaient vendus. Le lieu de la vente est la province dans laquelle le débiteur a son domicile[57], ou bien dans laquelle on a contracté avec lui, c'est-à-dire où il aurait dû payer[58]. « Sont exclus de la vente la concubine et les enfants naturels du débiteur »[59].

Les créanciers, qui ne peuvent demander qu'on leur adjuge les biens de leur débiteur pour éteindre leur créance[60], ont la possibilité de les acheter. Entre un enchérisseur créancier et un enchérisseur parent du débiteur, le créancier doit avoir la préférence. De même, « entre créanciers a la préférence celui qui l'est pour la plus forte somme »[61].

Lorsque tous les créanciers qui ont fait vendre les biens sont payés et qu'il reste quelque chose, Justinien veut que l'excédent soit déposé dans le trésor de l'église du lieu où la vente a été faite, de sorte que, si d'autres créanciers se présentent, ils puissent être désintéressés[62].

---

[56] Si l'esclave ne s'oblige pas par ses contrats, il s'oblige par ses délits. Son propriétaire avait le choix d'abandonner la propriété de l'esclave à la victime, ou de lui payer une indemnité. La formule de l'action exprimait cette faculté de la façon suivante : *aut noxiam sarcire* (réparer le dommage) *aut in noxam dedere* (faire l'abandon noxal). Eléments du droit Romain à l'usage des étudiants des facultés de Droit par May 6ème édition n° 184. Sur la théorie de l'abandon noxal, voir Pothier Pandectes de justinien mises en forme dans un nouvel ordre Tome I.

[57] « *Ubi domicilium habet* » (L.1. Gaius, lib. 23 *ad ed. provinc.*).

[58] « *Contractum autem non utique eo loco intelligitur quo negocium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia* » (L.3. Gaius, lib.23 *ad ed prov.*) (« *toutefois on n'est pas censé avoir contracté avec lui là où l'affaire a été faite, mais où il a dû payer* »).

[59] « *Bonis venditis excipiuntur concubina et liberi naturales* » L.38 (autre L.23 *de privileg. credit*) Paul lib.1 *sent.*

[60] Selon les constitutions de Diocletien et Maximien (qui règnent de 284 à 304 après J.C.).

[61] « *Inter creditores, potior is cui major pecunia debebitur* » L.16. (autre L.1. *de privileg.credit*. Gaius, lib.24 *ad ed. provinc*).

[62] L.fin § 1 cod 7.72 h.tit.

8. Dans le droit ancien[63], celui qui était chargé de vendre les biens du débiteur devait être l'un des créanciers et était appelé *magister*[64].

La procédure se déroulait de la manière suivante : Un certain temps après avoir été envoyés en possession par le préteur, les créanciers se réunissaient de nouveau devant lui. Un d'entre eux était alors désigné pour vendre les biens de leur débiteur. Ce *magister* faisait confectionner des affiches qu'il apposait dans les lieux les plus apparents de la ville et qui étaient conçues en ces termes, que Ciceron qualifiait de « *triste carmen magistri*»[65] : « *Tel notre débiteur est dans le cas que tous ses biens doivent être vendus. Nous, ses créanciers, nous les vendons ; que ceux qui veulent les acheter se présentent* »[66].

Après quelques jours, les créanciers se présentaient de nouveau devant le préteur pour déterminer les conditions de la vente. Les charges étaient alors ajoutées sur l'affiche : par exemple paiement comptant de la moitié du bien à vendre et caution donnée aux créanciers pour l'autre moitié. Après un nouveau délai, on adjugeait les biens du débiteur à chacun de ceux qui les avaient ainsi achetés et qu'on appelait *bonorum emptor*[67]. Comme dans la *venditio bonorum*, ces biens étaient transmis avec les actions et les charges que le débiteur avait sur eux. Quelquefois, le *magister* ne trouvait pas d'acheteur ; on indiquait alors, par d'autres affiches les choses qui devaient être mises aux enchères[68].

---

[63] *Jus vetus* : l'une des appellations par les jurisconsultes de la loi des XII Tables. D'autres appellations existent : *Lex* (la loi), *Leges* (les lois), *leges romanae* (les lois romaines), *leges sanctae* (les lois saintes), *jus civile* (le droit civil), *leges vetustae* (les lois anciennes) etc.

[64] L.57 ff 50.16 *de verb. signif.* Paul. lib.59 *ad ed.*

[65] Ciceron : *de orat. lib*. 1 n. 57.

[66] « *Ille debitor noster, in ea causa est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimoninum ejus distrahimus : quicunque emere volet adesto* ».

[67] « *acheteur des biens* ». Il pouvait également se trouver que les biens soient vendus à un *sector*. On appelait ainsi celui qui achetait les biens du débiteur pour les revendre, escomptant de la sorte faire un bénéfice.

[68] Dans Plaute - Menechme - scène 3 - il y a une formule comique de ces affiches :

« *Auctio fiet Menechmi mane sane septimi*
Vaenibunt servi, suppellex, fundi, aedes, omnia
Vaenibunt ; quiqui licebunt praesenti pecunia.
Vaenibit uxor quoque etiam, si quis emptor venerit.
Vix credo tota auctione capiet quinquagesies. »

(Samedi matin sans faute, on vendra les biens de Menechme, savoir : ses esclaves, ses meubles, ses fonds de terre, sa maison et tout ce qu'il possède, argent comptant ; on vendra aussi sa femme s'il se trouve des acheteurs, et je ne crois pas qu'il se trouve cinquante enchérisseurs).

Cependant, cette manière de vendre les biens par l'intermédiaire d'un *magister* était toujours considérée comme marquant le débiteur du sceau de l'infamie. C'est ainsi que Ciceron disait « *ceux qui possèdent les biens de quelqu'un en vertu de l'édit possèdent aussi sa réputation. Celui à qui on donne des magistri reçoit aussi un maître qui prononce en vertu de quelle loi et à quelle condition il doit pér*ir »"[69]. C'est pourquoi, afin d'éviter d'entacher la réputation d'un débiteur, on faisait parfois vendre ses biens sans ces formalités et par un curateur préposé à leur vente. Il arrivait parfois que ce curateur soit nommé par un senatus-consulte, notamment lorsqu'il fallait vendre les biens de certaines personnes, tel un sénateur ou sa femme. Quant aux autres débiteurs, leurs créanciers avaient le choix de suivre la forme ordinaire avec un *magister*, ou la forme extraordinaire avec un curateur.

S'ils choisissaient la forme extraordinaire, ils ne pouvaient plus revenir sur leur choix.

Progressivement la vente des biens par *magister* tomba en désuétude et, à partir du règne de Dioclétien[70] le système extraordinaire l'emporte sur le système formulaire[71].

Le curateur est désigné par le préteur d'après l'avis de la majorité des créanciers. Il ne faut pas que ce curateur soit un créancier ; mais tous ceux qui ne sont pas créanciers peuvent

---

[69] « *Cujus bona ex edicto possidentur, ejus fama simul cum bonis possidetur. Cui magistri fiunt, et domini constituuntur ; qui qua lege et qua conditione pereat pronuntiet* ». Ciceron *pro Quinct*.

[70] Diocletien règne de 284 à 304 ap.J.C.

[71] Rappelons brièvement quelques principes de l'organisation judiciaire en droit romain.
De l'origine de Rome jusqu'à l'époque de Dioclétien, toute instance civile comporte nécessairement deux phases : le *jus* et le *judicium*. Le magistrat, *magistratus*, est investi d'attributions politiques et reçoit la puissance publique, *imperium*. Il s'agit de préteurs et édiles curules, qui dès leur entrée en fonction, prennent l'habitude de publier une déclaration de principe, *edictum*, dans laquelle ils annoncent au public les règles qu'ils se proposent de suivre dans l'exercice de leur magistrature. Cet ensemble de prescriptions constitue un droit nouveau appelé droit honoraire, *jus honorarium*. Dans la phase *in jure*, le magistrat dirige l'instance, fixe l'objet du litige, le fait cesser dès le début, si cela est possible, sinon il renvoie devant le juge, *judex*. Dans cette phase *in judicio*, ce dernier, choisi par les parties, donne son avis sur le bien fondé de leurs prétentions et tranche la contestation par une sentence, *sententia*. Dans ce cadre, trois systèmes de procédure se sont succédés : primitivement, le système des actions de la loi, *legis actiones*, dans lesquelles les parties sont astreintes à observer un rituel d'actes symboliques minutieusement réglés. Ce système durera jusqu'au dernier siècle de la république (fin du VIème siècle de Rome).
Lui succédera le système formulaire : la procédure *in jure* est simplifiée, aux paroles solennelles et aux actes symboliques succède un débat dans lequel les parties exposent leurs prétentions devant le magistrat qui exerce un pouvoir souverain de contrôle et de direction et qui rédige la formule, *formula*. Celle-ci, écrite en termes soigneusement appropriés à chaque genre d'action, *concepta verba*, reprend les prétentions des parties et est adressée sous forme d'instruction au juge qu'elle institue.
La distinction du *jus* et du *judicium* disparaîtra dans un système nouveau, le système extraordinaire, encore en vigueur aujourd'hui dans les procès en matière civile. Les fonctions du magistrat et du juge deviennent confondues. Une constitution de Dioclétien consacra officiellement cet état de fait (2. *cod.,de ped.jud*. III, 3). D'autres accentuèrent ce mouvement, et sous Justinien tous les *judicia* sont devenus *extraordinaria*.

être désignés. On ne peut désigner un curateur malgré lui, sauf si c'est l'empereur qui le désigne. « *Tout ce que fait ou font, en demandant ou défendant, celui ou ceux qui ont été nommés, doit être confirmé* »[72]. Le curateur exerce, en demande ou en défense, les actions utiles[73]. Ulpien dit en effet d'eux : « *qu'ils ont et qu'on peut exercer contre eux les actions utiles, et que s'ils envoient quelqu'un pour agir ou défendre suivant le droit, on ne doit exiger de lui ni la caution de faire ratifier, ni celle du jugé, au nom de celui dont on vend les biens, mais au nom du curateur lui-même* »[74]. On considère que la gestion du *magister*, ou du curateur ultérieurement, produit les obligations du mandat entre lui et les créanciers qui l'ont fait établir[75].

Si, après la vente des biens du débiteur et le paiement des créanciers, surviennent d'autres créanciers, ceux-ci « n'ont pas d'action contre le curateur. Ils ne peuvent que vendre avec lui les biens du débiteur, de manière que ce qui sera fait à cet égard profitera à tous en proportion de leur droit »[76].

Le débiteur n'est cependant libéré vis à vis de ses créanciers que lorsque ceux-ci ont reçu tout ce qui leur était dû. Comme nous l'avons indiqué, s'il acquiert d'autres biens, ses créanciers ne peuvent demander une nouvelle action contre lui qu'autant que ces nouveaux biens soient jugés suffisants par le préteur pour qu'il en ordonne la vente[77].

---

[72] « *Quaeque per eum eosve, qui ita creatus creative essent, acta, facta, gestaque sunt, rata habebuntur* ». d.L. 2 § 1 Paul lib. 57 *ad ed.*

[73] Rappelons que le terme « *action* » en droit romain désigne la façon d'agir, la forme extérieure que revêt l'exercice du recours à justice. Parmi la classification des actions on oppose à l'action directe (*actio directa*) l'action utile (*actio utilis*). L'action directe est celle qui avait été créée originairement par le droit civil ou par le droit honoraire. Lorsque les conditions strictes de la mise en oeuvre de l'action n'étaient pas réunies et que l'on considérait qu'il y avait utilité à en étendre le champ d'application trop restreint, on accordait une action utile (*utilitatis causa*). (Sur ces questions voir éléments de droit Romain à l'usage des étudiants des facultés de Droit par May, 6e ed. n° 294).

[74] « *Eisque actiones, et in eos, utiles competunt. Et, si quem curatores mitterent ad agendum vel defendendum, uti jus esset ; nec ab eo satis, neque de rato, neque judicatum solvi, nomine ejus, cujus bona vaeneant, exigetur ; sed nomine ipsius curatoris qui eum misit.* » Ulpien lib.65 *ad ed.*

[75] Pandecte de Justinien mises dans un nouvel ordre par Pothier T.XVII p.405.

[76] « *...nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit, ita ut quae a curatore et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarentur*». (Julian lib.47 digest). Salvius Julianus, préteur, préfet d'Aquitaine puis de Rome, 2 fois consul sous Adrien, fut qualifié par Justinien « *hominem summae auctoritatis* » (l'homme de la plus grande autorité).

[77] Gordien L.3 cod.7.72 *de bon. auct. jud. possid.* - Egalement Ulpien (voir note 42).

Notons également qu'ultérieurement, on autorisera le débiteur à demander au prince des lettres de répit pour 5 ans. Par la novelle CXXXV, Justinien dispensera de la cession de ses biens le débiteur qui affirmera sous serment qu'il est insolvable.

9. Cependant, le débiteur ne doit rien faire pour se rendre insolvable. La loi Aelia-Sentia, rendue sous l'empire d'Auguste et sous le consulat d'Aelius-Cato et de C. Sentius. Saturninus en l'an de Rome 757 « *défend d'affranchir en fraude de son créancier ou de son patron* »[78]. Le préteur donne une action pendant une année utile[79], du jour de la vente des biens, aux créanciers envoyés en possession pour faire révoquer tout ce que le débiteur a fait en fraude de leurs droits. Cette action, introduite par un préteur nommé Paul, prend le nom d'action paulienne, *actio pauliana*[80]. Elle renferme tous les cas où « *le débiteur a aliéné, a donné quittance ou libéré un débiteur de quelque manière que ce soit*»[81]. Il en est de même « *s'il a rendu la condition de l'un de ses créanciers meilleure, en fraude des autres* »[82].

La notion de fraude est particulièrement large : elle est présumée chaque fois que le débiteur ne fait pas ce qu'il doit faire[83].

Le but recherché est d'éviter que le débiteur ne diminue son patrimoine.[84] S'il arrive, après l'envoi en possession, qu'un créancier soit payé par le débiteur, son réglement doit être

---

[78] « *Eadem lex in fraudem creditoris et patroni manumittere prohibet* » Ulpien fragm. tit.1 15.

[79] Les actions prétoriennes étaient annales lorsqu'elles provenaient d'un délit ou d'un quasi délit (Cf May – Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit – n° 291 et 295).

[80] *Jure civili*, les actes accomplis entre le cocontractant et le débiteur, qu'ils créent ou augmentent le patrimoine de ce dernier, étaient inattaquables lorsqu'ils avaient été réalisés avant la *missio in possessionem*. Par contre le caractère frauduleux était parfois patent. Pour ménager les intérêts des tiers, la jurisprudence prétorienne a utilisé successivement trois moyens : l'interdit fraudatoire *interdictum fraudatorium*, auquel semble avoir succédé l'action paulienne qui ne fait pas disparaître la *restitutio in integrum*. Pratiquement l'action paulienne n'est jamais dirigée contre le débiteur auteur de la fraude, puisqu'il n'a plus de bien pour répondre de la condamnation, mais contre les tiers contractant (sur ces questions voir May – Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit – n° 291 – Giffard et Villers – Droit romain et ancien droit français. Les obligations – n° 494 et s.).

[81] « *Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione, vel pacto aliquem liberavit* » Ulpien lib.66 *ad ed.*

[82] « *...vel quem alium in fraudem creditorum praeponat* » Ulpien lib.66 *ad ed.*

[83] « *In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, intelligendum est* » L.4. Paul L.68 *ad ed.*

[84] « *Non fraudantur creditores, quum quid non adquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur* » L. 134 ff.50.17 *de reg.jur*.Ulpien lib.21 *ad ed.* (« *il n'y a pas de fraude envers les créanciers lorsque le débiteur n'acquiert rien, mais seulement lorsque ses biens sont diminués* »).

réduit en proportion de ce qui reviendra aux autres créanciers ; « *parce qu'il n'a pas dû se faire payer de préférence aux autres, depuis cet envoi en possession qui avait rendu sa condition égale à celle de tous les autres créanciers* »[85]. Si, par contre, le réglement est intervenu avant l'envoi en possession, aucun concours n'intervient au préjudice du créancier qui n'a fait que « *veiller à son intérêt* »[86].

Il est admis que l'action paulienne, bien qu'enfermée dans le délai d'un an, peut être intentée au-delà de ce délai, « parce que le préteur a pensé que celui qui avait retiré du profit de la fraude était toujours en demeure de le restituer, et par conséquent qu'il fallait l'y condamner »[87]. Comme le dit Julien : « *tous les débiteurs, libérés en fraude des créanciers, restent tenus de leurs anciennes obligations en vertu de cette action* »[88].

10. Les règles que nous venons brièvement de rappeler sont issues du code dit de Justinien[89] ainsi que des Pandectes[90]. Il s'agit d'une compilation de textes appliqués à diverses époques de l'histoire romaine. Cette compilation fut complétée par les *novelles*, ou nouvelles constitutions, nées des cas imprévus et que Justinien publia pendant le reste de son règne. Malheureusement ce corps de droit parut se perdre dans l'oubli après la mort de Justinien en 565, et aucun exemplaire des lois de Justinien ne put être retrouvé.

---

[85] « *Neque enim debuit praeripere caeteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset* » L.6 § 7 Ulpien lib.66 *ad ed.*

[86] « *...sibi enim vigilavit..* » Ibid.

[87] « *Iniquum enim praetor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude. Idcirco lucrum ei extorquendum putavit* » d.l.10 § 24 Ulpien lib.66 *ad ed.* Rappelons qu'en droit romain, à chaque droit correspond une action qui est la forme extérieure que revêt l'exercice du recours en justice. En ce qui concerne la durée, l'action civile était perpétuelle, l'action honoraire était temporaire. La mise en demeure *mora* avait pour effet de rendre la dette perpétuelle. Théodose instaurera pour les actions perpétuelles une prescription de trente ans (cod. Théod., *de act. cert. tempor. fin*. IV, 14).

[88] «*Omnes debitores qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem* » L.17 Jul. lib. 49 digest.

[89] Justinien régna à partir de 527 après J.C.. Ayant constaté que la science du droit s'était perdue depuis très longtemps (Ammien Marcellin qui écrivait près d'un siècle et demi avant Justinien atteste de cette réalité) du fait de la multitude des constitutions et de la masse des ouvrages des jurisconsultes, et afin d'éviter d'abandonner les plaideurs à l'arbitraire des juges, il décida, dès 528, de regrouper les constitutions dans un code.

[90] Dès 530, Justinien chargea Tribonien, son questeur, de réaliser à partir des différents livres de droit un ouvrage pouvant être appliqué aux usages de son temps pour former les principes d'un droit universel. Afin de réaliser ce qui deviendra les Pandectes, Tribonien et les 15 collaborateurs qu'il s'attacha durent lire près de 2000 volumes contenant, suivant Justinien lui-même, plus de 3 000 000 d'articles et en extraire environ 150 000. Ce travail considérable fut réalisé en seulement 3 ans.

Si l'empire d'Orient subsista jusqu'en 1453 sous l'autorité des Basiliques[91], aucun texte général n'exista en Occident alors que tentait de se reconstruire l'unité qu'avait été l'empire romain. Ce n'est qu'en 1136 que l'on retrouvera un exemplaire des Pandectes[92].

11. En 476, Odoacre, roi des Hérules dépose Romulus Augustule. Cet événement est d'une importance considérable puisqu'il marque la disparition de l'empire romain d'Occident, c'est-à-dire, la fin du monde antique et la rupture politique entre Occident et Orient.

Le Haut Moyen-Age, qui s'étend jusqu'à 888 et couvre la période des monarchies franques, apparaît comme une société de rareté où le fonctionnement des institutions étatiques se délabre et dans laquelle vivent fort peu d'hommes échangeant peu de biens[93]. Certains poussés par le dénuement, causé notamment par les périodes de mauvaises récoltes, contractent des dettes qu'ils sont dans l'impossibilité de rembourser autrement que par leur force de travail et celle de leur famille. Des conventions entre débiteur et créancier voient ainsi le jour par lesquelles le débiteur cède sa liberté et devient l'esclave de son créancier. Des formulaires ont consacré de tels accords[94].

Donner son propre statut en gage est aussi en usage: un tel contrat avait pour effet de mettre l'emprunteur dans l'obligation de travailler pour le créancier jusqu'au remboursement

---

[91] En Orient, les pandectes de Justinien, fortement défigurés, furent traduits en grec. L'Empereur Basile et son fils Léon firent, l'un une nouvelle compilation (les Basiliques), l'autre 113 constitutions nouvelles réformant les Basiliques.

[92] Si quelques fragments, très peu nombreux, ont pu être retrouvés, un exemplaire des pandectes fut découvert en 1136 pendant le siège d'Amalphi. Cet exemplaire, conservé à Pise, puis tombé aux mains des Florentins en 1446 est appelé indifféremment pandectes pisanes ou florentines.

[93] On considère habituellement que la population au moyen-âge a subi une chute brutale du Vème au VIème siècle avec un déplacement de population vers l'ouest et le sud laissant vides les territoires quittés (par ex. la Germanie à l'est du Rhin). Cette chute se poursuit du VIème au VIIème siècle avec la fixation de nouvelles peuplades sur des territoires, qui entraîne l'exode de ceux qui y étaient restés et a pour autre effet une limitation volontaire des naissances. C'est à cette époque que le courbe démographique est à son palier le plus bas. Du VIIème au IXème siècle, on assiste à une croissance démographique et à partir du XIème siècle une mutation quantitative de la population se réalise.

[94] « *Tout le monde sait qu'une grande pauvreté et de très mauvaises récoltes m'oppressent et que je n'ai plus de quoi me nourrir, ni me vêtir. A ma demande, tu n'as pas refusé de me donner quelque argent et un vêtement... Comme je ne pourrai pas te rendre cet argent, je te cède ma liberté ; tu disposeras de moi comme de tes autres esclaves* » (VIIème siècle). *Formulae merovingici et Karolini aevi* par K. Zeumer, Monumenta Germaniae Historica. L. sectio II, Berlin, 1886.

de la dette : l'emprunteur était également assimilé à un esclave[95]. Ces pratiques prirent une telle ampleur qu'un concile[96] tenu après 614 rappelle que, lorsque des hommes libres se vendaient ou se donnaient en gage, ils recouvraient leur premier état après remboursement de leurs dettes.

On trouve également, dans les lois barbares, des concepts identiques[97]. Jusqu'au XIIè siècle l'Eglise admettra que la condition servile du conjoint entraîne l'annulation du mariage[98].

Il convient également de signaler une garantie réelle que le débiteur pouvait donner à son créancier : le mort-gage[99] qui persiste à l'époque carolingienne. Une formule des *Cartae Senonicae* (VIIIème s.) évoque le cas de celui qui emprunte et donne sa vigne en gage : il est tenu de céder au prêteur une part des fruits de celle-ci, et continue de l'entretenir jusqu'au remboursement de la dette[100].

12. Tout comme sous le Bas Empire romain, le Haut Moyen-Age connaît des marchés et des foires (qui sont des marchés annuels qui durent plusieurs jours). Ceux-ci se tiennent dans les villes, les bourgs, les villages, sur les quais des ports où sont déchargées les marchandises. Comme les marchés étaient liés à l'exercice des droits du fisc[101], leur création relevait du pouvoir royal. Il en était ainsi même lorsqu'il s'agissait de création sur le territoire des églises et abbayes immunistes, et alors même que les revenus des impôts qui y étaient perçus revenaient à ces établissements.

---

[95] L'édit de Pistes réduisit le temps de travail du débiteur à 7 ans. Il décida que les enfants d'une femme qui s'était ainsi engagée, contrainte par la faim, resteraient libres.
[96] *Leges. Sectio III Concilia, ed. Maassen et Werminghoff.* Canons des conciles merovingiens et carolingiens.
[97] Notamment *Lex Burgondionum*, ed. de Salis. 1892 ; *capitularia regum Francorum, ed. Boretius et Krause*.
[98] Pierre Darmon in le Tribunal de l'impuissance. Edition du Seuil 1979 page 25.
[99] Le mort-gage est une convention par laquelle le débiteur d'une obligation laisse à la disposition de son créancier, et jusqu'à extinction de celle-ci, un bien dont ce dernier touche les fruits, sans que ceux-ci viennent en déduction du montant de la dette.
[100] *Formulae Merovingici et Karolini Aevi* déjà cité. De telles pratiques avaient souvent pour effet de faire entrer les parcelles du débiteur dans le patrimoine du créancier. En 963-964 Warnefridus, qui avait emprunté à Warnerius, cédait en gage à celui-ci une vigne qui lui rapportait 8 sols par an ; au bout de 15 ans le débiteur pouvait lui rembourser sa dette ou abandonner la propriété de sa vigne. Bruel : Recueil des Chartes de l'abbaye de Cluny, II n° 1159.
[101] Les péages et tonlieux (*telonea*) frappaient la circulation des marchandises.

La surveillance des marchés relève de la compétence des agents du pouvoir : c'est sur les marchés que se fait le prix des choses[102] et un « *judex fori* » règle les litiges entre marchands[103]. On assiste, à la fin du IXème siècle et au Xème siècle, à un accroissement de la population. La protection du territoire étant mieux organisée et les envahisseurs tenus en respect, la construction à l'intérieur et à l'extérieur des agglomérations anciennes de quartiers de marchands voit le jour. On constate également un accroissement de la création des marchés essentiellement en Italie et en Allemagne[104]. Au cours du Xème siècle, le développement commercial est particulièrement important dans les cités de l'Italie du Nord. Il se poursuivra au cours des XIème et XIIème siècles avec l'expansion de villes commes Gênes, Pise ou Venise.

Dans la première moitié du XIIIème siècle, la rencontre entre marchands venus de l'Italie du Nord et marchands venus de Flandre, d'Angleterre et de la Baltique se réalise notamment dans les Foires de Champagne. Les marchands s'entourent des conseils de notaires, pour la rédaction d'actes, et d'hommes de loi (*jurisperitus*), pour les juridictions corporatives et la rédaction des statuts consignant et précisant les usages du commerce. Les statuts des communes fixent des règles juridiques propres au monde des marchands[105].

---

[102] La loi salique (*factus legis salicae*. Tit. L. éd Eckhardt 1962) prévoit que lorsque quelqu'un estime avoir été lésé à l'occasion du prix d'une chose, les juges devaient apprécier le « *juste prix* » de cette chose sur 3 marchés successifs.

[103] Cité par E. de Certain : Les miracles de St Benoit-sur-Loire, Paris 1858.

[104] Doehaerd : le haut moyen âge occidental. Economie et société.

[105] Les usages des marchands ont pour origine l'insuffisance du droit commun et la nécessité souvent d'y déroger pour en écarter les entraves au monde des affaires. Ces usages furent d'abord mis par écrit, puis plus tard réunis dans des registres. Il s'agissait de sentences de juges et délibérations de consuls dans un ordre chronologique. Des mises à jour étaient confiées à des « *statutarii* ». A côté de ces statuts de corporation, il existait des statuts municipaux qui confirmaient fréquemment la force obligatoire des statuts corporatifs. Se créèrent de la sorte, en même temps que des règles propres au commerce, des juridictions consulaires face aux juridictions ordinaires. Certains statuts avaient une si grande réputation qu'ils étaient repris par d'autres cités ; c'est ainsi que l'on trouve dans les cités lombardes des statuts comportant même les erreurs de copie et provenant vraisemblablement des statuts milanais. Cette pratique de copie de statuts n'était pas propre à l'Italie. On trouve également une influence du droit statutaire italien dans des traités passés entre des villes italiennes et languedociennes dès la fin du XIIème siècle ; de même les statuts de Marseille de 1253 sont influencés par le « *constitutum usus* », statut marchand de Pise du milieu du siècle précédent. Plus généralement, l'influence du droit statutaire italien se retouve en Espagne, en Allemagne, en Flandre et également en Angleterre. A ce titre on a pu dire que « *ce droit des marchands a atteint une universalité que le droit romain lui-même n'a pas connue* » - Hilaire : « Introduction historique au droit commercial ».

Progressivement un droit statutaire italien se crée, fortement inspiré du droit romain. Se crée également un droit de la faillite, né des besoins propres à la vie commerçante[106].

Ce droit nouveau est, contrairement au droit romain, attaché à l'état de marchand et de la compétence des juridictions consulaires[107].

La faillite est une procédure exceptionnelle en ce sens que, les règles propres au commerce étant dépendantes du coût élevé du crédit[108] et d'une certaine rareté des capitaux, les créanciers cherchent à obtenir un désintéressement rapide, même s'il n'est que partiel. La défaillance du marchand est pour cette raison de la compétence des juridictions consulaires. Elle est cependant fondée sur l'idée de fraude et de manquement à la foi du commerce. La formule utilisée par la doctrine « *decoctor ergo fraudator* »[109] est la mesure du scandale causé par le commerçant défaillant. Sa défaillance est identifiée à une fuite afin d'échapper aux obligations souscrites et réaliser un enrichissement illicite. Ceci explique les mesures immédiatement prises à son encontre qui consistent en son incarcération immédiate, à l'incapacité d'exercer désormais une activité commerciale et de faire partie d'une corporation.

---

[106] Ce droit de la défaillance des marchands a fait tôt l'objet de dispositions statutaires. Le plus ancien exemple se trouve dans les statuts vénitiens de 1244.

[107] Des officiers sont chargés de la garde des foires (*custodes nundinarum* cités pour la première fois en 1174), qui ont des pouvoirs de police et de justice. Cette juridiction, dont les sessions coïncident avec la tenue de la foire, a une compétence *ratione materiae* en ce qu'elle connaît des litiges concernant les obligations contractées en foire, et *ratione personnae* puisqu'elle ne s'applique qu'aux personnes couvertes par le « *conduit de foire* ». Le *conduit de foire* était un privilège plaçant les marchands se rendant à la foire, ainsi que leurs biens, sous la sauvegarde du seigneur (Hilaire – op.cit.)

[108] Le prêt à intérêt est prohibé par l'Eglise qui applique la règle du Lévitique (XXV, 36 : [si tu lui prêtes] « tu ne demanderas rien à ton frère »). Pendant tout le Haut Moyen-Age, cette règle est rappelée aux différentes assemblées conciliaires et reste lettre morte dans les faits (cf. Grégoire de Tours, *Liber de virtutibus sancti Juliani*, c. 19, I, p.572). Ultérieurement et pour tourner l'interdiction du prêt, les juristes qui utilisaient la formule « *mutuum nomine cambii* » suppriment la mention « *mutuum* », qui désignait en droit romain un prêt gratuit, et mettent à sa place une formule disant que l'argent a été remis « *ex causa cambii* » puis « *ex causa permutationis vel cambii* » : l'opération est présentée comme un échange, et non pas un prêt. Dans ce contrat, l'argent remis comporte une reconnaissance de dette *(confessio formiter facta*) qui lui donne sa cause, et une promesse de remboursement faisant apparaître une *distancia loci* (paiement en un lieu différent). Cette *distancia loci* masque l'intérêt demandé et devient juridiquement un jeu de change qui rend licite le contrat.

[109] « *dissipateur, donc fraudeur* ». Le mot vient de « *decoquere* » : réduire par la cuisson. On retrouve dans d'autres termes employés l'étymologie italienne : *failliti* - venant du latin *fallere* (tromper) se traduisant par « *manquer à sa parole* » - *banca rotta* (à Gênes, il y avait rupture du banc ou comptoir infligé au banquier insolvable).

A côté de la juridiction commerciale, chargée de la seule procédure collective, la juridiction de la commune connaît de l'aspect pénal[110].

13. Au regard de ce qui se passe en Italie, le droit français de la faillite est très en retard. Dans les seules foires[111], les usages introduisent une procédure collective pour « *dettes de foire* ». Comme en Italie, la défaillance du débiteur est identifiée à sa fuite ; les créanciers s'adressent au « garde des foires » pour faire incarcérer le débiteur et saisir ses biens. Pour échapper à la prison, le débiteur est obligé de consigner le montant de la dette. Les créanciers peuvent lui octroyer un « *sauf conduit à corps seulement* », le débiteur était alors libéré mais ne recouvrait pas la disposition de ses biens ; ou « *à corps et biens* » ; dans ce cas, le débiteur reprenait ses activités pour payer ses dettes. Dans le cas contraire, ses biens étaient placés sous séquestre de la justice de foire, liquidés et le montant de la vente réparti entre les créanciers « *au sol la livre* ».

En dehors des foires, le débiteur marchand ou non, relève de la compétence des juridictions ordinaires. La variété des coutumes et des usages fait du royaume de France une véritable mosaïque quant aux règles applicables pour contraindre un débiteur.

14. C'est ainsi que l'on trouve des villes d'arrêt dans lesquelles il est permis aux bourgeois[112] de faire arrêter, sans titre exécutoire, les effets ou la personne d'un débiteur qui n'y est pas domicilié. A Paris, ce privilège remonte à une charte de Louis le Gros et Louis le

[110] Hilaire – op.cit.
[111] Il s'agit notamment des usages suivis dans les foires de Champagne aux XIème et XIIème siècles. Ces usages seront en grande partie repris lors de la création d'autres foires par la royauté.
[112] Le terme de bourgeois est synonyme du terme latin « *municeps* ». Il s'agit d'une personne qui, remplissant les conditions et faisant sa résidence habituelle dans une ville quelconque acquiert, à ce titre, le droit de bourgeoisie. Ce droit de bourgeoisie procurait à son titulaire différents privilèges et exemptions variant selon les usages. C'est ainsi qu'à Paris, les bourgeois ne pouvaient être contraints de plaider ailleurs que dans la capitale (édit de Charles le Bel de 1344), même en cas d'appel en garantie (art.8 tit.8 de l'ordonnance de 1667). Dans les Pays-Bas, les bourgeois avaient le privilège de n'être jugés, en première instance, que par leurs pairs, c'est-à-dire par des échevins choisis par eux. Il en est de même en Flandre gallicane (principalement à Lille et à Douai). - Merlin : « Répertoire universel et raisonné de jurisprudence » - 4ème édition, à la rubrique « Bourgeois ».

Jeune de 1134[113]. On trouve cet usage dans d'autres villes du royaume[114], et dans toutes les villes d'arrêt de Flandre[115]. De même le débiteur peut être amené « pied à pied » : ainsi à Lyon, le débiteur étranger est conduit en l'hôtel du juge pour être contraint à payer sur le champs ce qu'il doit. A défaut de paiement ou de caution, il est constitué prisonnier[116]. Dans certaines villes, ce droit d'arrêter son débiteur est applicable vis à vis de toute personne[117]. Le débiteur peut cependant échapper à cette arrestation en fonction de son statut[118], ou de son domicile[119] ou même de la jurisprudence[120].

Il peut y échapper aussi d'une manière générale grâce aux *bancqs francs*. Il s'agit d'un temps de franchise et de liberté, établi en certains lieux par la coutume ou par des titres particuliers. A cette occasion, chacun peut aller et venir et commercer librement, sans crainte d'être arrêté par ses créanciers, ni contraint en sa personne ou en ses biens. La coutume de Namur, rédigée en 1564, est une de celles où ce privilège a été appliqué[121].

---

[113] Ce privilège a été conservé, à la demande des parisiens, lors de la reformation de la coutume de Paris en 1580 (art. 173 et 174 de la coutume). - Merlin Ibid. à la rubrique « Ville d'arrêt », et Ourliac : « Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil ».

[114] Ainsi à Amiens, les articles 29 et 30 de la coutume locale reprennent les dispositions d'une charte accordée à la ville par Philippe Auguste en 1209. Il en est de même à Calais (art. 352 de sa coutume), à Reims (art. 407 de sa coutume qui précise « *par ancien usage gardé de temps immémorial audit Reims, il est permis à tout créancier domicilié, en cette ville ou dehors, qui a une action personnelle à intenter contre un forain, de le faire arrêter, soit au corps, soit dans ses biens, pour le contraindre à subir juridiction devant le juge des lieux* »). On retrouve de semblabes coutumes à Rennes (art. 2 de son usement), à Saint-Malo (dont son usement renouvelle une charte de 1088), à Arras (dont l'origine est une charte de 1211), à Saint-Omer : « *arrêter au corps tous étrangers pour dettes, tant liquides qu'illiquides, connus que non connus.* ».

[115] Lors de la réformation de la coutume, en 1739, Severt, qui était Conseiller à la Grande Chambre du parlement de Paris, dira du droit d'arrêter qu'il « *était infiniment utile au commerce* ».

[116] Il s'agit d'un droit au profit de tout habitant de Lyon qui a une créance échue à l'encontre de tout débiteur forain trouvé dans cette ville (Merlin Ibid. à la rubrique « Amener pied à pied »).

[117] Ainsi à Amiens, non seulement les habitants peuvent pratiquer des arrêts sur forains, mais également les forains sur d'autres forains : ces arrêts peuvent être réels ou personnels (art. 29 et 30 de la coutume locale, déjà citée note 109).

[118] Ainsi à Montpellier (art. 27 de ses statuts), l'usage exclut de l'arrestation les forains étudiant en droit ou en médecine. A Lyon, sont exclus les ecclésiastiques : on ne peut les contraindre par corps mais seulement saisir leurs effets, pourvu qu'ils ne soient pas de commerce.

[119] Par exemple à Saint-Omer : il existe des traités d'alliance avec d'autres villes et bourgs de Belgique prévoyant l'interdiction d'arrêter leurs habitants respectifs. De même sont exclus de l'arrestation : les bourgeois de Lyon, les habitants du lyonnais, du Forez, du Beaujolais, les bourgeois de Paris et de Versailles...

[120] Ainsi un arrêt du 23 mars 1574, rapporté par L'Hoste, nous apprend que le privilège d'arrêter les effets des débiteurs forains n'emporte pas celui de les constituer en prison (cité par Merlin ibid. à la rubrique « Ville d'arrêt »).

[121] Les franchises de bancqs francs seront abolies par l'article 5 du titre 3 de la loi du 15 germinal an VI et par l'article 1041 du code de procédure civile.

Certaines coutumes interdisent également de saisir la personne ou les biens du débiteur à certains jours[122] ou à certaines heures[123].

En dehors de ces cas, le débiteur peut être contraint de régler ses dettes de plusieurs manières, lorsque le créancier a un titre.

15. La contrainte par corps, héritage du droit romain pour tout débiteur qui ne faisait pas cession de ses biens, permet au créancier de faire emprisonner celui qui lui doit quelque chose. En France, on pouvait contractuellement prévoir la contrainte par corps dans toutes sortes d'actes. Ultérieurement elle fut limitée aux seuls baux de terre pour assurer le fermage aux propriétaires. Les emprisonnements pour dettes civiles sont usités jusqu'à l'ordonnance de Philippe IV le Bel en 1304, qui interdit d'emprisonner les débiteurs qui ne se seraient pas soumis à la contrainte par corps. Lorsque Charles IX, par l'édit de 1563, établit la juridiction consulaire à Paris, il permet l'exécution par corps de toutes leurs sentences, provisoires ou définitives, qui n'excéderaient pas 500 livres. L'article 48 de l'ordonnance de Moulins de 1566 rétablit la contrainte par corps, pour toutes sortes de dettes, à l'encontre du débiteur condamné qui ne payait pas dans les 4 mois de la condamnation.

La contrainte par corps après les 4 mois a été abrogée par l'article 1er du titre 34 de l'ordonnance de 1667. L'article 2 veut que désormais le créancier fasse signifier le jugement à la personne ou au domicile de son débiteur, avec commandement de payer et déclaration qu'il y sera contraint par corps après les 4 mois. Passé ce délai, le créancier doit se présenter de nouveau devant le juge pour obtenir un second jugement, appelé « *jugement d'iterato* »

[122] Par exemple à Cambrai, un usage immémorial interdit de pratiquer un clain (saisie) sur les personnes le jeudi qui est jour de marché, mais on peut le pratiquer les dimanches et fêtes, ce qui n'est pas possible à Douai, Anvers, Audenarde, Ecloo, Bergues-Saint-Winock etc…

[123] Par exemple en Flandre, il n'y a pas de clain après la clôture des portes dans les villes fermées et après le coucher du soleil dans les villes ouvertes : arrêt du Parlement de Flandre du 22 septembre 1677. Notons que l'article 781 du code de procédure civile reprendra cet usage en interdisant la contrainte par corps « *avant le lever et après le coucher du soleil* ».

portant que le débiteur sera contraint par corps dans la quinzaine. Ce second jugement est également signifié.

Il convient de noter que l'ordonnance de 1667 maintient la contrainte par corps dans le cas du « *privilège de foires, ports, étapes et marchés et des villes d'arrêt* » : les marchandises vendues doivent être payées comptant, celui qui manque à la foi publique est sujet à la contrainte par corps.

La contrainte par corps n'est pas applicable aux filles et femmes mariées[124], sauf si elles sont marchandes publiques[125], aux personnes de plus de 70 ans[126] ainsi qu'aux ecclésiastiques[127] et aux mineurs[128].

La contrainte par corps sera abolie en matière civile et commerciale par la loi du 9 mars 1793 ; elle sera rétablie par celle du 24 ventôse an V, pour être définitivement abolie par la loi du 22 juillet 1867.

La libération du débiteur de sa prison, que l'on appelle élargissement, ne se fait que du consentement du créancier[129]. L'élargissement se fait également lorsque le débiteur a consigné

---

[124] parce qu'elles sont sous la puissance de leurs parents pour les premières, et sous celle de leur mari, pour les autres. Elles sont en conséquence incapables de contracter. Par contre si la femme est libre, séparée de biens d'avec son mari ou si elle s'est réservée, dans son contrat de mariage, la libre administration de ses biens, elle peut être contrainte par corps.

[125] Le privilège des filles et femmes mariées cesse dans ce cas car elles doivent subir la loi du commerce. Même la minorité ne les en met pas à l'abri. Pour que la femme soit réputée marchande publique, il faut qu' « *elle fasse marchandise séparée et autre que celle de son mari* » (art. 235 de la coutume de Paris). Notons que dans le ressort du parlement de Toulouse, on ne prononce pas la contrainte par corps contre les femmes marchandes publiques, sauf en cas de stellionat.

[126] La question s'est posée de savoir si ce privilège s'appliquait au commerçant âgé de plus de 70 ans. Un arrêt du parlement de Paris du 21 juillet 1739 a jugé qu'un octogénaire ne pouvait être contraint par corps pour dettes de commerce. D'autres arrêts de la même cour maintiennent cette position (notamment arrêts du 22 février 1759, du 15 mars 1766, etc...).

[127] Le privilège à leur égard est fondé sur un édit de juillet 1576 et sur l'article 57 de l'ordonnance de Blois. Il ne s'applique pas aux simples clercs. Il cesse même d'être applicable aux ecclésiastiques constitués dans les ordres sacrés qui s'en rendent indignes (par exemple en cachant leur état, en prenant la qualité de bourgeois ou de marchands, en changeant de nom etc...).

[128] par exemple le cas d'un avocat mineur, émancipé par mariage, ayant tiré des lettres de change : par arrêt du 17 juin 1780, le parlement de Metz « *déclare son emprisonnement nul, lui fait main-levée de sa personne* ».

[129] L'article 31 du titre 13 de l'ordonnance de 1670 prévoit que les prisonniers « *seront élargis sur le consentement des parties qui les auront faits arrêter ou recommander, passé pardevant notaires, qui sera signifié au geôlier ou au greffier des geôles, sans qu'il soit besoin d'aucun jugement* ». L'article 300, ainsi que l'article 801 du code de procédure civile reprendront les mêmes dispositions.

entre les mains du geôlier, ou du greffier de la geôle, les sommes pour lesquelles il est détenu[130]. En dehors de ces cas, l'élargissement a lieu lorsque le créancier n'a pas consigné la somme pour ses aliments[131], ou lorsque le débiteur est atteint d'une maladie qu'un séjour en prison rendrait fatale.

16. Le créancier peut également saisir les biens de son débiteur. Il s'agit, dans les coutumes de Picardie, d'Artois et de Flandre, de la « *mise de fait* » qui lui permet de prendre possession d'un bien, meuble ou immeuble. Il lui faut toutefois un titre.

Dans les coutumes de Flandre, du Hainaut et de Cambrésis, le créancier peut pratiquer un « *clain* »[132] à fin d'exécution. Ici encore, et même à l'intérieur d'une même province, les coutumes diffèrent. Cependant, tous les clains doivent, à peine de nullité, être précédés d'une sommation de payer[133]. Les clains peuvent porter sur des meubles[134] ou sur des immeubles.

Par le « *décret forcé* » les créanciers qui ont fait saisir les biens du débiteur les font vendre judiciairement au plus offrant et dernier enchérisseur[135]. Les formalités du décret sont

---

[130] Art. 32 du titre 13 de l'ordonnance de 1670. Cette consignation doit au surplus être signifiée au créancier, non pour l'élargissement qui a lieu sitôt la consignation, mais pour éviter au débiteur d'être reconstitué prisonnier par le créancier qui ignorerait cette consignation. Comme pour le prisonnier pour crime, le prisonnier pour dette ne peut être retenu un instant de plus pour frais de nourriture, de consignation, de gîte, de geôle etc...

[131] L'article 1er de la déclaration du 10 janvier 1680 fait défense à tout huissier et officier de justice d'emprisonner pour dettes sans consignation entre les mains du greffier de la prison, ou du geôlier, de la somme nécessaire à un mois de nourriture. Le créancier qui a fourni la nourriture au débiteur en est remboursé par préférence aux autres créanciers.

[132] Le terme vient du latin « *clamare* ». L'article 2 du titre 23 de la coutume du Cambrésis permet de « *clamer sur les biens d'un débiteur* ». Il y a deux types de clain : le clain personnel (sur la personne du débiteur - cf note 122) et le clain réel (sur les biens meubles ou immeubles du débiteur).

[133] Par contre l'intervalle entre la sommation et l'exploitation du clain varie selon la coutume du lieu.

[134] On ne peut en faire la vente qu'après avoir apposé des affiches au portail de l'église du lieu (art. 56 de l'arrêt de règlement du parlement de Flandre du 16 septembre 1672). Dans plusieurs coutumes de la Flandre flamande, le débiteur qui a été exécuté dans ses meubles peut les reprendre dans les 7 jours de la vente au prix qu'en a payé l'adjudicataire (Vandenhane - Table générale au mot « débiteur »). En Artois, cette faculté s'appelle : « *retrait de recousse* » (titre 3 de la coutume). Dans la coutume de Montreuil, ce retrait a lieu de plein droit : art. 51 du style de la prévôté : « *l'usage et style sont tels, que si aucune vente de biens meubles se fait, appartenans à aucun obligé ou condamné, iceux biens par justice ne se doivent vendre qu'à rachat de sept jours et sept nuits, durant lesquels l'obligé ou condamné doit ravoir ses biens, en payant le prix pour lequel ils ont été vendus, et les frais et dépens de la justice*». Dans la coutume de Verdun (titre 14, art. 5), on trouve un usage analogue, le délai étant de quinzaine.

[135] La vente par décret s'appelle dans quelques provinces « *subhastation* » et a beaucoup de rapport avec la procédure romaine (vente publique à côté d'une pique « *hasta* »). On trouve, dans les Etablissements de Saint-Louis, le droit pour le créancier ayant fait sommer son débiteur de vendre son bien pour acquitter la dette, de le vendre lui-même 40 jours après. Beaumanoir nous apprend que, dans le Beauvaisis, 40 jours après que le

particulièrement complexes[136], malgré des ordonnances royales prises dans le but de les unifier[137].

Dans certaines provinces, le décret d'immeuble est particulièrement rapide[138]. Dans d'autres provinces on retarde le moment de la vente[139] ou même on refuse qu'un débiteur soit dépouillé de la propriété de ses immeubles[140].

---

débiteur aît été sommé de vendre son bien, le seigneur haut-justicier le faisait vendre et en distribuait le prix aux créanciers.

[136] Si l'usage de faire vendre en justice les biens d'un débiteur dont on ne peut être payé est universel, les formalités, soit en faveur des créanciers, soit en faveur des débiteurs sont différentes selon les coutumes, dont certaines mêmes sont très incertaines, ce qui entraîne des usages différents dans les tribunaux. Fréquemment des créanciers, ayant engagé des frais importants pour être payés de ce qui leur était dû, se voyaient condamnés aux dépens pour des défauts de procédure qu'il leur était pratiquement impossible d'éviter.

[137] Notamment ordonnance de François Ier de 1539 et surtout celle d'Henri II de 1551. Cependant ces ordonnances n'abrogent pas les lois ni les usages différents. Au surplus, même en les enregistrant, les parlements peuvent les priver d'effet : c'est notamment le cas en Normandie où le parlement de Rouen, en enregistrant l'article 49 de l'ordonnance de Moulins, qui prescrit l'exécution de l'édit de 1551, ajoute, dans son arrêt du 31 août 1568, que l'usage jusqu'alors observé pour les décrets continuera d'être suivi. De plus, ces textes ne sont pas applicables en Artois et dans le ressort du parlement de Flandre. En effet, François Ier ayant cédé, par le traité de Madrid du 13 janvier 1526, ce territoire à l'empereur Charles Quint, la souveraineté du comté d'Artois reste sous la domination de la maison d'Autriche jusqu'au traité des Pyrénées du 7 novembre 1659.C'est ainsi qu'en Hainaut on ne décrète pas les immeubles saisis (voir note n° 135).

[138] Il en est ainsi en Béarn et en Navarre. Le créancier qui a un titre saisit les meubles ou les immeubles de son débiteur. 9 jours après la saisie commencent les enchères. Le saisissant dresse un « *edictum* » ou affiche contenant la quantité des biens saisis, leurs « *confrontations* » c'est-à-dire leurs tenants et aboutissants, et son offre. Cette affiche est publiée par le crieur public et constitue les criées, au nombre de 4 et qui doivent être terminées dans un délai de 9 jours. Ces criées faites, les « *jurats* » (c'est-à-dire les consuls ou échevins des paroisses), qui sont les juges des décrets, rendent un jugement appelé « *de reconnaissance des criées* » et par lequel ils déclarent qu'elles ont été faites dans les formes. Le poursuivant, que l'on appelle « *décretiste* » a alors 3 jours pour déposer la somme par lui offerte et qui est ordinairement très modeste. Pendant ces 3 jours, quiconque veut enchérir a le droit de se présenter. Intervient après ce délai un autre jugement de réception de dépôt et la vente est faite au dernier enchérisseur. Le décretiste est admis à faire le dépôt ou consignation en « *mandemens et fondemens* », c'est-à-dire au moyen de ses titres de créance, alors que les enchérisseurs doivent le faire en argent. Après cette vente, les créanciers sont appelés et après un délai de 9 jours les jurats rendent un nouveau jugement qui contient distribution du prix. En l'espace d'un mois, le décret se trouve parfait. Le décretiste doit ensuite se pourvoir devant le sénéchal ou au parlement, c'est-à-dire le juge supérieur des jurats, pour demander le « *revêtissement du décret* ». On ordonne alors que le débiteur décrété sera déjeté réellement du bien et le décretiste mis en possession. Le débiteur a la faculté de racheter les biens dans le délai d'un an de la déjection réelle s'ils sont nobles, de 8 mois s'ils sont ruraux. Dans la pratique, il est rare qu'il y aît surenchère et que l'offre du décretiste soit couverte, de même qu'il est rare que le débiteur rachète le bien (Merlin ibid. à la rubrique « décret d'immeuble »).

[139] Là également diverses coutumes règlent le décret. Ainsi en Flandre flamande, le décret d'un fief saisi par clain ne peut se faire qu'après en avoir joui pendant 3 ans. Ce délai est de 5 ans dans la coutume de Furnes. Il permet, au cas où les fruits couvrent le montant de la dette, d'éviter la vente du bien.

[140] Dans les chartes générales du Hainaut l'effet du clain se borne à une régie du bien saisi : on paye les créanciers sur les revenus annuels et le clain subsiste sur l'immeuble tant que les fruits n'ont pas désintéressé le créancier clamant. Ces délais peuvent parfois être très longs : c'est ainsi qu'est intervenu un arrêt du parlement de Paris du 30 juillet 1706 entre les créanciers du prince de Chimay : les terres d'Avesnes, de Chimay et de Beaumont ont été adjugées au duc d'Orléans, premier créancier en ordre. Cet arrêt n'a pas été exécuté dans le Hainaut français, le Conseil souverain de Mons, appliquant sa coutume, a refusé l'exécution : c'est ainsi que les terres de Chimay et de Beaumont sont restées en saisie jusqu'au début du XIXème siècle. Le créancier doit renouveler son clain tous les 6 ans. Ce renouvellement devient inutile lorsqu'il n'y a plus de contestation sur l'ordre des créanciers.

17. Que le débiteur soit mené en prison pour dettes, ou que ses biens soient exécutés, il n'en demeure pas moins qu'il a la possibilité de poursuivre son activité par l'intermédiaire de ses agents, de son épouse ou de ses enfants. De cette manière, il peut se procurer du temps pour rompre ses fers par un paiement effectif. En outre, il conserve son état et, au sortir de prison, reprend les fonctions qu'il exerçait avant d'y entrer. Au contraire, le débiteur déclaré failli souffre d'une interruption totale de toutes ses ressources : même s'il veut payer, il ne le peut plus. Il perd également son état : même après avoir payé ses dettes, il reste dans l'opprobre toute sa vie, sauf réhabilitation par le roi.

La faillite, de même d'ailleurs que la banqueroute, se définit comme l'état d'un commerçant, d'un banquier ou d'un comptable des deniers publics qui, par le désordre dans lequel se trouvent ses affaires, est forcé d'en rompre le cours[141]. Lorsque la faillite est accompagnée de mauvaise foi, on utilise le terme de banqueroute. Bien que les termes laissent à penser que la faillite ne concerne que les seuls commerçants, tous les débiteurs insolvables y sont soumis[142]. C'est la raison pour laquelle la faillite échappe à la compétence des juridictions consulaires[143].

---

[141] Merlin : Répertoire universel et raisonné de jurisprudence - 4ème éd. à la rubrique « Faillite et banqueroute ».

[142] En réalité, cette question est controversée, sans qu'aucune réponse définitive n'y soit apportée ; ainsi H. Lévy-Bruhl (La faillite dans notre ancien droit s'appliquait-elle aux non commerçants ? R.H.D. XVIII 1939 p.89-103) : « *Cette recherche nous a permis de donner raison plutôt à ceux qui estiment que la faillite s'appliquait aux non commerçants qu'à ceux qui le nient : tous les débiteurs insolvables étaient en principe soumis à la procédure collective, mais la plupart des règles techniques de la faillite ne s'appliquaient qu'aux commerçants moins pour des raisons légales que parce qu'en pratique elles ne pouvaient s'appliquer qu'à eux* ». Dupouy (Le droit des faillites en France avant le Code de commerce - Paris 1960 p.79-83), sans apporter d'arguments nouveaux, estime que le droit des faillites et banqueroutes s'appliquait à tous les débiteurs insolvables, sans distinction.

[143] Il apparaît cependant que certaines juridictions consulaires aient obtenu temporairement compétence en matière de faillite. Une déclaration du 10 juin 1715 attribue aux juridictions consulaires la connaissance des faillites ouvertes entre le 1er avril 1715 et le 1er janvier 1716. Cette mesure sera reconduite régulièrement par de nouvelles dispositions jusqu'au 1er septembre 1733.

En réalité, l'attribution des faillites aux juridictions consulaires se poursuivra au delà du 1er septembre 1733, mais par des décisions ponctuelles et qui ne concernent que certaines places : ainsi un arrêt du Conseil du 25 mars 1749 attribue la connaissance des faillites pour l'année en cours aux juges et consuls de Marseille (Bergasse et Rambert, Histoire du commerce de Marseille, IV, Paris, 1954, p.554) ; ses dispositions seront reprises en 1750 et 1751, puis en 1758, 1759, 1762 et encore en 1773. Il en sera de même à Nantes jusqu'en 1768, à Lille jusqu'au 1er janvier 1777 et à Valenciennes (sur ces questions particulières : Jacqueline-Lucienne Lafon - Les députés du commerce et l'ordonnance de mars 1673, éd. Cujas, p.124 et s.). Cette attraction des faillites par les juridictions consulaires s'explique par le fait que « *la faillite n'est autre chose qu'un fait de marchand à marchand pour marchandise* » (avis des députés du commerce du 18 février 1745 - cité par Jacqueline-Lucienne Lafon - ibid. p.130). Elle est à rapprocher du texte de l'ordonnance de 1673 (titre XII Art. 2 à 10) qui fixait la compétence

Selon l'article 1er du titre 2 de l'ordonnance de mars 1673, l'ouverture d'une faillite ou d'une banqueroute peut partir de deux époques :

- soit de l'instant où quelqu'un s'est retiré ou absenté pour éviter la poursuite de ses créanciers : c'est l'ancien concept qui identifie défaillance du débiteur et fuite du débiteur ;

- soit de l'instant où des scellés ont été posés sur les effets du débiteur pour la conservation des droits de ses créanciers, suite à une rumeur de sa déconfiture et de la cessation de ses paiements.

Dans ce cas, si le débiteur ne réclame pas, il est par ce fait réputé failli, même s'il soutient ne pas l'être[144].

Il existe d'autres cas d'ouverture d'une faillite : lorsque le débiteur dépose son bilan, lorsqu'il fait avec ses créanciers un contrat d'abandonnement ou qu'il fait cession de ses biens[145]. La déclaration de faillite apparaît quelquefois comme une technique permettant

---

ratione personae des juridictions consulaires. Il convient de rappeler brièvement que l'ordonnance dégageait deux groupes :
- les « *marchands, artisans et gens de métiers* » qui « *achètent...pour revendre* » et qui relèvent obligatoirement des juges et consuls,
- « *les gens d'église, gentilshommes et bourgeois, laboureurs, vignerons et autres* » qui font des « *ventes de blé, vin, bestiaux et autres denrées procédant de leur cru* ». Cette catégorie a le choix, en tant que demandeur, entre le juge ordinaire ou les juges et consuls. Dans la doctrine, Toubeau ainsi que Jousse émettent l'avis que le terme de « *marchand* » doit avoir un sens large. C'est ainsi que Jousse soutient que « *les bourgeois et autres qui ne sont ni marchands ni artisans, et même les officiers qui se mêlent d'acheter et revendre, sont réputés marchands quoiqu'ils n'aient ni boutique, ni magasin, ni registre et sont en cette partie sujets à la juridiction consulaire, quoiqu'il ne fassent le commerce qu'en passant* ». Sur ces questions, voir Jousse (Commentaire sur l'ordonnance du commerce de mars 1673 - 2ème édition, Paris, 1841), Merlin (Répertoire de jurisprudence « Consul des marchands ») et Jacqueline-Lucienne Lafon (ibid. p.77 et s.).
La jurisprudence va dans le même sens avec notamment un arrêt du Conseil du 1er mars 1725 qui annule et casse un arrêt du parlement de Flandre qui avait retiré aux juges et consuls de Lille la connaissance d'un contentieux concernant « *la vente de moutons par un laboureur à un autre laboureur* ». Cette décision de principe servira de référence jurisprudentielle pendant tout le XVIIIème siècle pour solutionner les conflits de compétence entre juridiction ordinaire et juridiction consulaire.
On assiste au cours du XVIIIème siècle, et surtout dans sa deuxième moitié, à un courant de pensée véhiculé par les chambres de commerce, les juridictions consulaires et certains parlements, comme ceux de Rennes et Bordeaux, qui plaide en faveur d'un transfert de compétence pour connaître des procédures de faillite au profit des tribunaux consulaires. Les rédacteurs du projet de code de commerce de la commission Miromesnil en 1778-1783 seront réceptifs, qui distingueront les banqueroutes simples et les faillites, de la compétence des juges et consuls, des banqueroutes frauduleuses, de celle des juges ordinaires (art. 5 titre X et art. 6 titre XI du texte soumis au Garde des sceaux). La Révolution et le Code de Commerce concrétiseront ces idées.

[144] Arrêts du parlement de Flandre des 9 janvier 1781 et 29 novembre 1784 cité par Merlin (ibid.).

[145] Il n'y a jamais de faillite sans un abandon du débiteur, soit de fait (retrait ou apposition des scellés), soit par déclaration. Par contre, l'ancien droit faisait la différence entre les notions de faillite et d'insolvabilité (notamment Savary). Même solvable, le débiteur peut être déclaré failli : il a alors une action, après le paiement de toutes ses dettes, pour se faire restituer, par le curateur à sa faillite, l'excédent de son actif.

d'éviter que les biens du failli ne soient hypothéqués au profit de certains créanciers[146]. Dans tous les cas, les biens du débiteur failli cessent d'être à sa disposition pour devenir le gage commun de tous ses créanciers.

S'est posée en doctrine la question de savoir s'il y avait faillite en dehors des cas limitativement énumérés par l'ordonnance, et notamment lorsque le débiteur était en retard de payer, cessait ses paiements, laissait protester ses lettres de change ou laissait intervenir contre lui des condamnations.

Le dictionnaire de Trévoux, au mot « *banqueroute* » précise : « *L'on tient qu'un homme a fait faillite, dès qu'il a manqué à acquitter ses lettres de change, ou qu'il y a quelque désordre dans son négoce* », et au mot « *faillite* » indique : « *Faillir, en terme de marchands, signifie manquer à payer les lettres de change, laisser venir à protêt* ». Ferrière, dans son Dictionnaire de Droit et de Pratique, émet le même avis. Jousse dit que « *la faillite ou banqueroute est aussi réputée ouverte du jour que le débiteur est devenu insolvable et a cessé entièrement de payer ses créanciers...et qu'il a eu contre lui plusieurs condamnations en différentes juridictions* ». La jurisprudence est plus nuancée et il n'existe, semble-t-il, que deux parlements devant lesquels la question se soit posée :

* Pour le parlement de Provence[147], on peut déclarer failli, malgré lui, tout débiteur qui est bien ou mal suspecté. Ce parlement admet que le créancier peut considérer son débiteur failli et faire procéder à l'apposition des scellés, dès le moment où il est averti qu'il n'a pas

[146] Sous l'ancien droit, un certain nombre de contrats emportaient des hypothèques tacites ou non. Il en était de même des décisions de justice depuis l'ordonnance de Moulins. En outre, certains parlements (Rouen, Rennes et Toulouse) admettaient, comme le droit romain, l'hypothèque des meubles. Pour éviter ces inconvénients, les déclarations royales de 1702 et de 1718 ont annulé les hypothèques acquises dans les 10 jours précédant l'ouverture d'une faillite. Le préambule de la déclaration du 27 mars 1718 est éloquent : « *...rien ne peut contribuer plus efficacement à rendre le commerce florissant, que la fidélité et la bonne foi ; et que quoiqu'il ait été fait plusieurs règlements sur ce sujet...il ne laisse pas de se commettre souvent de très grands abus dans les faillites des marchands, par des cessions, transports, obligations, et autres actes frauduleux, soit d'intelligence avec quelques uns de leurs créanciers, ou pour supposer de nouvelles dettes, et par des sentences qu'ils laissent rendre contre eux à la veille de leur faillite à l'effet de donner hypothèque et préférence aux uns au préjudice des autres ; ... ; que ces difficultés cesseraient, et qu'il y aurait moins de lieu à fraude, s'il y avait une règle uniforme pour tout le royaume, et un temps prescrit dans lequel les cessions, transports, et tous autres actes qui se feraient par les marchands débiteurs, seraient déclarés nuls, même les sentences qui seraient rendues contre eux...* ».

[147] arrêt du 30 juin 1701 (aff. Deplanis et Albert).

payé à l'échéance ses lettres de change ou ses billets. L'insolvabilité emporte la faillite et l'apposition des scellés est la marque publique qu'il y a rupture de commerce, clôture de magasin et interruption de registre.

* Le parlement de Flandre admet que la rumeur des difficultés de leur débiteur permet aux créanciers, à leurs risques et périls, de déclarer leur débiteur failli et de demander l'apposition des scellés, sauf au débiteur à soulever que les créanciers ne rapportent pas la preuve de son insolvabilité, ni de la réalité de ce qu'il veut les frauder. En pratique, le créancier doit rapporter la preuve de l'insolvabilité et de la mauvaise foi du débiteur[148].

On constate dans la procédure de faillite un certain laxisme quant aux arrangements pouvant intervenir entre le débiteur et ses créanciers et, au contraire, une grande rigueur quand il s'agit de frapper la personne du failli ou du banqueroutier.

18. Parmi les accords que le débiteur peut passer avec ses créanciers, figure le contrat d'atermoiement[149]. On trouve également la procédure de la cession des biens[150], appelée aussi contrat d'abandonnement lorsqu'elle est faite par acte extra judiciaire. Les contrats de cession ou d'abandonnement permettent aux créanciers de poursuivre les biens que

[148] arrêt du 1er mars 1784 (aff. Delecourt).

[149] Il s'agit d'un contrat par lequel le débiteur obtient de ses créanciers un délai pour se libérer et quelquefois la remise absolue d'une partie des sommes dues. Pour sa validité, ce contrat doit être passé devant notaire ou devant les juges-consuls. Tous les créanciers doivent être appelés (art. 5 titre 2 de l'ordonnance de 1673) : vis-à-vis des créanciers non appelés, le contrat est nul. Ce contrat ne décharge pas la caution qui reste tenue pour le tout. En cas de production par le débiteur d'un état frauduleux de ses dettes, le contrat d'atermoiement devient sans effet et le débiteur peut être poursuivi pour banqueroute.

[150] Le débiteur peut procéder de deux manières : il présente requête aux fins d'assigner ses créanciers ou il obtient de la chancellerie des « *lettres de bénéfice de cession* » qu'il fait signifier à ses créanciers pour en voir ordonner l'entérinement. Après cette assignation, le débiteur ne peut plus tenir prison. Le débiteur doit affirmer la vérité des bilans et des titres de créances tant actifs que passifs, qu'il a déposé au greffe, et qu'il n'a détourné aucun de ses effets. A Paris, cette cession doit être réitérée au pilori des halles, les créanciers présents ou dûment appelés. En Bretagne, cette cession est publiée dans la paroisse du débiteur. Si le débiteur est marchand, négociant ou banquier, l'article 1er du titre 2 de l'ordonnance de mars 1673 lui impose une obligation supplémentaire : il doit comparaître en personne à l'audience de la juridiction consulaire s'il en existe une, sinon à l'audience de l'hôtel de ville pour y déclarer ses noms, surnoms, qualités et demeures et qu'il a été reçu à faire cession. Celui qui fait cession de ses biens doit porter un bonnet vert (cet usage qui s'est poursuivi dans quelques provinces méridionales sera abrogé par l'article 1041 du code de procédure civile).

leur débiteur peut acquérir par la suite. Au contraire, le contrat d'atermoiement ou de remise est irrévocable.

La cession des biens confère aux créanciers le droit d'en percevoir les revenus et de les faire vendre pour s'en distribuer le prix. Sont exclus de la cession des biens ceux dont les dettes ont pour cause des achats et des ventes réalisés dans des foires et marchés[151] ou ceux qui exercent certaines professions[152].

Un curateur est nommé[153]. Il s'agit de l'application de la règle romaine « *de curatore bonis dando* » en usage dans tout le ressort du parlement de Flandre lorsque les ordonnances et les coutumes sont muettes[154]. Contrairement à la pratique romaine, un créancier peut être nommé curateur[155]. Ce curateur plaide au nom du failli, en demande ou en défense[156], vend ses meubles et effets mobiliers, reçoit ses revenus, répartis entre ses différents créanciers selon l'ordre arrêté par le juge. Comme nous l'avons indiqué, le débiteur ayant fait cession de ses biens n'est pas irrémédiablement libéré pour autant: il peut être poursuivi sur les dettes

---

[151] Arrêts des parlements de Rouen du 18 janvier 1545, de Dijon du 3 décembre 1598, de Paris du 12 janvier 1633 cités par Merlin - ibid. à la rubrique « cession de biens ».

[152] On considère que la cession de biens est un avantage réservé au débiteur rendu insolvable par suite de pertes ou de malheur. Celui qui se fait payer comptant ne peut pas attribuer son infortune à un événement extérieur et on lui refuse en conséquence le bénéfice de cession. Il en est ainsi par exemple de celui qui reçoit en dépôt une somme d'argent et ne peut en rendre compte (arrêt du parlement de Rennes du 26 septembre 1604 et arrêt du parlement de Toulouse du 26 mars 1648) ; des courtiers (arrêt du parlement de Rouen du 28 mars 1630) ; du marchand de détail qui fait payer ses marchandises comptant (article 20 de la coutume de Rouen qui contredit l'article 1er du titre 10 de l'ordonnance de 1673 « *outre les formalités ordinairement observées pour recevoir au bénéfice de cession les négociants et marchands en gros et en détail,…* ». Il en est de même pour certaines professions, par exemple les bouchers : outre qu'en « *vendant la chair par le menu et argent comptant, ils ne courent pas de hasard en leur métier…* » (Soefve, tome I, cent. 3, chap. 49), on explique également que les bouchers sont réputés personnes publiques, leurs étaux appartenant au roi ou au public, et que ceux avec lesquels on contracte sous le sceau de la loi sont exclus du bénéfice de cession. Une autre raison, plus économique, est qu'il y aurait risque de chereté et de disette si on usait d'indulgence avec eux. Pour les mêmes raisons, on exclut de la cession ceux qui vendent du vin, du poisson (article 429 de la coutume d'Orléans), de même que les étrangers non naturalisés (pour deux raisons : parce que leurs biens sont à l'étranger et parce qu'il n'existe pas de réciprocité).

[153] Art. 65 de la coutume de la Marche: « *le juge, après la cession faite, doit bailler curateur aux biens à la requête des créanciers* ».

[154] Des curateurs sont également créés dans le ressort d'autres parlements.

[155] Arrêt du parlement de Flandre de juillet 1679.

[156] Pour la raison que le failli est devenu incapable puisque tout son avoir est dévolu à ses créanciers. Cela entraîne que le curateur ne rend pas compte de sa gestion au failli, mais à un curateur ad hoc à qui on permet seulement au failli de donner des mémoires instructifs.

qu'il n'a que partiellement acquittées[157]. Au surplus, la cession des biens fait peser sur le débiteur une note d'infamie[158] qui ne peut être levée que par des lettres de réhabilitation.

Comme à Rome, le débiteur peut obtenir des lettres de répit.

Il s'agit de Lettres Royaux[159] par lesquelles il obtenait une surséance des poursuites de ses créanciers et un délai d'un certain temps pour payer ce qu'il devait[160]. Anciennement accordée par les juges, les rois se sont ultérieurement réservé le privilège de les octroyer. L'article 1er du titre 6 de l'ordonnance d'août 1669 permet aux juges de donner 3 mois de surséance. On considère que les lettres de répit sont un secours que le roi, par un principe d'équité, accorde au débiteur qui, par suite d'accidents fortuits et imprévus, et sans fraude ni mauvaise conduite, a besoin de délai pour s'acquitter de ses dettes par la vente de ses biens. A la suite d'abus de la part des débiteurs de mauvaise foi, il fut interdit aux juges d'accorder ces lettres réservées au roi[161]. L'usage des lettres de répit disparaîtra complètement en France à partir de 1791.

19. Lorsque le débiteur en faillite ne se présente pas, ses créanciers passent entre eux un contrat appelé « *d'union et de direction* ». Ils nomment directeurs certains des principaux créanciers pour assister à la levée des scellés, pour faire procéder à la vente des

[157] L'article 1270 du code Napoléon reprendra ce principe.

[158] C'est ainsi qu'il ne peut posséder de charges publiques (échevin, administrateur des hôpitaux, juge consulaire...) et que les usages locaux lui interdisent l'entrée de la bourse, l'excluent des assemblées de marchands et des ordres professionnels.

[159] Les Lettres Royaux sont des Lettres émanées du roi et scellées du grand ou du petit sceau. L'adresse de ces Lettres se fait aux juges royaux. Quand il est nécessaire d'avoir des Lettres Royaux dans un procès devant un juge non royal, ces Lettres sont adressées au premier huissier ou sergent royal auquel il est demandé de faire commandement au juge de faire telle chose. La clause « *sauf le droit du roi et celui d'autrui* » est toujours sous entendue car ces sortes de Lettres ne sont jamais censées être accordées au préjudice des droits du roi ni de ceux des tiers.

[160] Sous l'ancien droit, la notion de délais pour payer une dette était courante. Ainsi la pratique commerciale a-t-elle, en inventant la lettre de change, ménagé des délais de paiement fixés par la coutume et appelés « *usance* », qui variaient suivant les places (par exemple entre Bruges et Barcelone, le délai de paiement était de 30 jours). Dans les villes françaises, on utilisait un carnet de créance et les paiements s'effectuaient en fin de foire. Quelquefois l'achat se faisait à une foire et le paiement se réalisait à la prochaine foire ou à l'une des suivantes, la seconde, la troisième et même la quatrième. L'ordonnance de 1673 suivra les usages et accordera un délai de faveur de 10 jours, à compter de la date d'échéance de la lettre de change, pour en effectuer le paiement. Tous ces délais de grâce et usages locaux seront supprimés par le code de commerce.

[161] Notamment par les ordonnances d'août 1669 et mars 1673 et par la déclaration du 23 décembre 1699.

meubles et des immeubles, pour recouvrer les créances de leur débiteur et pour veiller à l'intérêt commun. Ces directeurs ne peuvent rien entreprendre d'extraordinaire sans y avoir été autorisés par une délibération des créanciers. Les créanciers peuvent nommer un séquestre qui est dépositaire des sommes provenant des réalisations d'actifs. Habituellement, c'est un notaire qui est chargé de cette mission.

Pour éviter les collusions entre débiteurs et certains créanciers, une déclaration du 14 juin 1716 dispose « *que tous marchands, négociants, banquiers, ou autres, qui auront fait ou feront faillite, soient tenus de déposer un état exact, détaillé et certifié véritable de tous leurs effets mobiliers et immobiliers, et de leurs dettes, comme aussi leurs livres et registres, au greffe de la juridiction consulaire dudit lieu, ou la plus prochaine, et que, faute de ce, ils ne puissent être reçus à passer avec leurs créanciers aucun contrat d'atermoiement, concordat, transaction ou autre acte ni obtenir aucune sentence ou arrêt d'homologation d'iceux, ni se prévaloir d'aucun sauf-conduit accordé par leurs créanciers ; et qu'à l'avenir, lesdits contrats et autres actes, sentences et arrêts d'homologation et sauf-conduits soient nuls et de nul effet ; et que lesdits débiteurs puissent être poursuivis extraordinairement, comme banqueroutiers frauduleux, par les procureurs généraux ou leurs substituts, ou par un seul créancier, sans le consentement des autres, quand même il aurait signé lesdits contrats, actes ou sauf-conduits, ou qu'ils auraient été homologués avec lui* ».

Une autre déclaration du 13 septembre 1739 reprend également cette obligation et confie aux juges-consuls l'examen des bilans, titres et pièces, ainsi que l'audition du débiteur et de ses créanciers, afin d'éviter toute fraude[162].

[162] Il semble que le pouvoir royal ait eu conscience des fraudes et de leurs permanences, malgré les tentatives pour y mettre un terme. C'est ainsi que l'on lit dans cette déclaration du 13 septembre 1739 : « *Louis...les abus et les fraudes qui se sont introduits depuis quelques années dans les bilans des négociants, banquiers et autres qui ont fait faillite au préjudice des sages dispositions de l'ordonnance de 1673 et de nos différentes déclarations rendues à ce sujet, ayant causé dans le commerce un dérangement notable, Nous avons cru devoir chercher l'origine de ce désordre pour en arrêter les progrès, soit de la part du créancier, soit de celle du débiteur, l'un étant souvent simulé, et l'autre par des manoeuvres aussi odieuses que criminelles, forçant les vrais créanciers à signer et accepter des propositions injustes..* ».

L'article 10 du titre 2 de l'ordonnance de 1673 déclarait banqueroutier frauduleux le débiteur qui divertissait ses effets, supposait de faux créanciers ou exagérait les créances véritables. L'article 11 précisait que pouvait être déclaré banqueroutier frauduleux celui qui ne présentait pas ses livres en bonne forme. Enfin, l'article 12 punissait de mort le banqueroutier frauduleux. Il convient de préciser que les poursuites extraordinaires pour banqueroute frauduleuse pouvaient être mises en oeuvre par les créanciers eux-mêmes, pourvu que leurs créances représentassent le quart du total des dettes[163]. Les prétendus créanciers étaient également passibles de sanctions[164].

On trouve une rigueur encore plus grande dans le placard de Charles Quint du 4 octobre 1540 applicable dans les Pays-Bas français et autrichiens[165]. Le banqueroutier ou le débiteur failli est condamné à mort[166]. Le juge négligent, ou celui qui refuse d'appliquer la loi, est tenu de la totalité des dettes[167]. La même peine s'applique à toutes les personnes qui aident le débiteur en dissimulant ses biens ou ses marchandises pour empêcher leur appréhension[168], ainsi qu'aux créanciers qui font de fausses déclarations quant aux sommes qui leur sont dues.

---

[163] Déclaration du 11 janvier 1716 : « *...Voulons qu'ils (« tous ceux qui ont fait faillite ou le feront ») puissent être poursuivis extraordinairement comme banqueroutiers frauduleux, pardevant nos juges ordinaires ou autres juges qui en doivent connaître, à la requête de leurs créanciers qui auront affirmé leurs créances en la forme qui sera ci-après expliquée, pourvu que leurs créances composent le quart du total des dettes, et que lesdits banqueroutiers soient punis de mort, suivant la disposition de l'article 12 du titre 2 de l'ordonnance de 1673* ».

[164] Déclaration du 11 janvier 1716 : « *...Voulons aussi que ceux desdits prétendus créanciers qui contreviendront aux défenses portées par ces présentes, soient condamnés aux galères à perpétuité ou à temps, suivant l'exigence des cas, outre les peines pécuniaires contenues en ladite ordonnance de 1673, et que les femmes soient, outre lesdites peines exprimées par ladite ordonnance, condamnées au bannissement perpétuel ou à temps* ». La peine pécuniaire de l'ordonnance de 1673 était (article 13 du titre 2) une amende de 1500 livres et le double de ce qui avait été diverti ou déclaré par le créancier.

[165] Les dispositions de ce placard seront renouvelées, ainsi que toutes les lois concernant la banqueroute par un arrêt de règlement du parlement de Flandre du 9 février 1700.

[166] « *...Nous...ordonnons et statuons que tous marchands et marchandes, et débiteurs, de quelle condition ou qualité qu'ils soient, qui s'absenteront du lieu de leur résidence sans payer ou contenter leurs créditeurs, et clandestinement transporteront ou cèleront leurs biens pour iceux défrauder, seront tenus et réputés pour larrons publics, comme agueteurs de chemins et ennemis du bien public, tels les avons déclarés et déclarons, ordonnant à tous nos officiers et justiciers de les appréhender quelque part qu'ils se trouvent, sans qu'ils puissent jouir de quelque privilège, franchise ou liberté, telle qu'elle soit. Et après les avoir appréhendés, qu'ils procèdent contre eux sommièrement, sans figure de procès; et que les juges pardevant lesquels ils seront accusés ou calengés, s'il leur appert de ladite fuite ou fraudulent transports ou relèvement de leurs biens, les condamnent au dernier supplice par la corde, sans port, faveur ou dissimulation...* ».

[167] ... « *...à peine que si nosdits officiers, ou juges, ou ceux de nos vassaux fussent trouvés négligens ou refusans, qu'ils seront tenus obligés et poursuivables sur l'entière dette desdits banqueroutiers ou fugitifs...* ».

[168] Parmi les exemples fournis par la jurisprudence, on trouve :
- le frère du failli (aff. Durut : arrêt non daté, mais antérieur à 1734),

Il semble cependant que la jurisprudence des arrêts n'applique pas toujours la peine de mort vis-à-vis des banqueroutiers frauduleux[169]. Parfois la personne convaincue de banqueroute frauduleuse subit la flétrissure ou marque. La peine consiste à marquer au fer chaud l'épaule d'un criminel qui mérite une peine afflictive, mais pas la mort[170]. Le criminel est souvent en même temps soumis au fouet et au bannissement[171]. Le fouet se donne sur les épaules du criminel à nu, dans les places publiques et carrefours, suivant ce qui est ordonné, par l'exécuteur de haute justice[172]. Le bannissement, qui est une peine infamante consistant à ordonner à quelqu'un de sortir d'une ville, d'une province ou du royaume, peut prendre deux formes :

- le bannissement à temps qui n'emporte ni mort civile, ni confiscation : celui qui y est condamné peut vendre ses biens et en acquérir d'autres ;

- le bannissement à perpétuité entraîne la confiscation des biens du condamné. Si ce bannissement est hors du royaume, il est regardé par tous les parlements comme une mort civile et cette peine est perpétuelle[173].

Le bannissement perpétuel hors du ressort d'un parlement, d'un baillage royal, d'une généralité ou d'une justice particulière n'emporte pas mort civile. Le criminel condamné au bannissement et qui pour ses dettes se trouve en prison, doit être libéré pour exécuter son ban.

- la femme du failli (arrêt du parlement de Rouen du 1er juillet 1749),
- le conseil du banqueroutier (arrêt du parlement de Paris du 30 mai 1673 à l'encontre de Jean Desves, procureur au Châtelet de Paris). Arrêts cités par Merlin (Faillite et Banqueroute - sect. I § IV)

[169] Pour un exemple de peine de mort : Boyer, banquier rue Montmartre à Paris, était dépositaire de l'argent des marchands de boeufs au marché de Sceaux. Il dissipa la caisse et l'employa en plaisirs, jeux, luxe et débauches. Colbert sollicitera lui-même un jugement à son encontre. Un arrêt intervint le 30 janvier 1682 qui condamne Boyer à être pendu ; ce jugement fut exécuté le lendemain aux flambeaux. Un autre exemple de peine de mort a été la décision rendue par sentence du Châtelet du 24 février 1764 jugeant par contumace André-Guillaume Deshayes, notaire et échevin de la ville de Paris.

[170]Ainsi un arrêt du 23 décembre 1782 de la Cour des aides de Paris condamne Jean-Nicolas Baremme de Gremille, receveur général des fermes à Moulins-en-Bourbonnais, à la marque, ainsi d'ailleurs qu'au fouet et aux galères pour 9 ans. La flétrissure, abolie par le Code pénal du 25 septembre 1791, sera rétablie par les lois des 23 floréal an X et 12 mai 1806.

[171] Ce qui a été le cas dans l'arrêt du 23 décembre 1782 cité ci-dessus.

[172] La peine du fouet a été définitivement abolie par le Code pénal du 25 septembre 1791.

[173] La fiction doit imiter la nature : personne ne meurt pour un temps.

Une fois celui-ci fini, ses créanciers peuvent le faire emprisonner de nouveau[174]. Le principe est que l'intérêt public doit passer avant l'intérêt particulier, en l'occurence, celui des créanciers[175].

20. Une autre peine fréquemment rencontrée est l'amende honorable. Elle se définit comme une peine infamante à laquelle est condamné ordinairement le coupable ayant causé un scandale public, ce qui est le cas d'une banqueroute frauduleuse. Elle consiste dans un aveu public que le coupable fait du crime pour lequel il est condamné.

Il y a deux sortes d'amendes honorables :

- l'amende honorable simple ou sèche : elle se fait à l'audience, nu tête et à genoux seulement, sans marque d'ignominie ;

- l'amende honorable *in figuris* : elle se fait par le coupable, à genoux, nu en chemise, ayant la corde au cou, une torche à la main et conduit par l'exécuteur de la haute justice[176].

Parmi les autres peines corporelles entraînées par la banqueroute, figure le carcan. Il s'agit d'un cercle de fer que l'exécuteur de la haute justice attache au cou du banqueroutier. Souvent sont également attachés au dos et sur la poitrine du condamné deux écriteaux pour indiquer son crime[177].

---

[174] Pour une application, voir arrêt du Parlement de Bordeaux du 15 septembre 1671 à l'encontre de Eyval, marchand à Bordeaux et condamné pour crime de banqueroute au bannissement. Le parlement de Paris a une autre jurisprudence : un arrêt du 14 août 1711 condamne Audigier dit Brillon comme banqueroutier frauduleux à un bannissement de 5 années ; l'arrêt ajoute que le coupable demeurera en prison jusqu'à ce qu'il aît satisfait ses créanciers.

[175] L'article 35 du titre I du Code pénal du 25 septembre 1791 abolira le bannissement à temps. Il sera rétabli dans le Code pénal de 1810 qui appelle « *bannissement* » le bannissement à temps et « *déportation* » le bannissement perpétuel hors du territoire français.

[176] Ainsi un jugement souverain rendu le 2 mai 1609 a déclaré Guillaume Pingré, bourgeois de Paris convaincu de banqueroute frauduleuse et l'a condamné « *à faire amende honorable à genoux, tête et pieds nus, en chemise, la corde au cou, et un écriteau où sera mis banqueroutier frauduleux, tenant en main une torche ardente du poids de deux livres, dire et déclarer devant les grands degrés du palais, que de guet-apens et par malice il a fait ladite banqueroute et diverti ses effets, dont il crie merci à Dieu, au roi et à justice, puis de là être conduit dans cet état par l'exécuteur de la haute justice, le long de la rue Saint-Denis, dans la place des halles, auquel lieu il fera pareille amende honorable, et trois tours dans le pilori ; ce fait, être mené aux galères pour y servir le roi à perpétuité comme forçat ; ont déclaré tous ses biens acquis et confisqués au roi, ses créanciers préalablement payés...* » (cité par Merlin - Répertoire de jurisprudence à la rubrique « Faillite et banqueroute »). L'amende honorable sera abolie par l'article 35 du titre I du Code pénal du 25 septembre 1791.

[177] Le Code pénal de 1810 conservera la peine du carcan qui accompagne toujours celle des travaux forcés à perpétuité, des travaux forcés à temps et de la réclusion.

Il convient également de mentionner la peine des galères. Elle consiste à faire travailler les condamnés comme forçats. Lorsque la peine des galères n'est prononcée que pour un temps limité[178], elle n'emporte ni mort civile ni confiscation ; elle est alors réputée moins rigoureuse que le bannissement perpétuel.

21. La complexité du droit de l'Ancien Régime[179], due à une multitude de coutumes, militait pour une codification dont les travaux étaient déjà en cours à la veille de la Révolution. D'autre part, et dans le domaine plus particulier de la faillite, la rigueur de la répression minait le système. Des débiteurs abusaient des arrêts de surséance et des lieux d'asile, tout en passant devant notaires des arrangements sans respect des formes légales, le tout au grand dommage des créanciers. C'est pour ces raisons que les cahiers de 1789

[178] La première ordonnance mentionnant la peine des galères est celle que donna Charles IX à Marseille au mois de novembre 1564. Cette ordonnance interdit aux cours souveraines et à tous juges de condamner aux galères pour un temps inférieur à 10 ans. En réalité, cette ordonnance ne sera pas suivie et on trouve des condamnations pour des durées inférieures.

[179] Il convient de rappeler brièvement le mécanisme des ordonnances sous l'Ancien Régime dont l'appellation même a changé selon les époques. Les réglements faits par les rois prennent le nom d' « édits » sous les Mérovingiens, de « capitulaires » sous les Carolingiens, puis de nouveau d' « édits », le terme d' « ordonnance » en français apparaissant pour la première fois en 1227.
A l'origine, les lois se font dans des parlements ou plaids (assemblées appelées champs de mars puis de mai) auxquels assistent des ecclésiastiques et des laïcs : le consentement est exprimé par les délibérants (comme il y est également traité d'affaires ecclésiastiques, ces assemblées prennent parfois le nom de « conciles »).
Sous Philippe le Bel, et à partir de 1302, un second état de législation se réalise avec la sédentarisation du parlement ; on forme et on délibère la loi à l'intérieur de l'assemblée à laquelle le roi se rend ou se fait représenter. Les participants sont moins nombreux car en sont exclus les ecclésiastiques, puis les barons. Si la seule volonté du monarque fait loi dans son domaine, il lui faut l'accord de ses vassaux pour la faire telle dans le leur, ainsi que celui des arrières-vassaux dans leur propre domaine. Dans le dernier état de la législation, dont le point de départ est discuté, le roi adresse une loi à son parlement. Celui-ci délibère (la « vérification ») et enregistre purement et simplement, ou modifie, ou encore décide qu'il sera fait des remontrances. Une maxime de droit publique précise que dans le royaume, rien n'y a force de loi qu'il n'ait été vérifié au parlement. Dans une réponse faite le 6 avril 1763 à des remontrances du parlement de Dijon, Louis XV confirmera d'ailleurs « *que sa majesté maintiendra toujours la nécessité des enregistrements de ses édits, déclarations et lettres patentes, avant qu'ils puissent être publiés et exécutés dans le ressort de ses cours.* ». Dans un tel système, connaître si une loi avait ou non été reçue, si une coutume existait ou, en l'absence de coutume, quel était l'usage suivi entraînait une recherche qui se réalisait grâce à une « enquête par turbes ». Le nom provient du fait que les témoins déposaient tous ensemble et non l'un après l'autre. Chaque turbe devait être composée d'au moins dix témoins et il fallait au minimum deux turbes pour établir un fait. Ces enquêtes occasionnaient de grands frais pour les plaideurs et le résultat était le plus souvent décevant. C'est la raison pour laquelle les enquêtes par turbes furent abrogées par l'ordonnance de 1667. Celle-ci ne fut pas enregistrée par le parlement de Flandres, dans le ressort duquel elles se maintinrent en usage jusqu'à leur suppression par l'article 1041 du code de procédure civile.

réclamaient une plus grande sévérité à l'égard des banqueroutiers, en même temps qu'une aide envers les débiteurs malheureux[180].

Dans les constitutions passent ces idées : l'article 5 de la section II du chapitre Ier du titre III de la constitution du 3 septembre 1791 exclut de la qualité d'électeur le failli[181]. Il en est de même dans la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) qui étend cette exclusion à son héritier[182], ainsi que dans celle du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) qui fait suite au coup d'Etat de Brumaire[183].

La rédaction du Code de Commerce s'effectuera en deux phases, connues sous le nom de projet Gorneau. La commission de rédaction avait été composée de praticiens, reprenant ainsi la tradition de l'Ancien Régime et semble avoir reçu pour mandat de compléter l'ordonnance de 1673[184]. Une première mouture parut en l'an X (1801), qui recueillit les observations des tribunaux ; ces observations firent aussi l'objet d'une autre publication en 1803. La seconde phase devait comporter l'examen du projet par le Conseil d'Etat[185].

---

[180] Hilaire – « Introduction historique au droit commercial ». En réalité, cette revendication n'est pas nouvelle : lors des derniers Etats Généraux de 1614, on trouve déjà cette même attente de la part de la population : poursuite des fraudeurs et banqueroutiers.

[181] article 5 : « *Sont exclus de l'exercice des droits de citoyen actif, ...ceux qui, après avoir été constitués en état de faillite ou d'insolvabilité, prouvé par pièces authentiques, ne rapportent pas un acquit général de leurs créanciers* ».

[182] article 13 : « *L'exercice des droits de citoyen est suspendu...2° par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit de tout ou partie de la succession d'un failli ; ...* ».

[183] article 5 : « *L'exercice des droits de citoyen français est suspendu, par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli ; ...* ».

[184] Les instructions ministérielles émanant de Chaptal précisaient à la Commission qu'elle devait "*régénérer cette partie de la législation*" (l'ordonnance de 1673). De même, lors de l'exposé des motifs par M. de Ségur à la séance du Corps législatif du 3 septembre 1807 concernant les faillites et banqueroutes, il sera précisé : « *Nous ne prétendons pas ici atténuer la juste estime due aux ordonnances de Louis XIV et aux travaux immortels de Colbert ; l'ordonnance de 1673 était une loi sage et suffisante pour le temps où elle a été rendue...Cette étendue, cette importance, cette activité du commerce exigent à présent une législation plus prévoyante et qui offre plus de garantie...* ».

[185] A ce stade, le projet prit du retard car se posait la question de l'étendue du concept de Droit du commerce. L'un des membres de la Commission, Vital Roux, avait publié en l'an IX un ouvrage traitant de la codification en matière commerciale dont la première partie esquissait un droit public des affaires et dans laquelle il indiquait : « *la législation commerciale est entièrement différente de la législation civile* ». Ce courant publiciste, qui amena la Commission notamment à retenir que l'appel des décisions des tribunaux de commerce devait être porté devant une section de commerce des tribunaux d'appel où devaient figurer des commerçants, n'était pas nouveau. La notion ancienne de « *commerce* », liée au corporatisme, désignait sous cette appellation tant la communauté de marchands que le négoce lui-même. A la fin du XVIIIème siècle, Toubeau, dans ses « *Institutes du droit consulaire ou la jurisprudence des marchands* » posait comme principe la spécificité du droit des marchands. Domat, quelques années plus tard, dans son « Livre du droit public » fait figurer au livre premier (« *du gouvernement et de la police générale d'un Etat* ») un titre XII (« *du commerce* »). De même, dans les ouvrages

Devant ce dernier, le projet pris du retard ; la crise de 1805 ayant entraîné de retentissantes faillites, Napoléon ordonna d'en finir[186]. Le projet fut révisé, subit de nouveaux remaniements et devint le code de commerce en 1807[187].

22. La nouvelle loi prend place dans le 3ème livre du code de commerce. La faillite devient une institution propre au droit commercial, qui ne s'applique qu'aux débiteurs commerçants en état de cessation des paiements[188] et relève de la compétence des tribunaux de commerce.

Certains des anciens principes demeurent : il s'agit du maintien de la réunion des créanciers en une masse qui exprime le caractère collectif de la procédure. De même demeurent la notion d'égalité des créanciers chirographaires et la recherche de la satisfaction de leurs intérêts.

Par contre, la loi nouvelle innove en ce que la faillite doit être déclarée par un jugement du tribunal de commerce qui constate un état préexistant[189]. Cette situation soulève de nombreux problèmes dans la mesure où une faillite est ouverte, alors que tous les

---

anciens destinés aux praticiens, le « *commerce* » se trouve dans la rubrique « *police* » (collections Denisart, antérieures à 1806) ou « *droit public* » (Répertoire de P. Guyot - édition 1784 - ; également Merlin : « *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* » édition 1812 : « *le droit public...embrasse...le commerce...* »). Cependant, les travaux en cours concernant le Code civil, de même que l'abandon du projet révolutionnaire d'une codification du droit public, ainsi que le remplacement des praticiens par des juristes, et particulièrement des civilistes, devant le Conseil d'Etat amenèrent les rédacteurs à s'engager dans une voie privatiste du droit commercial. Au discours préliminaire présentant le projet et indiquant : « *les lois du commerce ont une influence plus universelle que les lois civiles* », va succéder une incorporation du droit commercial au droit privé, en tant qu'exception au droit civil. Sur ces concepts, voir Hilaire : Introduction historique au droit commercial.

[186] L'Empereur participa lui-même à quelques séances du Conseil, et particulièrement dans les discussions sur la faillite, où il reprit les idées de l'époque : « *la sévérité devient nécessaire, les banqueroutes servent la fortune sans faire perdre l'honneur...Ce nom honteux (banqueroutier) ne demeurera pas au négociant qui n'aura été que malheureux* ».

[187] Ce code a fait l'objet de nombreuses critiques qui ont pu le présenter comme « *une oeuvre lacunaire et maladroite* » ou même « *comme une simple révision, timide et bâclée, de l'ordonnance de 1673* » - Hilaire - op. cit. n° 40 et 44. Quoiqu'il en soit, très vite s'est faite sentir la nécessité de le réformer, notamment dans le domaine de la faillite.

[188] Art. 437 : « *Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite* ».

[189] Art. 441 : « *l'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce : son époque est fixée, soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce..* ».

créanciers ne connaissent pas encore l'état de cessation des paiements de leur débiteur[190]. De même, la loi prévoit l'incarcération automatique du failli[191] et le dessaisissement de ses biens[192]. Autre innovation qu'il convient de souligner : l'apposition des scellés[193], la nomination d'un juge-commissaire et des agents[194]. La désignation de ces derniers, qui sont remplacés par des syndics provisoires puis, en cas d'union, par des syndics définitifs étaient apparue complexe même au rapporteur du projet[195]. La loi nouvelle maintenait la tradition de l'établissement d'un bilan, mais sous la surveillance du juge-commissaire[196]. De même elle

---

[190] Pour un exemple de cette difficulté : jugement du tribunal de commerce de Charleville du 1er août 1810 déclarant M. négociant en la même commune en état de faillite depuis le 20 juillet 1808. Divers créanciers ignorant cette situation lui avaient accordé termes et délais, d'autres l'ont poursuivi, d'autres encore ont inscrit des hypothèques sur ses biens. Cette affaire, et notamment l'arrêt de la Cour de Metz du 31 juillet 1812, a soulevé, outre les problèmes pratiques, la question de savoir si on peut poursuivre comme banqueroutier quelqu'un qui, depuis sa faillite, n'a fait aucun acte de commerce. Sur cette question, voir étude dans Merlin - Répertoire universel et raisonné de jurisprudence - Tome VI – « Faillite et banqueroute » p.486.

[191] Art. 455 : « *le tribunal de commerce ordonnera, en même temps, ou le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme* »...

Art. 466 : « *Le commissaire rendra compte au tribunal de l'état apparent des affaires du failli et pourra proposer, ou sa mise en liberté pure et simple, avec sauf-conduit provisoire de sa personne, ou sa mise en liberté avec sauf-conduit, en fournissant caution de se représenter, sous peine de paiement d'une somme que le tribunal arbitrera, et qui tournera, le cas advenant, au profit des créanciers* ».

Dans « *César Birotteau* », Balzac compare ce sauf-conduit à une « *sauvegarde* » avec laquelle le débiteur « *se promène en parlementaire dans le camp ennemi, non par curiosité, mais pour déjouer les mauvaises intentions de la loi relativement aux faillis* ».

[192] Art. 442 : « *Le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens* ».

[193] Art. 449 : « *Dès que le tribunal de commerce aura connaissance de la faillite...il ordonnera l'apposition des scellés..* ».

[194] Art. 454 : « *Le tribunal de commerce...nommera un de ses membres commissaire de la faillite et un ou plusieurs agents, suivant l'importance de la faillite...* ».

Art. 459 : « *Les agents nommés par le tribunal de commerce géreront la faillite sous la surveillance du commissaire, jusqu'à la nomination des syndics : leur gestion provisoire ne pourra durer que quinze jours au plus...* ».

[195] Séance du Corps législatif du 3 septembre 1807, exposé des motifs par M. de Ségur, Conseiller d'Etat, au nom du Gouvernement : ... « *l'apparente complication qu'offre le système qui créée des agents, des syndics provisoires et des syndics définitifs, doit disparaître dans l'exécution de la loi ; et il est plus que probable que les choix faits par le tribunal inspireront une juste confiance aux créanciers, et que presque toujours les mêmes hommes qui , dans une faillite, auront été agents, seront confirmés comme syndics provisoires, et deviendront, s'il y a lieu, syndics définitifs* ».

[196] Lors de l'élaboration de la loi nouvelle, avait été ressentie la nécessité, pour « *[offrir] plus de garantie à l'ordre public et à l'intérêt privé* », d'une surveillance par un juge. Dans cette optique, les rédacteurs du projet proposèrent d'établir « *un commissaire du gouvernement près des tribunaux de commerce* ». Lors de la séance du 3 septembre 1807, M. de Ségur souligna que « *la majorité des chambres de commerce [avaient approuvé] cet établissement dont les inconvénients étaient cependant palpables.* » et poursuivait : « *l'influence d'un tel magistrat sur des tribunaux de négociants dénaturerait leur institution ; et d'ailleurs, nous croyons superflu de démontrer combien il pourrait y avoir de danger à donner constamment aux mêmes hommes des fonctions si délicates, dans lesquelles on se trouve sans cesse exposé aux pièges de la séduction et à la méfiance du* malheur ». La loi nouvelle confie à un juge du tribunal les fonctions de commissaire et prévoit notamment : art. 458 : « *le juge-commissaire...sera chargé spécialement d'accélérer la confection du bilan...* ».

instaure diverses mesures pour sauvegarder l'actif du débiteur. C'est ainsi qu'elle précise la période suspecte[197] ; qu'elle limite les reprises de la femme du failli[198] ; qu'elle instaure des mesures à l'encontre du fils négociant du failli et de son conjoint[199]. La loi nouvelle limitait également l'intervention des créanciers dans les opérations de la faillite : l'assemblée n'était réunie qu'après la vérification des créances, sous la présidence du juge-commissaire[200]. La loi maintenait la pratique de la cession des biens[201]. Le concordat était encadré par des délais brefs et une majorité représentant les 3/4 en sommes[202]. A défaut, les créanciers formaient à la majorité un contrat d'union, les syndics procédaient à la liquidation sous la surveillance du juge-commissaire[203].

23. La multiplication des formalités avait pour but d'écarter tout risque de collusion entre créanciers ou avec le failli[204]. L'aspect répressif était renforcé : l'incarcération préventive du débiteur, outre le but de l'humilier, avait pour finalité de le placer sous main de justice, au cas où seraient découverts des faits de banqueroute, ainsi que de le contraindre à collaborer[205]. Les créanciers eux-mêmes n'échappaient pas à cette répression.[206]

Au surplus le juge-commissaire se voit confier le pouvoir (art.474) de procéder à des interrogatoires « *sur tout ce qui concerne la formation du bilan* » ainsi que « *sur les causes et les circonstances de la faillite* ».

[197] art. 444 à 446.

[198] art. 544 à 557.

[199] art. 552 : « *Sera à cet égard assimilée à la femme dont le mari était commerçant...la femme qui aura épousé un fils de négociant...* ».

[200] art. 502 : « *Tous les créanciers du failli seront avertis...de se présenter, dans le délai de quarante jours...aux syndics de la faillite...* ».

art. 503 : « *La vérification des créances sera faite contradictoirement entre le créancier ou son fondé de pouvoir et les syndics, et en présence du juge-commissaire, qui en dressera procès-verbal. Cette opération aura lieu dans les quinze jours qui suivront le délai fixé par l'article précédent.* »

[201] art. 566 à 575.

[202] art. 519.

[203] art. 527 à 531.

[204] Séance du Corps législatif du 3 septembre 1807 M. de Ségur : « ...*Je dois vous expliquer le système de la loi nouvelle que nous proposons, afin de vous mettre à portée de juger si, comme nous osons nous en flatter, elle offre un remède suffisant à ces désordres, une protection assez vigilante aux créanciers, un frein assez redoutable pour l'inconduite et la fraude, et une garantie assez solide pour l'ordre public.* »

[205] « *On a donc cru qu'il fallait considérer tout failli, non comme un coupable, non comme un homme innocent, mais comme un débiteur dont la conduite exigeât un examen rigoureux et une solide garantie* » Ibid.

[206] L'art. 479 prévoit que le faux créancier encourt la peine portée contre les complices du banqueroutier frauduleux (sous le code pénal du 28 septembre 1791 : 6 années de fers - sous le code pénal de 1810 : travaux forcés à temps).

Des déchéances frappaient également et automatiquement le failli : c'est ainsi qu'il perdait sa qualité de commerçant ; qu'il ne pouvait plus être électeur, ni éligible ; qu'il ne pouvait plus entrer à la bourse[207].

La loi prévoyait la banqueroute simple pour sanctionner l'imprudence et l'ignorance du débiteur, dans le cas de dépenses personnelles exagérées, d'opérations de hasard, d'emprunts excessifs, de revente à perte, de tenue irrégulière des livres[208]. Dans ce cas, le tribunal correctionnel pouvait lui infliger une peine d'un mois à deux ans de prison[209].

En cas de dissimulation, de soustraction de livres, de détournements d'actif, d'exagération du passif, c'était la banqueroute frauduleuse[210] et la cour d'assise qui pouvait condamner le criminel aux travaux forcés à temps[211].

24. La loi nouvelle portait en elle des défauts qui, dès les premières années d'application du code, militaient déjà pour une réforme.

Tout d'abord, le code créait une procédure redoutée des commerçants en difficulté : ils étaient incarcérés immédiatement ; ils risquaient surtout une condamnation pénale dans le cadre d'une banqueroute simple pouvant être mise en œuvre par un créancier malveillant[212] et ils se trouvaient devant une impossibilité quasi certaine de reprendre ultérieurement une activité commerciale eu égard aux difficultés d'obtenir une réhabilitation[213]. Ensuite, la procédure de la faillite ruinait littéralement la masse, tant par la lenteur de la procédure que

---

[207] Art 614 : « *Nul commerçant failli ne pourra se présenter à la bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabilitation.* »
[208] art. 586 et 587.
[209] art. 592.
[210] art. 593.
[211] art. 595.
[212] l'article 588 portait que « *les cas de banqueroute simple seront jugés…sur la demande…de tout créanciers du failli…* ». L'article 595 prévoyait que « *les cas de banqueroute frauduleuse seront poursuivis…sur la dénonciation…d'un créancier…* ».
[213] Cette procédure, qui se déroulait devant la cour d'appel, ne pouvait aboutir que si le débiteur fournissait les « *pièces justifiant qu'il a acquitté intégralement toutes les sommes par lui dues en principal, intérêts et frais* » (art. 605). Au surplus, la loi précisait (art. 610) que «*si la demande est rejetée, elle ne pourra plus être reproduite.* »

par le nombre d'intermédiaires qu'il fallait rémunérer. En outre, la loi du 22 frimaire an VII multipliait le coût fiscal de tous les actes de la procédure de faillite[214].

Pour ces raisons, on constatait que des commerçants en difficulté retardaient par tous les moyens, et le plus souvent par les plus ruineux, leur dépôt de bilan. Les créanciers, devant le coût de la procédure, consentaient à toutes demandes permettant d'éviter la faillite de leur débiteur. C'est ainsi que sont réapparues les pratiques de l'ancien droit dans des pactes secrets, hors le code de commerce, auxquelles ce dernier avait voulu mettre un terme[215].

25. Une première réforme se fit par la loi du 28 mai 1838. Désormais l'état de faillite commence à la date du jugement et non plus à celle de la cessation des paiements.

Afin d'éviter qu'entre ces deux dates, le débiteur ne puisse agir à l'encontre des créanciers, la loi crée un système nuancé de nullités, qui sont en réalité des inopposabilités à la masse.

Le régime de l'incarcération préventive du failli est également assoupli : facultative en cas de dépôt de bilan dans les délais légaux, elle ne devient obligatoire qu'en cas de prononcé de la faillite d'office ou sur assignation d'un créancier.

Des simplifications réduisent la lenteur de la procédure ainsi que le nombre des intermédiaires. Au surplus, la loi du 24 mai 1834 avait déjà réduit le poids de la fiscalité.

Afin de remédier aux causes des fraudes notoires, la loi supprime aux créanciers la possibilité de choisir les mandataires ; le tribunal nomme désormais les syndics après une simple consultation.

---

[214] Les dépôts de bilans, procès-verbaux d'apposition ou levée de scellés, inventaires, affirmation de créances etc… étaient soumis soit à un droit fixe, soit à un droit proportionnel, notamment quand ils emportaient obligation. Les procès-verbaux (scellées et inventaires) étaient soumis au droit fixe pour chaque vacation, de même que les affirmations de créances. En outre, une amende de 500 F frappait chaque livre de commerce non timbré. Ces frais étaient acquittés par la masse.

[215] On trouve dans « *César Birotteau* » de Balzac une étude intéressante et pertinente de la procédure de faillite que l'auteur qualifie d' « *une des plus monstrueuses plaisanteries légales* ». Sur les pratiques utilisées pour éviter la procédure, l'auteur relève : « *les gros négociants ne déposent plus leur bilan, ils liquident à l'amiable : les créanciers donnent quittance en prenant ce qu'on leur offre* ».

En cas d'union, les assemblées de créanciers sont maintenues, et même augmentées.

La loi innove dans le but de hâter la procédure en prévoyant la clôture pour insuffisance d'actif quand il est manifeste qu'aucune distribution ne peut être faite. Dans ce cas, le débiteur failli reste dessaisi, poursuivi par ses créanciers et soumis à la contrainte par corps[216].

La loi du 28 mai 1838 fut bien accueillie mais son adoucissement fut réclamé rapidement. Le commerce lui reprochait son caractère répressif, alors que la loi du 22 juillet 1867 abrogeait la contrainte par corps. Cette rigueur faisait que les commerçants continuaient de retarder leur dépôt de bilan. Au surplus, le failli continuait de subir les déchéances et les réhabilitations demeuraient rares. Enfin cette législation englobait dans un système unique toutes les situations, que le débiteur soit fraudeur ou honnête et malheureux. Dans ce dernier cas, une réforme pour une faillite plus souple et moins répressive était demandée[217].

26. Il y eut des dispositions transitoires et de circonstances, en 1848 et en 1870, évitant les conséquences infamantes attachées à la faillite. Certains tribunaux prolongèrent au-delà des limites prévues (13 mars 1872) ces dispositions, par des décisions qualifiées par les auteurs de l'époque de « *liquidations coutumières* » ou de « *faillites avec circonstances atténuantes* ».

---

[216] « *Dès l'entrée en vigueur de la loi, la clôture pour insuffisance d'actif devait intervenir en moyenne dans un cinquième des faillites* » Hilaire – Introduction historique au droit commercial n° 206.

[217] La pratique législative a évolué et permet de tenter une explication sur le nombre de modification, notamment dans le domaine qui nous occupe, dans le courant du XIXème siècle. Sous l'Ancien Régime, les praticiens étaient associés à l'élaboration législative. Il en va différemment à partir du XIXème siècle avec le régime parlementaire : si les chambres de commerce sont consultées « *sur les améliorations à apporter dans toutes les branches de la législation commerciale* » (règlement du 16 juin 1832), le nombre de députés pouvant être rattaché au secteur des affaires reste de l'ordre de 10 à 15 %. L'influence des milieux d'affaires se fait de manière indirecte par des relations personnelles avec les parlementaires, par la presse ou par des interventions officieuses ; c'est ainsi qu'en 1884, l'Union des banques des départements de même que l'Académie des Sciences morales et politiques ouvrent des concours pour susciter des travaux sur la réforme de la législation en matière de faillite. Ces interventions ont pour résultat le plus souvent des amendements aux textes présentés, qui leur font perdre leur logique et leur harmonie. C'est ainsi que l'on a pu dire « *le législateur* [du XIXème siècle] *procède surtout par approximations successives ; les faiblesses et les imperfections sont grandes, même à s'en tenir à l'essentiel : elles révèlent en premier lieu une approche de la matière commerciale assez mal assurée* ». Hilaire, op.cit. n°59.

En 1876, une circulaire du Garde des Sceaux condamna ces pratiques.

Cependant, cette résistance des tribunaux de commerce ainsi que l'influence de la loi anglaise de 1883 vont être à l'origine d'une nouvelle loi : celle du 4 mars 1889[218].

27. Le législateur crée, à côté de la faillite qui demeure, la procédure de liquidation judiciaire. Cette dernière est destinée au commerçant qui dépose son bilan dans les 15 jours de la cessation de ses paiements et contre lequel aucune cause d'indignité n'apparaît. Contrairement à la faillite, le jugement n'est pas publié. Le débiteur, toujours dessaisi, est assisté d'un syndic pour tous les actes de gestion et de disposition de ses biens. Il reste physiquement à la tête de ses affaires et continue l'exploitation, afin de présenter un concordat. Si le concordat n'est pas accepté par les créanciers, ou par le tribunal, le débiteur est placé dans la procédure de faillite, avec toutes ses conséquences.

Cette procédure, qui à la fin du XIXème siècle représentait un tiers des défaillances, concernait essentiellement le petit commerce qui subissait la concurrence des grands magasins en plein développement. Le succès de la liquidation judiciaire a été attribué à l'insuffisance de l'information qui précédait le jugement, et on déplorait ce qui était considéré comme une manifestation de laxisme.

Dans le même temps, on assistait à une double évolution :

- d'une part, la jurisprudence, pour pallier ce laxisme, interprétait les anciens articles 632 et 633 du code de commerce pour soumettre, par la théorie des actes de commerce par accessoire, à la faillite des personnes dont l'activité ne rentrait pas dans l'énumération légale. Les notions de société de fait, de confusion de patrimoine, de prête-nom, lui ont permis

[218] Il est remarquable de constater que l'origine du droit commercial provient de règles applicables dans des pays voisins, reçu en France en tant qu'usage. Cette notion, pratiquement supprimée par le code civil, dans le cadre du système légaliste issu de la Révolution, a été conservée d'une manière résiduelle par le code de commerce.
Le droit étranger va revenir influencer le droit commercial qui va, en quelque sorte, le « franciser ».
Ce sera le cas du droit anglais qui va inspirer l'éphémère loi de 1863 créant des sociétés à responsabilité limitée, celle de 1867 libérant la société anonyme, celle de 1889 sur la faillite ; on trouve également le droit allemand qui influence le registre du commerce et la loi de 1925 instituant les sociétés à responsabilité limitée ; de même le droit américain qui influencera le droit de la concurrence.

également de prononcer la faillite de personnes exerçant une activité commerciale en dissimulant leur qualité de commerçant ;

- d'autre part, le législateur, devant le développement des sociétés et les difficultés de déterminer leur caractère civil ou commercial en fonction de l'objet social, a choisi le critère de la forme[219]

En réalité, cette évolution annonce le début les deux modifications qui verront le jour bien plus tard : l'extension de la procédure de faillite aux non commerçants et la dissociation entre une procédure de sanction et une procédure de règlements patrimoniaux.

28. D'autres textes verront le jour dans le courant du XXème siècle, certains liés aux circonstances du moment.

C'est ainsi que la loi du 2 juillet 1919 crée le règlement transactionnel pour cause de guerre, entre le débiteur et ses créanciers. Le débiteur est dessaisi, mais il n'y a pas de publicité[220].

La crise de 1929 est à l'origine du décret-loi du 23 août 1937 de règlement amiable homologué au profit des commerçants et artisans. Cette procédure est restée limitée aux deux années prévues.

D'autres textes retouchèrent l'institution comme les décrets-lois des 8 août et 30 décembre 1935 qui modifient la faillite et la liquidation judiciaire en renforçant les pouvoirs des tribunaux. Désormais la faillite d'une société peut être étendue à toute personne ayant fait,

[219] La loi du 1er août 1893 a attaché le caractère commercial aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions. La loi du 7 mars 1925 instaurera la société à responsabilité limitée en même temps que son caractère commercial par la forme.

[220] Les dispositions exceptionnelles de la loi du 2 juillet 1919, dont certaines ont été modifiées et complétées par la loi du 28 avril 1922, avaient pour but de venir en aide aux commerçants atteints par la guerre de 1914-1918 et d'éviter aux débiteurs malheureux la faillite ou la liquidation judiciaire. En réalité, le législateur a été plus loin puisqu'il a décidé qu'étaient « *réhabilités de plein droit tous commerçants mobilisés en temps de guerre qui, antérieurement au 19 octobre 1919, avaient été déclarés en état de faillite ou de liquidation judiciaire…* » (loi du 24 octobre 1919). La loi du 29 avril 1921 reportera à la date du 9 juillet 1924 la faveur de la loi. Le failli, même banqueroutier, de même que le liquidé judiciaire, appelé sous les drapeaux et ayant fait l'objet d'une citation à l'ordre du jour pour action d'éclat peut obtenir sa réhabilitation. S'il avait été tué à l'ennemi, cette demande de réhabilitation appartenait à son conjoint, ses ascendants, ses descendants, aux ministres de la Guerre et de la Marine (loi du 5 août 1916 modifiée par la loi du 16 mars 1919).

sous ce couvert, des actes de commerce dans son intérêt propre, et disposé en fait des biens sociaux comme d'un patrimoine personnel. Les peines de la banqueroute peuvent également frapper ces personnes. De même, ceux ayant commis des fautes lourdes peuvent être déchus du droit d'administrer une société.

La loi du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes permet d'appliquer au président-directeur général les déchéances de la faillite. A la demande du syndic, le tribunal peut mettre à la charge du président et des administrateurs une partie du passif de la société. Ces dispositions seront ultérieurement étendues aux sociétés à responsabilité limitée.

Enfin la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales interdit au failli l'exercice du commerce, ainsi que toute fonction d'administration d'une société.

Il apparaît cependant que ces différentes réformes manquaient de cohérence ; au surplus, les déchéances liées à la faillite étaient effacées par la réhabilitation légale et par les lois d'amnistie.

Le décret-loi du 20 mai 1955 abrogera alors le livre III du code, à l'exclusion des dispositions relatives à la banqueroute. La liquidation judiciaire est réorganisée et devient le règlement judiciaire. Cette procédure devient la norme en cas de défaillance, la faillite étant réservée au commerçant ayant commis des fautes et cantonnée à un rôle répressif. Le règlement judiciaire devait conduire au concordat. Il constituait une mesure de sauvetage de l'entreprise et laissait aux créanciers l'espoir d'un désintéressement. Au contraire, la faillite conduisait à la liquidation forcée des biens du débiteur. Ses créanciers étaient de plein droit établis en état d'union. En outre, le failli pouvait être incarcéré, selon l'appréciation du tribunal et la réhabilitation légale, au terme d'un délai de 10 ans, supprimée. La pratique jurisprudentielle de la clôture pour défaut d'intérêt de la masse était reconnue et permettait de supprimer tous les effets de la faillite lorsque le débiteur pouvait régler tous ses créanciers.

Dans la pratique, le choix entre règlement judiciaire et faillite dépendait des fautes commises par le débiteur, plus que de la situation économique de son entreprise. On accordait un concordat à des dirigeants dont l'entreprise n'était plus viable, et on prononçait la faillite pour faute contre des personnes, ce qui entraînait la liquidation d'entreprises pouvant être sauvées. Au surplus, échappaient aux procédures collectives les entreprises qui n'avaient pas la qualité de commerçant.

La loi du 13 juillet 1967 a tenté cette double réforme en étendant le droit de la défaillance aux personnes morales non commerçantes et en distinguant « *l'homme de l'entreprise* » afin d'humaniser la place du débiteur au sein de la procédure collective.

29. La loi du 25 janvier 1985 portant sur le « *traitement des difficultés des entreprises* », désormais intégrée depuis le 18 septembre 2000 au Livre VI, Titre II du Code de Commerce définit dans son article L 620-1 les buts qui, s'ils ne sont atteints, restent toujours poursuivis. La sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif sont les vecteurs au centre desquels « *l'entreprise* » doit se conformer aux règles particulières des procédures collectives.

La notion d' « *entreprise* », employée par le législateur, est empreinte d'une notion plus économique que juridique et désigne toute entité ayant une activité économique. Le législateur a ainsi prévu que les articles L 620-1 et suivants du Code de Commerce sont applicables « *à tout commerçant, à tout artisan, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé* »[221]. Ces différents acteurs de la vie économique dont l'activité est soit civile

[221] Art. 2 al. 1 de la loi devenu l'article L 620-2 C. com. par ordonnance du 18 septembre 2000 publiée au J.O. le 21 septembre 2000 ; JCP éd. G 2000 act. p. 1741 ; B. Soinne « *Le nouveau Code de Commerce* » - Act. Proc. Coll. 6 octobre 2000 p. 1 ; critiques sur cette modalité de codification : T. Lebars « *Nouvelles observations sur la codification « à droit constant » du Code de Commerce* » - JCP éd. G 2000 Act. p. 2163 ; D. Bureau et N. Molfessis « *Le nouveau Code de Commerce ? une mystification* » - D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Chron. p.361 s. ; contra C. Arrighi de Casanova et O. Couvreur : « *La codification par ordonnance* » - JCP éd. G 2001 I, 285.

soit commerciale relèvent, pour le cas où leur cessation des paiements est avérée, des dispositions (sus indiquées).

Pour une plus grande clarté dans la suite de notre développement, nous les désignerons par le terme générique de « *débiteur* » pour cette raison simple, mais suffisante, que, du fait de la présence d'un passif exigible ne pouvant être couvert par un actif disponible[222], ils sont en fait débiteurs d'un, voire plus certainement, de plusieurs créanciers.

30. Le débiteur va pouvoir bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire si son activité n'a pas cessé ou si son redressement n'apparaît pas comme manifestement impossible[223].

Dès lors s'ouvre à lui une période d'observation durant laquelle il devra bâtir, en collaboration avec les organes nommés par le tribunal, un plan de redressement dont l'issue peut être soit la continuation de son entreprise, soit la cession de celle-ci suite à la recherche de candidats repreneurs.

31. Le bénéfice donné au débiteur de pouvoir présenter un plan s'accompagne pour lui de l'obligation de se soumettre aux règles légales.

A ce titre, on oppose l'entreprise *in bonis* à l'entreprise en procédure collective, dont les droits sont restreints du fait même de l'ouverture à son encontre de cette dernière.

On peut se demander si la restriction ainsi apportée aux droits du débiteur durant le redressement judiciaire se confond avec le spectre de la faillite comme il semble qu'elle soit véhiculée dans les prétoires, associant le débiteur en redressement judiciaire au failli.

[222] Art. 3 al. 1 de la loi devenu l'article L 621-1 C. com.
[223] Art. 1 in fine loi 25. 1. 85 devenu l'article L 620-1 in fine C. com.

Plus encore, les droits du débiteur au regard du Code de commerce ne sont-ils pas limités, étant donné la nomination dans le jugement d'ouverture d'organes destinés à l' « *encadrer* »[224]?

Si dans certains cas, l'apparence est créatrice de droits[225], toutes conditions étant par ailleurs réunies, la procédure de redressement judiciaire définit la sphère de compétence du débiteur et n'entraîne pas son « *dessaisissement* ».

32. Le sens du droit de la faillite dépend de l'idée que l'on se fait de sa finalité. A ce titre, la place du débiteur est envisagée par le législateur essentiellement à travers l'entreprise qu'il dirige. Toutefois, le « droit des entreprises en difficultés » transcende cette catégorie pour s'appliquer à la personne du débiteur en procédure collective dans l'accomplissement, par ce dernier, d'acte de nature professionnelle et privée. La question relative aux droits du débiteur nous semble mériter ainsi d'être posée. Il convient d'observer que, dans le cas d'une personne morale, seul l'exercice de ses droits vis-à-vis de son objet social, ou plus strictement de son activité, est pris en compte, alors que, pour une personne physique, l'examen de ceux-ci doit se faire non seulement au regard de son activité mais encore dans le cadre de sa vie privée[226].

Pour le débiteur personne physique en effet, le principe de la théorie de l'unité du patrimoine s'impose ; ce qui implique que les règles restreignant ses pouvoirs s'appliquent aussi bien dans le cadre de sa vie professionnelle qui régit son activité (entreprise) que dans

---

[224] Art. 10 loi 25.1.85 devenu article L 621-8 C. com.

[225] H. Mazeaud, L. Mazeaud et J. Mazeaud : Leçons de Droit civil par F. Chabas « Les Biens » Tome II volume II n° 1402 s. ; Com. 3 février 1998 RTD Com. février- mars 1999 par J. L. Vallens p. 2 refusant l'application de la théorie de l'apparence dans le cadre des nullités de la période suspecte - art. 107 et 108 de la loi ; D. 1999 p. 185 note A. Benabent précisant que la règle énoncée est «*totalement inédite*» reprenant ainsi les observations de J. Mestre (RTD Civ. 1998 p. 363) et de poursuivre que « *cette brèche est en elle-même destructrice globalement de la protection de tout sous-acquéreur* » par le fait qu'il « « *suffit qu'il y ait un seul cas de nullité qui soit rebelle au jeu de l'apparence pour que la fluidité juridique recherchée par ce mécanisme se grippe en son entier* »; CA Paris 3ème Ch. section C. 22 janvier 1999 R. J. Com février 2000 Somm Jur n° 263 fournissant un exemple de la théorie de l'apparence.

[226] J. Le Calvez « *Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel* », D. 2000 Chron p. 151 et s.

des actes qui sont par nature hors du périmètre de celle-ci. Face à ces apparentes restrictions dans l'exercice de ses droits, la situation du débiteur se rapproche de celle de l'entrepreneur *in bonis.* Cette perspective est confirmée par la Loi de sauvegarde des entreprises, votée le 26 juillet 2005 et qui entre en application le 1er janvier 2006. Aux termes de celle-ci, la cessation des paiements n'est plus le seul critère nécessaire à l'ouverture d'une procédure collective[227]. La volonté du législateur de contractualiser et d'accélérer le traitement des entreprises en difficulté fait de l'anticipation des difficultés un élément essentiel[228]. Dès lors, la Loi de sauvegarde autorise l'entrepreneur qui n'est pas en état de cessation des paiements, ainsi que celui qui s'y trouve depuis moins de 45 jours, à user de la procédure de conciliation[229]. Cette dernière, mise en œuvre afin de trouver un accord entre l'entrepreneur et ses principaux créanciers, est exclusive de toute procédure de redressement ou liquidation judiciaire, celles-ci ne peuvant s'ouvrir qu'après que le tribunal ait contaté l'état de cessation des paiements de l'entreprise. L'objectif de la loi est ainsi de favoriser une solution amiable à une solution judiciaire. Faute d'y parvenir, la voie judiciaire s'impose par la mise en œuvre, de la procédure de sauvegarde ou par celle du redressement judiciaire. Bien que la procédure de sauvegarde ne puisse être sollicitée que par un chef d'entreprise qui ne se trouve pas en état de cessation des paiements, sa filiation avec la procédure de redressement judiciaire est évidente. En effet, la sauvegarde constitue un véritable redressement judiciaire anticipé. Ces procédures similaires qui touchent le chef d'entreprise qu'il soit ou non en état de cessation des paiements, confirment la position défendue par l'auteur de ces lignes. L'entrepreneur, loin d'être « accablé par la faillite » voit ses droits restaurés, ce qui le rapproche de l'entrepreneur

[227] C. Lebel « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », Gaz. Pal. 7-8 septembre 2005, p. 14 et s ; P. M. Le Corre « Propos introductifs à la loi de sauvegarde des entreprises », Act. Proc. Coll. 16 septembre 2005, p. 1 ; J. Vallansan « Loi de sauvegarde des entreprises » Act. Proc. Coll. 16 septembre 2005, n°163 et s.

[228] E. Gall-Heng « Premières réflexions sur la loi de sauvegarde », Gaz. Pal. 7-8 septembre 2005, p. 5 et s ; P. M. Le Corre « premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n°2005-845 du 26 juillet 2005), D. 2005, Cah. Dr. des Aff, Cahier spécial, p. 2299 et s ; E. Jouffin « loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : présentation des procédures de conciliation et de sauvegarde », Répertoire de droit commercial, Septembre 2005, p. 3 et s.

[229] T. Montéran « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », Gaz. Pal. 7-8 septembre 2005 p. 8 et s ; article L 611-4 C. com (applicable au 1er janvier 2006).

in bonis. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, en dédramatisant la procédure collective place le chef d'entreprise au cœur de sa procédure, donc de son devenir, ce qui atténue la vision sinistre qui résulte du prononcé du redressement. Les objectifs de la loi de 1985 ne sont nullement remis en cause par la loi de 2005 qui se fonde sur la confiance des salariés, des entrepreneurs et des partenaires de l'entreprise. Toutefois cette confiance, qui ne peut voir le jour de la seule volonté du législateur, doit se construire comme toute œuvre collégiale[230]. La bienveillance de la loi de 2005, à l'égard du débiteur qui anticipe ses difficultés, ne fait que confirmer la place qui était la sienne à l'occasion des lois de 1985 et de 1994. Loin d'être dépourvu de tout droit, le débiteur s'inscrit comme l'homme clé de son redressement judiciaire, et ses prérogatives transcendent le cercle de son entreprise.

Ainsi rappelés, les développements concernant les droits du débiteur en redressement judiciaire se feront autour de deux axes : le premier relatif aux droits du débiteur dans sa vie professionnelle (Ière Partie) et le second relatif à ses droits dans le cadre de sa vie privée (IIème Partie).

[230] D. Perben, Discussion, JOAN 2005, p 1492 ; M. A. Frison- Roche « A l'aune de l'efficacité économique, le droit français est- il menacé ? », Le nouvel Economiste, 29 septembre- 5 octobre 2005, p. 22.

Première Partie - Les droits du débiteur dans sa vie professionnelle

33. Le redressement de l'entreprise en procédure collective ne s'effectue pas sans un certain contrôle nécessaire, à l'instar de l'article L 621-12 du Code de Commerce (ancien article 14 de la loi de 1985), visant la protection des intérêts en présence. Dans cette situation, il est inévitable que les pouvoirs du débiteur subissent une atteinte, sans pour autant être réduits à néant.

34. Les restrictions apportées aux pouvoirs du débiteur en redressement judiciaire produisent leurs plus grands effets dans le cadre de son activité professionnelle, afin de lui permettre, à terme, de présenter un plan de redressement de l'entreprise[231]. Loin de simplifier les notions, le législateur, par l'emploi des termes « débiteur » et « entreprise », construit une sorte de labyrinthe à l'intérieur duquel il a tendance à s'égarer, en n'envisageant pas toute la portée qu'il convient de donner à la notion de « débiteur ». Dans la perspective du nouvel élan insufflé par l'avant projet de loi de sauvegarde de l'entreprise, l'absence de cessation des paiements du débiteur permettant l'ouverture de cette procédure, rapprocherait ainsi le débiteur en procédure collective de celui *in bonis*. Dès lors, les pouvoirs du débiteur sont

[231] Art. 18 al. 3 de la loi devenu l'article L 621-54 al. 3 C. com. : « *Le projet de plan de redressement de l'entreprise détermine les perspectives de redressement...* ».
Art. 61 al. 2 de la loi devenu l'article L 621-63 al. 2 C. com. : « *le plan organise soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession, soit sa continuation assortie d'une cession partielle*».

partagés, par la présence des organes nommés dans le cadre de la procédure (Titre I). Toutefois, un domaine réservé au débiteur voit le jour, nonobstant la présence des mandataires judiciaires, afin de lui octroyer, à travers la notion d'entreprise, une place déterminante (Titre II).

---oooOOOooo---

Titre Premier - Les pouvoirs partagés du débiteur

35. L'application des règles issues des articles L 620-1 et suivants du Code de Commerce a pour conséquences, à certains égards, de limiter les prérogatives du débiteur dans le cadre de la gestion de son activité.

Le jugement d'ouverture désigne[232] un juge-commissaire et un ou deux mandataires de justice : le représentant des créanciers et l'administrateur judiciaire, la nomination de ce dernier restant facultative dans le cadre d'une procédure simplifiée[233]. La mise en œuvre de la loi de sauvegarde, à compter du 1er janvier 2006, va supprimer la distinction actuelle entre la procédure générale et la procédure simplifiée[234] de redressement judiciaire. Cette désignation, si elle a lieu, influe nécessairement sur les prérogatives du débiteur (Chapitre I). De même, afin de préserver ses actifs au profit de ses créanciers, le législateur a soumis l'accomplissement de certains actes à une autorisation judiciaire (Chapitre II).

[232] Art. 10 loi 25.1.85 et 139 même loi devenus articles L 621-6 et L 621-135 C. com.

[233] Chiffre d'affaires inférieur à 20.000.000 F HT par an et nombre de salariés inférieur à 50 - Décret 85-1387 du 27 décembre 1985, art. 1er, J.O. 29.12.85 ; modifié par le décret n° 2001-373 du 27 avril 2001 art.3 VIII - JO 29 avril 2001 p. 6837 relatif au montant du chiffre d'affaires hors taxes qui est de 3.100.000 euros à compter du 1er janvier 2002.

[234] Art. L 631-15 C. com ; « Loi de sauvegarde des entreprises : texte consolidé », Gaz. Pal. 31 Août- 1er Septembre 2005, p. 5 et s ; P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n°2005-845 du 26 juillet 2005) », D. 2005, Cah. Dr. des Aff, Cahier spécial, p. 2311.

Chapitre I - L'étendue des pouvoirs du débiteur

36. Les pouvoirs du débiteur vont varier en fonction de la présence ou non d'un administrateur et, en cas de nomination de ce dernier, de la mission que lui confie le tribunal[235]. Actuellement l'étendue de ses pouvoirs va également dépendre de la procédure générale ou simplifiée que va ouvrir le tribunal à son encontre.

Pour respecter l'ordre des textes, nous suivrons la démarche du législateur en traitant en premier lieu du régime général du redressement judiciaire (Section I), et en second lieu de la procédure simplifiée de ce régime applicable à certaines entreprises (Section II).

Section I - Le régime général du redressement judiciaire

37. Conformément aux dispositions de l'article L 621-8 du Code de Commerce (ancien article 10 de la loi de 1985), le tribunal doit désigner dans son jugement d'ouverture différents organes chargés d'encadrer le débiteur durant la période de redressement. C'est ainsi qu'il procède à la nomination d'un juge-commissaire qui veille « *au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* »[236]. Celui- ci compose à lui seul une juridiction en recevant de la loi compétence pour les cas expressément retenus par elle.

Le tribunal doit également désigner un représentant des créanciers qui dispose seul de « *la qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* »[237]. Son rôle, constamment réaffirmé par la jurisprudence[238], se cantonne au monopole d'agir au nom et dans l'intérêt

[235] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », D. 2005, Cah. Dr. des Aff, Cahier spécial, p. 2311 ; articles L 621-22, L 621-137, L 621-134 C. com.
[236] Art. 14 loi 25.1.85 devenu l'article L 621-12 C. com.
[237] Article L 621-39 C. com (art. 46 loi 25.1.85) ; Com 26 mai 1999 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. par A. Honorat p. 97 ; Com 14 décembre 1999 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur p. 90 obs J. Faddoul.
[238] Com. 3 juin 1997 D. Aff. 1997 p. 833, JCP éd. G 1998 I, 111 Chronique Redressement et Liquidation judiciaire des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel p. 277 et s; Com. 5 janvier 1999 D. Aff. 1999 p. 219, R. J. Com 1999 p. 414 n° 1542 note J. L. Courtier, P. A. 26 janvier 1999 n° 18 p. 6, Act. Proc. Coll. 12 février 1999 n° 29 et RJDA 7/99 n° 797 retenant « *que le soutien prétendument abusif accordé par la banque à la société*

collectif des créanciers, sans jamais pouvoir participer à la gestion de l'actif du débiteur, domaine réservé de celui-ci et de l'administrateur[239].

La désignation d'un administrateur par le tribunal procure une aide, doublée d'une surveillance, pour le débiteur dans la gestion de ses affaires. C'est à ce stade que le débiteur subit plus ou moins de restriction quant à la gestion de ses biens, en fonction de la mission que le tribunal assigne à l'administrateur, au regard des dispositions de l'article L 621-22 du Code de commerce. Il convient de préciser que la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 prévoit, en cas de procédure de sauvegarde, que l'entrepreneur n'est jamais dessaisi de l'administration de ses droits[240]. Cette même loi, en cas de redressement judiciaire, offre au tribunal la possibilité de nommer un administrateur dont les missions, comme nous l'étudierons, diffèrent sensiblement de celles qui existent actuellement.

38. Le Code de commerce évite de mettre systématiquement le débiteur à l'écart de la gestion de son patrimoine, induisant comme le soutient une partie de la doctrine « *que l'absence de dessaisissement du chef d'entreprise est désormais une réalité juridique* »[241]. Celui-ci, eu égard au faible nombre de procédure de redressement judiciaire impliquant un administrateur judiciaire, dirigera, comme par le passé, son entreprise.

---

débitrice a porté préjudice aux seuls créanciers, déclare irrecevable l'action engagée par la société en redressement judiciaire assistée de son administrateur en réparation du préjudice résultant de l'aggravation du passif ».
Par cet arrêt, la Cour de cassation précise que l'aggravation du passif par la banque ne porte pas préjudice au débiteur qui ne s'est nullement appauvri, et n'entraîne dès lors un dommage que pour ses créanciers. Ces derniers peuvent seuls par le biais de leur représentant, exercer l'action en responsabilité. L'action *ut singuli* est désormais exclue pour le créancier quelque soit les circonstances, il est représenté par le représentant des créanciers ou le liquidateur. Il n'en est pas de même de l'action en responsabilité envers ce mandataire et Com. 16 mars 1999 D. Aff. 1999 p. 635 précisant « *que l'action exercée au nom et dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers n'est pas ouverte aux créanciers individuels* » ; Com. 14 décembre 1999 Act. Proc. Coll. 14 janvier 2000 n° 9.

[239] C. Saint-Alary-Houin : « *La répartion des pouvoirs au cours de la période d'observation* » - RPC 1990-1 p. 3 : « *le représentant des créanciers étant chargé de veiller au respect des droits des créanciers n'a pas, en effet, le pouvoir d'effectuer des actes juridiques d'administration dans l'intérêt de l'entreprise* » ; P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 1866 ; Com. 18 avril 1989 D. 1990 Somm. p. 9.

[240] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », D. 2005, Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p. 2311.

[241] C. Saint-Alary-Houin : « *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation* » - RPC 1990-1 p. 3 et s (p. 8 n° 10) ; D. Bachasson : « *La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives* » - Gaz. Pal. 11-12 décembre 1998 p. 2.

39. Cependant, parmi les différentes missions qu'offre l'article L 621-22 du Code de commerce (ancien article 31 de la loi) au tribunal, il convient de se demander si celui-ci est tenu d'en choisir une ou s'il peut moduler celles-ci ?

Sur ce point, une partie de la doctrine remarque que « *la présentation de l'article 31 implique une option entre trois éventualités. Il paraît difficile que le tribunal puisse combiner ou imaginer une mission particulière qui serait différente de celles-ci ; ceci compliquerait singulièrement la tâche du débiteur ainsi d'ailleurs que des tiers par l'imprécision qui en résulterait et pourrait être dommageable pour l'administration de l'entreprise »*[242].

Pour une autre partie de la doctrine[243], la souplesse tenant à la rédaction de l'ancien article 31 de la loi permet au tribunal de panacher la mission de l'administrateur entre les trois options offertes.

Cette thèse trouve argument dans l'article même puisque ce dernier envisage l'assistance comme la représentation partielle, permettant ainsi au tribunal d'adapter la mission de l'administrateur à la situation personnelle du débiteur[244].

40. Pour aussi louable que soit l'attention du législateur envers le débiteur, il semble néanmoins préférable de faire application exclusive de l'une des missions visées à l'article L 621-22 du Code de commerce, afin d'éviter, à l'occasion de relation juridique avec les tiers, tout risque de confusion dans la répartition des pouvoirs entre le débiteur et l'administrateur. Cette solution permet aux créanciers d'éviter d'avoir à s'interroger, lors de l'accomplissement de chaque acte passé avec l'un ou l'autre, sur sa capacité à le conclure. La Cour de cassation[245] ne retient pas cette approche et adopte une vision davantage textuelle

---

[242] B. Soinne : « *Traité des procédures collectives* » - 2ème éd. Litec n° 1288.
[243] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 365
[244] voir note sous CA Versailles 5 janvier 1988 D. 1990 Somm. p.9.
[245] Com. 12 juin 2001 D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2301 « *ayant reçu une mission d'assistance non limitée à certains actes de gestion* ».

permettant ainsi à la juridiction de désigner les actes pour lesquels l'intervention de l'administrateur devra se faire.

La sécurité juridique des tiers, souvent ignorants de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, bien que la mission de l'administrateur fasse l'objet d'une mention d'office au Registre du Commerce et des Sociétés (article 36-1(1°) du décret du 30 mai 1984), ne s'en trouve pas ainsi renforcée.

41. La nécessaire détermination de la mission de l'administrateur a pour corollaire, qu'à défaut de précision de celle-ci dans le jugement d'ouverture, ce dernier est atteint de nullité[246] pour violation d'une disposition d'ordre public.

Dès lors, il convient d'examiner dans l'ordre de l'article L 621-22 du Code de Commerce les missions pouvant être confiées à l'administrateur : la surveillance (§1), l'assistance (§2), la représentation (§3), tout en précisant, comme le souligne le Professeur Soinne, « *qu'il n'existe aucune décision de jurisprudence sur ce sujet depuis 1985* »[247].

[246] CA Versailles 5 janvier 1988 (1ère espèce) D. 1990 Somm. p. 9 pour le cas d'une procédure simplifiée, étant fait observer que la Cour aurait pu réparer cette omission en appliquant les dispositions de l'article 462 du nouveau code de procédure civile. Cependant d'autres causes de nullité étaient présentes, comme le défaut de convocation du représentant légal de la personne morale, ainsi que le défaut de communication de la procédure au ministère public (art. 425-2° NCPC) - RPC 1988-4 p.358.

[247] B. Soinne : « *Traité des procédures collectives* » - 2ème éd. Litec n° 1286 - Voir aussi D. Bachasson : « *La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives* » - Gaz. Pal. 11-12 décembre 1998 p. 2, précisant que « *le tribunal doit néanmoins définir (la) mission (de l'administrateur).* »

§1 - La surveillance

42. A titre liminaire, il convient de remarquer que cette mission, avec la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ne pourra plus être prononcée, à compter du 1er janvier 2006 à l'occasion d'une procédure de redressement judiciaire[248]. Toutefois, la surveillance persistera à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure de sauvegarde, exclusive d'un état de cessation des paiements[249]. Cette mission prévue à l'article L 621-22 II (1°) du Code de Commerce laisse au débiteur les pouvoirs les plus étendus pour continuer de gérer son entreprise et réduit d'autant les pouvoirs de l'administrateur. Dans cette hypothèse, ce dernier ne peut exiger du débiteur que les résultats de son exploitation. Les droits du débiteur sont mieux préservés : l'administrateur doit rester étranger à la gestion de l'entreprise, tout dépassement des pouvoirs qui lui ont été octroyés pouvant engager sa responsabilité personnelle. Cette responsabilité pourra être recherchée aussi bien par les co-contractants de l'entreprise que par le débiteur lui-même.

43. A l'occasion de cette mission, le débiteur, pour accomplir un acte rentrant dans les pouvoirs que le tribunal lui a laissés, n'a pas à demander d'autorisation à l'administrateur, qui reste cependant tenu de contrôler sa gestion. A ce titre, l'administrateur se doit d'agir positivement et doit s'informer de la gestion de l'entreprise, en ayant recours à l'expert-comptable du débiteur, ou en s'adressant aux administrations (fiscales, sociales) lorsque l'exploitation paraît compromise.

[248] Art. L 631-12 C. com.
[249] Art. L 622-1 C. com.

Les pouvoirs du chef d'entreprise, en cas de mission de surveillance, ne subissent que peu d'atteintes dans la mesure où le législateur[250] refuse même à l'administrateur le droit de former recours à l'encontre des ordonnances du juge-commissaire qui admettent où rejettent une créance au passif de la procédure.

44. Pour l'essentiel dans le présent cas, comme le fait remarquer un auteur[251], l'administrateur intervient « *a posteriori pour contrôler la gestion du débiteur. L'acte passé par celui-ci est en principe valable et ne saurait être entaché de nullité dès lors qu'il s'agit d'un acte de gestion courante* ». En l'absence de statistique divulguée au public par le Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires à la Liquidation des Entreprises sur le pourcentage de procédure de redressement judiciaire avec un administrateur ayant une mission de surveillance, l'on peut s'interroger sur l'opportunité de celle-ci qui, par ailleurs n'a pas son pendant dans le cadre du régime simplifié. En effet, dans le cadre de cette mission, le débiteur continue de diriger l'entreprise sans subir, de la part de l'administrateur judiciaire de restriction à ses pouvoirs.

Pour autant, le débiteur n'est pas à l'abri d'une modification de la mission de l'administrateur, dont la conséquence retentit directement sur ses pouvoirs. Cette demande de modification est une action attitrée ouverte à l'administrateur, au représentant des créanciers, au procureur de la République ainsi qu'au tribunal qui peut se saisir d'office[252].

Bien que cette prérogative ne soit pas ouverte au débiteur, il n'en reste pas moins que ce dernier doit être entendu. Sans entamer les développements futurs, il convient de préciser qu'à défaut de règles particulières issues des articles L 621-1 et suivants du Code de

[250] Art L 621-105 C. com. : « le recours contre les décisions du juge-commissaire prises en application de la précentre sous-section est ouvert au créancier, ou débiteur, à l'administrateur lorsqu'il a pour mission d'assurer l'administration ou au représentant des créanciers. »

[251] C. Saint-Alary-Houin : « *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation* » - RPC 1990-1 p. 3 n°15

[252] Art. L 621-22 IV C. com. (ex art 31 al. 4 de la loi de 1985) et art. 54 du décret du 27.12.85

Commerce, le régime de droit commun concernant les recours est applicable et lui ouvre ainsi la possibilité d'interjeter appel du jugement.[253]

La modification de la mission de l'administrateur, qui est motivée par le fait que la gestion du débiteur préjudicie au redressement de l'entreprise, donc à ses créanciers, tendra à s'orienter vers la représentation ou à tout le moins l'assistance.

[253] Com. 17 juillet 2001 Act. Proc. Coll. 21 septembre 2001 n° 185; Bull. Civ. IV n° 149 ; D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2677 obs. A. Lienhard.

§2 - L'assistance

45. La mission d'assistance, visée à l'article L 621-22 II (2°) du Code de commerce, suppose que l'administrateur intervienne pour tous les actes de gestion, ou certains uniquement[254], à charge pour les juridictions d'apprécier ce qu'est la gestion[255]. Cette mission, aux termes de la loi de sauvegarde des entreprises, est identique à celle qui existe en procédure de sauvegarde[256].

Le débiteur reste compétent pour accomplir les actes de gestion courante, sans l'aide de l'administrateur, mais son intervention est nécessaire pour tous les autres types d'actes, ceux-ci devant être réalisés conjointement.

L'assistance entraîne la participation du débiteur et du mandataire judiciaire à la prise de décision. Comme le souligne un auteur[257], une régularisation a posteriori peut être opérée par le débiteur, comme par l'administrateur, pour un acte accompli sans l'intervention de l'un d'eux, à condition qu'aucune prescription ne voit le jour avant celle-ci[258].

46. Néanmoins, une autre partie de la doctrine[259] précise « *que l'assistance n'impliquait pas le contreseing de l'administrateur judiciaire [...] d'autant plus que le chef d'entreprise conserve toute une série de pouvoirs propres [...] à défaut par conséquence de précision expresse du tribunal sur l'exigence de l'accord de l'administrateur, beaucoup estiment que l'acte passé par le chef d'entreprise ne serait pas entaché de nullité* ». Cette

---

[254] Com. 12 juin 2001 D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2301 « *ayant reçu une mission d'assistance non limitée à certains actes de gestion* ».
[255] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 636
[256] C. Lebel « Période d'observation », R. P. C septembre 2005, p 200; article L 621-12 C. com, applicable au 1er janvier 2006..
[257] B. Soinne : « *Traité des procédures collectives* » - 2ème éd. Litec n° 1290.
[258] Com. 12 juin 2001 D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2301 obs. A. Lienhard. En cas de prescription acquise antérieurement à l'intervention de l'administrateur, l'acte d'appel effectué par le débiteur en redressement judiciaire est atteint d'une fin de non-recevoir ; Act. Proc. Coll. 27 juillet 2001 n° 161
[259] C. Saint-Alary-Houin : « *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation* » -RPC 1990-1 n° 16.

thèse a reçu un écho auprès de certaines juridictions[260], notamment en cas de promesse de bail commercial (acte exceptionnel qui n'est pas de gestion courante et à ce titre ne peut être accompli par le débiteur seul). En l'absence d'intervention de l'administrateur, qui assistait le débiteur pour tous les actes de gestion et de disposition, l'acte accompli par celui- ci est déclaré inopposable à la procédure collective.

La nullité n'est donc pas la sanction de la non-intervention du mandataire ; le débiteur accomplit valablement seul un pareil acte, ce dernier n'ayant un rayonnement qu'entre les parties contractantes et demeure sans effet vis-à-vis de la procédure.

Il est logique de penser que la Cour de cassation suive ce raisonnement, dans la mesure où elle a déjà sanctionné les actes accomplis par le débiteur dessaisi en les déclarant inopposables à la procédure collective[261].

47. Cette décision permet ainsi de mieux appréhender le clivage doctrinal existant entre les partisans de la nullité absolue[262], pour qui le débiteur ne dispose « *que du pouvoir de faire ce qui n'est pas réservé à l'administrateur* »[263], et ceux favorables à l'inopposabilité, dont la thèse a la faveur de la jurisprudence actuelle.

48. De l'étendue de la mission de l'administrateur dépendra également la qualification de « *créance article 40* » (dorénavant article L 621-32 du Code de commerce) ; celles-ci seront nées régulièrement après le jugement d'ouverture, lorsqu'elles résulteront

[260] CA Versailles 13ème Ch. 9 avril 1998 D. Aff. 1998 p.1051; CA Toulouse 2ème Ch 6 mai 1999 JCP éd. G 2000 IV n° 1089 quant à la responsabilité d'un administrateur qui « *tenu au respect des obligations légales ou conventionnelles incombant au chef d'entreprise* » se doit de contrôler, malgré la fraude du débiteur, ses actes.
[261] Com. 23 mai 1995 D.1995 Jur. p.413 ; Com. 9 janvier 2001 D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 630 et s.
[262] G.Ripert et R. Roblot : « *Traité de droit commercial* » tome 2 13ème éd. LGDJ n° 3037 admettant : « *la nullité absolue parce l'acte critiquable risque de compromettre l'intérêt public qui s'attache au redressement de l'entreprise* » en précisant que le débiteur a accompli un acte pour lequel il n'avait pas pouvoir.
[263] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 640.

d'actes passés par l'administrateur dans la limite de ses attributions, de même que celles que le débiteur aura pu valablement accomplir seul[264].

Les rapports entre l'administrateur et le débiteur, eu égard aux pouvoirs de chacun d'eux, rappellent le principe physique des vases communicants, l'un augmentant ses prérogatives au détriment de l'autre.

Ce principe a récemment été illustré par la Cour de cassation[265] dans le cas d'une absence de signification d'une mesure de saisie-attribution à l'administrateur. Par cet arrêt, la Cour de cassation précise que la mission d'assistance de l'administrateur est totale à défaut de précision donnée par le tribunal et censure, au visa des articles 31 et 32 de la loi (respectivement intégrés aux articles L 621-22 et L 621-23 du Code de commerce), l'arrêt ayant conclu à l'absence de caducité ainsi que de nullité de la procédure d'exécution.

Dans le cadre de la mission d'assistance, les poursuites à l'encontre du débiteur impliquent la mise en cause de l'administrateur[266] et rappellent ainsi l'engagement conjoint de ces parties. L'assistance n'est toutefois pas délimitée par la jurisprudence de manière précise, de sorte que c'est par « touches » qu'elle détermine si l'administrateur peut être à l'origine de

---

[264] Com. 13 octobre 1998 D. Aff. 1998 p.1816 ; RJDA 12-1998 n° 1377 p.1032; RTD Com oct-déc 1999 obs A Martin-Serf p.979, 980 le bénéfice « *du privilège de l'article 40* » dépend de l'attitude du mandataire pouvant être positive comme passive, impliquant pour cette dernière qu'une mise en demeure d'opter pour la continuation du contrat ne soit pas intervenue. Le commentateur précise que « *la condition de la naissance régulière de la créance n'est pas affectée par le caractère délictueux ou dommageable de l'acte générateur de la créance* » mais signifie que celle-ci doit être « *née conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur* ». Le caractère répréhensible de l'acte n'empêche nullement la naissance d'une créance relevant du champ d'application de l'article L 621-32 C. Com. Cette approche, favorable au créancier, préjudicie à l'entreprise car elle alourdit son passif par des créances inutiles à son redressement et générées par des comportements répréhensibles, provenant tant du débiteur que des organes de la procédure ; Com. 27 octobre 1998 RPC 1999 p.157 obs. M. H. Monserié dans le cadre de l'exécution d'un bail après la période d'observation lorsque l'activité n'est pas poursuivie et que l'administrateur n'a pas été mis en demeure d'opter pour la continuation du contrat si, et seulement, s'il n'a pas pris parti contre son exécution et qu'il a laissé les lieux loués à la disposition du débiteur. Cette thèse est poussée à son paroxisme par la cour d'appel de Caen (8 octobre 1998, RPC 1999 p.157 obs.M. H. Monserié) en ce qu'elle fait bénéficier de l'article 40 la créance du bailleur du fait du maintien du débiteur dans les lieux malgré l'avis contraire du liquidateur.

[265] Com. 16 février 1999 J-Cl. Proc.coll. 16 avril 1999 n° 89.

[266] Com. 30 mars 1993 D. 1993 IR 131 et Com. 15 juin 1971 Bull. Civ. IV n° 171.

l'acte envisagé[267]. A défaut d'une telle limitation, la mission de l'administrateur qui est d'assister le débiteur, se confondrait avec celle de le représenter.

Ainsi, la faculté d'exercer un recours à l'encontre d'une ordonnance du juge commissaire pour l'admission d'une créance au passif de la procédure, est interdite à l'administrateur dès lors qu'il n'a pas la mission d'assurer l'administration de l'entreprise[268]. Etudiée à la lumière des pouvoirs propres du débiteur, la mission d'assistance, qui implique l'engagement conjoint du débiteur et de l'administrateur judiciaire pour accomplir un acte, loin de réduire les pouvoirs du débiteur, fait de lui l'homme clé du redressement. Ce régime cantonne, en définitive, l'administrateur à un double rôle : celui de surveiller le débiteur ainsi que de faire fonctionner ses comptes bancaires. Hormis le cas d'un débiteur faisant l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques, cette mission ne présente que peu d'intérêt par rapport au sauvetage de l'entreprise et à l'absence de restriction des pouvoirs du débiteur. Dans ces deux cas de figure, le débiteur est le personnage central qui permet de diriger l'entreprise et de présenter un plan de redressement.

Pourtant, en pratique, certains créanciers (et notamment les banques) qui contractent avec l'entreprise en redressement judiciaire ne s'attachent qu'à l'autorisation de l'administrateur, méconnaissant de la sorte les droits du débiteur qui reste ainsi de fait dessaisi de ses pouvoirs de gestion.

Etant donné que l'assistance limite les pouvoirs du débiteur dans la gestion de son patrimoine, il nous faut désormais examiner les prérogatives de ce dernier dans le cadre de la mission de représentation (§3).

[267] Com. 13 novembre 2002 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 204 : l'administrateur ne peut être à l'origine de la demande de prorogation du permis de construire.
[268] Art L 621-105 C. com issu de l'ordonnance du 18 septembre 2000 publiée au J.O. du 21 septembre 2000.

§3 - La représentation

49. Dernière des missions évoquées à l'article L 621-22 du Code de commerce, la représentation est sans nul doute la plus contraignante de toutes. Cette dernière est reprise par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 à l'article L 631-12 du Code de commerce, applicable dès le 1er janvier 2006. Elle augmente au maximum les pouvoirs de l'administrateur et diminue corrélativement ceux du débiteur. Pour autant, bien que l'administrateur agisse seul au nom du débiteur, l'acte effectué par ce dernier, malgré son absence de pouvoir, n'est pas nul[269], mais inopposable à la procédure collective. Cette solution, désormais affirmée par la jurisprudence conforte la thèse d'après laquelle le débiteur, bien que dessaisi, n'est pas pour autant juridiquement un incapable.

C'est ainsi que les dettes nées durant la période d'observation engagent le patrimoine du débiteur qui conserve, comme le précise le Professeur Soinne[270], « *ses pouvoirs de disposition, y compris à propos des biens de l'entreprise, et ceux d'administration concernant son patrimoine personnel* ».

---

[269] Com. 23 mai 1995 D. 1995 Jur. p. 413 ; Com. 23 juin 1998 D. Aff. 1998 p. 1451 ; CA Versailles 13ème Ch. 9 avril 1998 D. Aff. 1998 p. 1051.

[270] B. Soinne : « *Traité des procédures collectives* » - 2ème éd. Litec n° 1291 ; T. Com Lyon 25 octobre 1972 R. J. Com. 1973 p. 123 sous l'empire de la loi de 1967 précise « *que le failli n'est cependant pas un incapable et que les actes qu'il accomplit sont valables entre les parties ; que si le dessaisissement qui frappe le failli a pour effet de rendre inopposable à ses créanciers les contrats passés par lui postérieurement au jugement déclaratif, elle ne les annule pas* » ; contra CA Orléans 17 février 2000 RJDA 4/00 n° 450 ; J. Cl. Procédures juin 2000 n° 145 obs. H. Croze, appliquant l'article 370 NCPC au remplacement du liquidateur judiciaire selon lequel « *l'instance est interrompue par : (...) la cessation des fonctions du représentant légal d'un incapable* ». Il convient de s'interroger sur cette motivation étant fait observer que les incapacités sont de droit strict et qu'aucun texte ne vise une quelconque incapacité à l'encontre du débiteur en redressement comme en liquidation judiciaire à l'exception de l'article 194 de la loi (incapacité d'exercer une fonction publique élective, désormais supprimé par l'ordonnance du 18 septembre 2000), P. Petel R. J. Com avril 1999 n° 1525 sous CA Paris Ord. 9 juillet 1998. Il est souhaitable que les juridictions abandonnent des fondements battis sur du sable au risque de s'y enliser ! ; Com. 16 février 1999 RJDA 5/99 n° 600, soulignant « que le redressement judiciaire n'a pas pour effet de dessaisir l'administré de la gestion de ses biens ». CA Paris 21 juin 1999 RPC 1999 p. 177 obs. P. Canet, qui rappelle le principe du droit à l'exercice des voies de recours au titre des droits propres du débiteur pour le cas d'une liquidation.

50. Ces dettes, pour bénéficier du « privilège » de l'article L 621-32 du Code de commerce, doivent être nées régulièrement après le jugement d'ouverture et « *conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur ou, le cas échéant, de l'administrateur »*[271].

La régularité de la naissance de ce type de créances s'effectue au regard des dispositions des articles L 621-22 et L 621-23 du Code de commerce, lorsqu'elles sont en rapport avec la gestion de l'entreprise ; elles concernent aussi bien les créances contractuelles que délictuelles, dès lors que le dommage est survenu au cours d'une activité permise.

De l'étendue du dessaisissement du débiteur dépendra la qualification de « *créance née régulièrement après le jugement d'ouverture »*. Seront concernées à la fois celles résultant d'actes passés par l'administrateur dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été accordés, de même que celles provenant d'actes valablement accomplis par le débiteur seul (actes conservatoires notamment). Les autres sont exclues du domaine de l'article L 621-32 du Code de commerce[272].

51. L'augmentation des pouvoirs de l'administrateur a pour corrollaire un renforcement de sa responsabilité, en cas de manquement à son obligation de moyen[273] ; ce

---

[271] Com. 13 octobre 1998 RJDA 12/1998 n° 1377 et D. Aff. 1998 p. 1816 et JPC éd. E 1999 p.1060 note P. Rossi pour qui « *il ne s'agit pas de savoir si le débiteur peut agir (...) mais dans quel intérêt il le peut »* ; s'il s'agit de l'intérêt de l'entreprise, la créance bénéficie alors des dispositions de l'article L 621-32 C.Com, dans le cas contraire elle est payée après celles visées à cet article ; M. N. Legrand, R. J. Com octobre 1999 p. 426 Somm Jur sous TGI Paris Ch. des ventes immobilières. 18 juin 1998. Quant à des créances fiscales nées régulièrement après jugement d'ouverture ; TGI Béthune 13 mai 1998 RPC décembre 1999 p. 220 n° 6 obs C. Saint-Alary-Houin eu égard au sort d'une créance environnementale qui bénéficie de l'article 40 (art L 621-32 C. com) dès que celle-ci est née après le jugement d'ouverture du fait de l'arrêt de l'activité. Le commentateur souligne la confusion entre date d'exigibilité de la créance (liée à la cessation d'activité) et sa naissance (dommage environnemental) ; dans le même sens C. Saint-Alary-Houin RPC juin 2002 p. 100 n° 2 critiquant la motivation de l'arrêt de la Cour de Versailles 13ème Ch. du 21 décembre 2000 ; Act. Proc. Coll. 16 avril 1999 p. 1 obs. D. Voinot et n° 95 ; Com. 17 septembre 2002 D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2735 et s. obs. A. Lienhard retenant comme fait générateur de la créance l'arrêté préfectoral qui impose la consignation de la somme équivalent à la remise en état du site, Act. Proc. Coll. 4 novembre 2002 n° 221.

[272] CA Paris 21 juin 1994 RPC 1999 p. 177 obs. P. Canet.

[273] Com. 9 juin 1998 D. Aff. 1998 p. 1177 ; RTD Com. janvier-mars 1999 p. 190 par A. Laude qui souligne que l'administrateur ne dispose pas d'un droit discrétionnaire quant à la continuation des contrats en cours et que sa décision doit être prise après mûre réflexion afin que son obligation de moyen à l'égard du débiteur ne souffre d'aucun manquement. La mise en oeuvre de sa responsabilité est d'autant plus facile que les contrats ont une importance primordiale. Com. 8 décembre 1998 RJDA 3/99 n° 306 et CA Versailles 18 mars 1999 1ère Ch.A RJDA 7/99 n° 802, la responsabilité de l'administrateur étant retenue si ce dernier ne s'est pas personnellement

qui permet ainsi au débiteur soumis à l'article L 621-22 II (3°) ou (2°), ainsi qu'aux créanciers, de rechercher sa responsabilité.

Dans un cas d'espèce, il était fait grief à l'administrateur de n'avoir pas porté une attention particulièrement soutenue dans le contrôle effectif des actes accomplis, avec ou sans son autorisation, par le débiteur durant la période d'observation (2 mois en l'occurence). Cette abstention eut pour conséquences la création d'un passif de procédure de plus de deux millions de francs, alors que l'entreprise était placée sous son administration exclusive. La condamnation de l'administrateur à supporter la moitié du préjudice fut prononcée eu égard aux agissements d'un créancier[274].

Le débiteur peut également assigner l'administrateur en responsabilité, en dépit des dispositions de l'article L 621-22 II (3°) du Code de commerce. C'est ce qu'illustre un arrêt de la Chambre commerciale du 9 Juin 1998[275] : l'administrateur n'avait pas répondu aux mises en demeure des créanciers de prendre position sur la poursuite de contrats d'exclusivité, si bien que ceux-ci furent résiliés, en application des dispositions de l'article 37 alinéa 1er de la loi (devenu article L 621-28 du Code de commerce).

---

assuré que le co-contractant pourra être payé ou lorsque la situation du débiteur était irrémédiablement compromise au moment où les actes furent accomplis ; Com. 6 juillet 1999 Act. Proc. Coll. 24 septembre 1999 n° 182 et Dr des Soc janvier 2000 obs. Y. Chaput n° 11 l'administrateur peut encourir les dispositions de l'art 1382 C. Civ. s'il ne s'assure pas que le débiteur pourra payer les sommes à l'échéance, alors qu'il s'est porté garant du réglement ; Com 26 octobre 1999 Art. Proc. Coll. 24 décembre 1999 n° 278 ; CA Toulouse 2ème Ch 6 mai 1999 JCP éd. G 2000 IV n° 1089 quant à une mission d'assistance.
Contra : P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprise en difficultés* » - éd. Joly n° 568.

[274] CA Paris 3ème Ch. B 16 avril 1999 D 99 IR p.153 et RJDA 8-9/99 n° 959. La responsabilité de l'administrateur n'est pas engagée quand il s'agit d'un acte de gestion courante accompli par le débiteur lorsque le mandataire, disposant d'une mission d'assistance, ne vise ni ne contresigne l'acte : en l'espèce, la cour d'appel de Paris n'applique pas cette jurisprudence eu égard à la mission de l'administrateur de représenter la débitrice dans tous les actes de gestion et de disposition; CA Paris 3ème Ch.B 25 juin 1999 Act. Proc. Coll. 8 octobre 1999 n° 198 et Dr. des Soc. janvier 2000 obs Y. Chaput n° 11 pour le cas où un administrateur « *représente la débitrice dans tous les actes de gestion et de disposition* » impliquant l'exercice d'une surveillance attentive des actes et des comptes de nature à éviter tout risque d'immixtion du dirigeant dans la gestion de l'entreprise que le tribunal a « *spécialement jugé opportun d'écarter* ». En l'espèce, le débiteur, malgré la mission de l'administrateur, a continué d'exercer ses pouvoirs sans sentir les effets « *du dessaisissement* » ce qui caractérise le manquement de l'administrateur à ses obligations. Sa responsabilité peut dès lors être engagée, Com 26 octobre 1999 Act. Proc. Coll. 24 décembre 1999 n° 278. L'administrateur doit s'assurer que la trésorerie de l'entreprise permet d'acquitter les factures relatives aux commandes passées.

[275] Com. 9 juin 1998 D. Aff. 1998 p.1177.

A n'en pas douter, ces contrats d'exclusivité, qui concernaient des produits recherchés, revêtaient pour le débiteur une importance primordiale pour le redressement de son entreprise, leur non-renouvellement entraînant un préjudice. La faute de l'administrateur résultait, dans cette affaire de l'absence d'une véritable étude sur la position à adopter, de son abstention à demander une prolongation des délais impartis et, enfin, de sa carence à s'entourer d'avis. Cette abstention dans l'action, qui constitue une faute grave de la part de l'administrateur, dépasse la faute retenue dans le régime de droit commun, qui est celle que ne commettrait pas « *un bon père de famille* », autrement dit un homme normalement prudent et diligent[276]. Il n'en demeure pas moins que le critère de la faute simple de droit commun devrait être suffisant pour caractériser la faute de l'administrateur qui manque ainsi à son obligation de moyen. Le lien de causalité, quant à lui, résulte des dispositions de l'article L 621-28 du Code de commerce, qui prévoit la résiliation de plein droit du contrat, après une mise en demeure adressée à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse.

La Cour de cassation octroie ainsi des dommages-intérêts au débiteur victime de l'agissement, ou plutôt de la carence de l'administrateur chargé de le représenter. Elle affirme de la sorte le nécessaire respect par l'administrateur des obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise (article L 621-22 II (3°) du Code de commerce), afin d'éviter toute gestion déficitaire qui rendrait impossible le redressement judiciaire de l'entreprise.

Cet aspect est renforcé par l'article L 621-33 du Code de commerce (ancien article 41 de la loi) aux termes duquel les sommes perçues par l'administrateur, ou le représentant des créanciers, et non portées au compte du débiteur, pour les besoins de la poursuite d'activité, doivent être versées à la Caisse des dépôts et consignations. Tout retard entraîne, pour les

[276] A. Weill et F. Terré : *Droit civil* « *Les Obligations* » - 4ème éd. Dalloz n° 396 et 398.

sommes non versées, le règlement d'un intérêt égal au taux de l'intérêt légal majoré de 5 points[277].

52. Il apparaît ainsi avec force que les droits du débiteur ne sont pas réduits à néant quand une mission de représentation est prononcée par le tribunal ; dans tous les cas, le débiteur pourra valablement exercer une voie de recours, acte conservatoire parmi d'autres, mais qui nécessite l'intervention (forcée si elle n'est pas volontaire) de l'administrateur[278].

Il est à noter qu'en la matière, la Cour de cassation insiste sur le fait que, bien qu'un administrateur dispose d'une « *mission d'assurer seul, entièrement ou en partie l'administration* » de l'entreprise, il importe pour le tribunal de préciser l'étendue des pouvoirs de l'administrateur afin de savoir si l'acte accompli par le débiteur est valable et n'entre pas dans le périmètre de la mission de l'administrateur[279].

Il convient de remarquer que, si l'augmentation des pouvoirs de l'administrateur a pour conséquence la diminution de ceux du débiteur, elle ne prive pas pour autant ce dernier de tous ses droits et actions, ce qui oblige à un examen de la ventilation de leurs pouvoirs[280].

53. La répartition des pouvoirs, entre le débiteur et l'administrateur, ne laisse toutefois pas le dirigeant à l'écart de l'activité interne de la société en redressement judiciaire. Un arrêt de la cour d'appel de Metz[281] met en exergue, dans le cas d'une administration judiciaire disposant du pouvoir d'administrer seule et entièrement l'entreprise, les « *domaines réservés* » de l'administrateur et du dirigeant de la société (SA) en redressement judiciaire.

---

[277] C. Saint-Alary-Houin : « *La gestion de l'entreprise* » - RTD Com. 1986 hors série p.37 n° 54.
[278] CA Versailles 13ème Ch. 3 décembre 1998 D. Aff. 1999 p.380.
[279] Com. 3 février 1998 D. Aff. 1998 p.479.
[280] Com. 26 mai 1998 RTD Com. janvier- mars 1999 p. 210 par J. L. Vallens, précisant que « *la notion de droit propre du débiteur(...)ne recouvre pas nécessairement les seules actions de caractère non patrimonial : la loi donne au débiteur le droit d'agir en ce qui concerne la procédure d'admission des créances alors qu'il s'agit d'une action de nature patrimoniale intéressant les créanciers* » et de poursuivre qu' « *hormis les droits expressément reconnus au débiteur, seuls échappent au dessaisissement les droits non patrimoniaux et les actions conservatoires à condition que le mandataire de justice se joigne au* débiteur » ; voir aussi RPC 1989-2 p. 154 quant aux actions pouvant être accomplies par le débiteur.
[281] CA Metz 1ère Ch. H 21 juillet 1999 D. Aff. 2 septembre 1999 p.1264 et D. Cah. Dr. des Aff. 21 octobre 1999, Act. Jur. p.8 ; Jur. Cl. Droit des sociétés Août-Septembre 2000 n° 119 obs. Y. Chaput.

Ainsi l'administrateur a-t-il le pouvoir exclusif d'accomplir les actes relevant de l'activité externe de la société, et non ceux relatifs au fonctionnement interne de celle-ci, car sans incidence patrimoniale.

54. Dès lors, bien que devant respecter les obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise, l'administrateur ne devient pas dirigeant social et n'a pas, de ce fait, à convoquer les associés, par exemple en vue de l'approbation des comptes sociaux. Cette analyse est corroborée par les dispositions de l'article L 621-58 du Code de commerce qui précisent qu'il appartient à l'administrateur judiciaire de convoquer l'assemblée des associés, dans le seul cas de défaillance des dirigeants lorsque l'adoption du plan de continuation nécessite des modifications statutaires. Malgré la mission confiée à l'administrateur, le dirigeant demeure en fonction et ne fait pas acquérir au mandataire judiciaire une quelconque qualité de dirigeant, au sens du droit des sociétés. Dès lors il apparaitrait logique qu'aucun transfert de responsabilité ne se fasse vers l'administrateur pour des faits incombant aux dirigeants sociaux. N'étant pas dirigeant social, l'administrateur ne peut se voir appliquer des dispositions relatives à cette catégorie de personnes. Cependant le législateur a prévu, à l'article L 621-22-III du Code de commerce, qu'il devrait respecter les obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise en matière sociale et fiscale[282].

Rédigés sous les intitulés « *gestion de l'entreprise* » ou « *administration de l'entreprise* », les textes provoquent une confusion entre la notion d'entreprise, sans définition juridique, et celle de société qui est définie[283]. La Cour de cassation[284] a condamné un

[282] Rép.min. n° 23678, 23 mars 2000 JO Sénat Q 24 août 2000 p.2920 ; Act. Proc. Coll. 6 novembre 2000 n° 219 ne prévoyant aucune dérogation quant à l'obligation de payer la TVA selon les modalités propres à l'article 1695 ter du Code Général des Impôts envers l'administrateur judiciaire, ce dernier devant respecter les obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise, à défaut de quoi la pénalité prévue audit texte s'appliquait.

[283] F. Derrida « *Redressement et liquidation judiciaire* » - D. 2002 Cah. Dr des Aff. Somm. Comm. p.208.

[284] Crim. 21 juin 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. dern. act. p. III ; Act. Jur. p. 352 et s. obs. A. Lienhard, cassant l'arrêt de la Cour de Metz qui procédait à une distinction entre acte relevant de l'activité externe de la société et ceux propres à son activité interne, distinction que la loi ne fait pas. Dès lors en application de l'article 31 (art L

administrateur sur le fondement de l'article 441 de la loi de 1966 (article L 242-10 du Code de commerce). Une première lecture de l'arrêt[285] autorise à penser que bien que toujours dirigeant au regard des tiers, le président du conseil d'administration ou le gérant ne dispose pas de l'exercice de ses pouvoirs dans le cadre de l'article 31(3°) de la loi (article L 621-22 II (3°) du Code de commerce), l'administrateur seul les détenant. Au surplus, le recours au clivage - actes relevant de l'activité externe de la société et actes relevant de l'activité interne - est sans conséquence dans la mesure où la « *personne morale* », à l'inverse de la « *personne physique* », n'est pas titulaire de droits personnels qui lui sont spécialement réservés.

Cependant, la majorité de la doctrine critique cette décision en prenant le contre-pied de cette approche[286]. Une seconde lecture faite sous le visa de l'article L 246-2 du Code de commerce (article 463 de la loi de 1966) permet de justifier (en droit) la décision de la Cour de cassation. En effet si le dirigeant de la société demeure en fonction, il n'en reste pas moins que toute personne, dont l'administrateur judiciaire, qui aura en fait exercé la direction, la gestion ou l'administration de la société au lieu et place de son représentant légal[287], est susceptible d'encourir les sanctions applicables à ce dernier.

La chambre criminelle persiste dans cette voie et confirme sa jurisprudence[288] en occultant le jeu de l'article L 246-2 du Code de commerce.

621-22 C. com), l'administrateur est tenu de respecter les obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise sans aucune restriction. L'administrateur qui dispose d'une mission de représentation se doit d'accomplir les obligations issues de la loi du 24 juillet 1966 -articles L 210-1 et s. du Code de commerce – qui concernent les dirigeants, à défaut de quoi, il encourt les sanctions prévues par cette dernière.

[285] A. Lienhard D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 352 et s. sous Crim. 21 juin 2000.

[286] Act. Proc. Coll. 6 octobre 2000 n° 199 obs. J. P. Legros : L'administrateur est un « *dirigeant temporaire* » qui en tant que tel peut être sanctionné sur le fondement de l'article L 245-16 du Code de Commerce (anciennement article 478 de la loi du 24 juillet 1966). Cet article, s'appliquant à « *toute personne* » qui aura exercé en fait la direction de la société voit son critère utilisé par la Chambre criminelle afin de faire tomber l'administrateur judiciaire sous le coup de l'article 441 de la loi de 1966 (devenu l'article L 242-10 du Code de commerce) qui ne le mentionne cependant pas ; Dr des Soc janvier 2001 n° 7 obs. Y. Chaput ; RPC décembre 2000 par B. Soinne n° 21 pour qui l'administrateur n'a pas vocation à remplacer le président du conseil d'administration dans ses pouvoirs ; JCP éd. G. 2001 II, 10481 obs. A. Couret ; Redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel - JCP éd. G 2000 I, 298 p. 364 pour qui la solution ainsi dégagée doit s'étendre à tous les délits prévus par le droit des sociétés malgré l'amalgame que fait la Cour de cassation entre entreprise et structure ; Droit des sociétés oct-déc 2000 p. 753 et s. note B. Bouloc ; D. 2002 Cah. Dr des Aff. Somm. p. 207 par F. Derrida.

[287] J. P. Legros Act. Proc. Coll. 6 octobre 2000 n° 199.

[288] Crim. 4 avril 2001 Dr des Soc janvier 2002 - Sociétés en difficultés par J. P. Legros n° 7 p. 20.

En conséquence, la convocation de l'assemblée est valablement effectuée par l'administrateur judiciaire, ou à défaut par un mandataire ad hoc désigné conformément à l'article L 225-103 II du Code de commerce (ancien article 158 de la loi du 24 juillet 1966). En ce cas, sa désignation par voie de référé pourra émaner de « *tout intéressé* », et notamment des dirigeants comme de l'administrateur.

Cette vision, sans entamer les futurs développements, est confortée par les articles L 237-15 du Code de commerce (article 403 de la loi du 24 juillet 1966) et 1844-7(7°) du code civil, qui obligent à la désignation, dans le cadre d'une société en liquidation judiciaire, ou faisant l'objet d'un plan de cession totale, d'une personne chargée de la représenter, en plus des mandataires judiciaires nommés.

55. La décision de nommer un administrateur reste relativement rare lors du jugement d'ouverture. Elle n'est le plus souvent appliquée qu'à la suite d'une demande de modification de la mission de l'administrateur et doit être motivée, comme tout jugement. Ce sera le cas notamment en raison de fautes de gestion graves. La réhabilitation de la fonction de chef d'entreprise, formalisée aux articles L 620-1 et suivants du Code de commerce à raison des risques qu'il prend, a pour effet de ne pas évincer systématiquement le débiteur de la gestion de son affaire.

Le régime général de redressement judiciaire qui intéresse des entreprises de plus de 50 salariés ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 3.100.000 Euros hors taxe (20.000.000 F) reste peu employé, l'essentiel étant soumis à la procédure simplifiée de redressement judiciaire (section II).

Section II - <u>Le régime simplifié du redressement judiciaire</u>

56. Depuis la loi de sauvegarde des entreprises, du 26 juillet 2005 qui entre en application le 1er janvier 2006, cette procédure disparait[289]. Actuellement le régime simplifié du redressement judiciaire concerne la majorité des procédures ouvertes, du fait du tissu économique français qui comporte de nombreuses PME-PMI.

Celles-ci se voient appliquer les dispositions du Livre VI, Titre II, Chapitre I, Section V du Code de commerce dès lors que le critère cumulatif visé à l'article L 620-2 du Code de commerce est rempli : un nombre de salariés employés à la date de cessation des paiements, ou au jour de l'assignation, ou à la date de la requête du parquet, voire à la date de convocation du débiteur en cas de saisine d'office, inférieur à 50, ainsi qu'un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur à 3.100.000 Euros.

Dans le cadre de cette procédure, les dispositions concernant la procédure générale sont reprises mais « *allégées* », afin de les adapter aux réalités économiques de l'entreprise en redressement judiciaire. C'est ainsi que la désignation d'un administrateur judiciaire devient facultative (article L 621-137 du Code de commerce, ancien article 141 de la loi de 1985) pour le tribunal. De même la durée de la période d'observation est réduite à quatre mois, renouvelable une fois.

57. Le régime simplifié s'inspirant du régime général, nous nous attacherons à l'étude de ses particularités (§1), puis nous déterminerons les conséquences du dépassement de pouvoir de l'administrateur (§2) et enfin, nous étudierons l'exercice des pouvoirs du débiteur durant la période d'observation (§3).

[289] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », D. 2005, Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p 2311.

§1 - Aperçus sur le régime simplifié

58. A l'inverse de la procédure générale, la procédure simplifiée n'impose pas au tribunal la nomination d'un administrateur[290]. Cette procédure simplifiée offre deux avantages au débiteur : d'une part, il fait l'économie des honoraires d'un administrateur, et d'autre part ses pouvoirs s'exercent pleinement, sans concurrence avec ceux de ce mandataire, hormis les dispositions de l'article 114 du décret du 27 décembre 1985. Ces dispositions confèrent en effet au représentant des créanciers les fonctions dévolues à l'administrateur par l'article 52 de ce même décret (certificat de participation aux assemblées du fait de l'incessibilité des actions ou parts de dirigeants de la société en redressement judiciaire)[291].

59. Mais pour aussi idyllique que le débiteur puisse la penser, l'absence d'administrateur entraîne bien souvent une défiance à son encontre de la part de ses créanciers, car la présence d'un administrateur leur offre une meilleure garantie quant à l'exécution des contrats. Il faut également noter, que la présence de ce mandataire isole moins le débiteur, plongé dans les règles particulières des procédures collectives, et lui permet ainsi d'être renseigné au mieux sur les méandres de celles-ci.

60. Cependant le tribunal, s'il ne préfère laisser la continuation de l'activité entre les mains du débiteur, ce qui lui permet ainsi de disposer de tous les pouvoirs de gestion de son entreprise, à l'exclusion des actes requérant une autorisation judiciaire, dispose de la faculté de nommer un administrateur ou « *toute personne qualifiée* »[292]. A cette occasion, les missions proposées par l'article L 621-137 du Code de commerce sont réduites par rapport à celles de l'article L 621-22 du Code de commerce. Le premier texte exclut la mission relative

[290] Art. L 621-137 C. com (article 141 de la loi de 1985).
[291] Le représentant des créanciers ne dispose d'aucune qualité pour assister le débiteur dans les instances patrimoniales le concernant, ce dernier ne subissant aucune restriction de pouvoir en l'absence d'administrateur. Voir note sous CA Versailles 5 janvier 1988 D. 1990 Somm. p. 9.
[292] Art. L 621-137 C. com (art 141 al. 1 de la loi).

à la surveillance, ainsi qu'à l'assistance et à la représentation partielle (« *le débiteur est soit dessaisi et représenté par l'administrateur soit assisté par celui-ci* »). En ce cas, il se peut que la mesure envisagée par le tribunal porte préjudice (temporairement) à l'entrepreneur en redressement, par exemple, porteur d'un chèque. Le tireur peut faire opposition afin d'éviter le risque de détournement du chèque par le porteur à son profit[293]. L'encaissement doit être effectué avec l'assistance de l'administrateur dès lors que la mission de celui- ci n'est pas de surveillance. Notons au passage que, bien que les critères d'ouverture d'une procédure simplifiée soient réunis, le tribunal, conformément aux dispositions de l'article L 621-134 du Code de commerce, peut d'office, sur requête du parquet ou à la demande du débiteur, faire application du régime général, s'il est de nature à favoriser le redressement de l'entreprise. Dans ce cas, le tribunal est obligé de nommer un administrateur[294].

61. L'application de la Section I (ancien Titre I de la loi de 1985) peut être entrainée par de multiples raisons, et notamment par la fin de la seconde période d'observation, lorsqu' aucun plan n'a pu être présenté par le débiteur à son échéance[295].

Une alternative au passage en régime général existe cependant, confortant de la sorte le débiteur dans ses pouvoirs et lui permettrait, au surplus, de disposer d'une période d'observation équivalente, voire supérieure à celle qui existe dans le régime général. Cette faculté ainsi ouverte aux juridictions provient d'un oubli de la part des rédacteurs de la loi et du décret d'application de celle-ci.

En effet, dans le cadre du régime général, l'article L 621-6 du Code de commerce prévoit que la durée maximale de la période d'observation est fixée « *par décret en Conseil*

[293] M. Jeantin, P. Le Cannu : « Droit commercial – Instruments de paiement et de crédit – Entreprises en difficulté » Dalloz 6ème éd. n°18 et 26 ; J. M. Jude : « Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité ? » D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Chron. p. 2675 et s. (p. 2678 n°12).
[294] Art. L 621-8 C. com (art 10 de la loi).
[295] M. H. Monserie-Bon, Chronique Période d'observation RPC mars 2000 p. 8 n° 1.

d'Etat ». Ce décret[296] précise que la période d'observation est fixée à six mois, « *renouvelable une fois pour une durée égale au plus à six mois* », pouvant être exceptionnellement prolongée sur demande du ministère public « *pour une durée n'excédant pas huit mois* ». Au terme de ces délais, précise l'article en son alinéa 2, « *la poursuite d'activité ne peut en aucun cas excéder la durée maximale fixée ci-dessus* ». Il faut cependant exclure les cas d'appel du jugement prononçant la liquidation judiciaire, ou arrêtant ou rejetant le plan de continuation ou de cession, à condition que l'exécution provisoire soit arrêtée[297], ainsi que ceux prévoyant une poursuite d'activité dans le cadre liquidatif[298]. Dans ce cas, à défaut de l'arrêt d'un quelconque plan durant cette période, le tribunal, par application de ces textes, n'a d'autre choix que de prononcer la liquidation judiciaire.

62. La procédure simplifiée de redressement judiciaire est dans ces mêmes conditions radicalement différente puisqu' aucune sanction similaire à celle de l'article 20 alinéa 2 du décret n'est prévue[299]. En effet, et bien que l'article L 621-136 du Code de commerce (antérieurement article 140 de la loi) indique que la durée de la période d'observation puisse être renouvelée une fois, et renvoie au décret afin d'en fixer les

[296] Art. 20 du décret du 27 décembre 1985.
[297] Art. L 623-9 C. com (art 177 al. 2 de la loi du 25. 1. 1985).
[298] Art. 119-2 du décret du 27 décembre 1985.
[299] Com. 26 octobre 1999 Act. Proc. Coll. 24 décembre 1999 n° 265. La Cour de Cassation rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel qui a infirmé le jugement du Tribunal de commerce rejetant le plan de continuation et prononçant la liquidation judiciaire. En ouvrant un nouveau redressement judiciaire régime général sans prendre en compte la durée de la période d'observation déjà écoulée l'arrêt n'est pas censuré. La Cour de Cassation précise que la loi du 25 janvier 1985 ne comporte aucune sanction en cas d'inobservation de l'article 8 qui ignore « *les modalités d'imputation de la durée de la période d'observation déjà écoulée* ». Cette conception se heurte d'évidence à deux dispositions. D'une part à l'article 177 de la loi (devenu article L 623-9 C. com.) et d'autre part à l'article 20 du décret du 27 décembre 1985 qui sont, à s'en rapporter à l'arrêt du 26 octobre 1999, totalement méconnus. Cette décision va à l'encontre de la prescription légale fixant à 20 mois maximum la durée de la période d'observation. Pour autant, cette jurisprudence ne semble pas devoir prospérer. En effet, l'arrêt ne porte pas mention « P+B » mais « D » n'entraînant pas sa publication au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Cette décision qui doit rester un cas isolé ne devrait donc pas trouver d'écho. Cependant, des cours d'appel (CA Dijon 1ère Ch. Sect. 1 19 décembre 2000 Act. Proc. Coll. 6 juillet 2001 n° 149) résistent en n'appliquant pas la sanction visée à l'article 20 alinéa 2 in fine du décret du 27 décembre 1985, ce dont se réjouit une partie de la doctrine (C. Lebel « Priorité à la survie de l'entreprise » Act. Proc. Coll. 6 juillet 2001 p. 1).
Pour l'application des délais durant la période d'observation : M. H. Monserie-Bon RPC mars 2000 p. 8 n°1.

modalités, ce dernier[300] vise une durée maximale de quatre mois qui peut être renouvelée une fois ou, dans le cas d'une exploitation agricole, jusqu'au terme de l'année culturale en cours.

Cependant, aucune sanction n'est mentionnée du fait de l'arrivée du terme de la période d'observation, lorsqu' aucun plan n'a été arrêté par le tribunal. Ceci permet ainsi de prolonger, hors des limites de l'article 111 du décret, l'activité du débiteur dans le cadre d'un redressement judiciaire, si les moyens sérieux existent, et laissent augurer, à terme, de la présentation d'un plan.

La liquidation judiciaire n'apparaît donc pas comme la sanction du dépassement du délai de la période d'observation, même si la saisine d'office du tribunal, diligentée par le greffe, mentionne dans l'ordonnance présidentielle, ainsi que dans le rapport du juge-commissaire, les dispositions de l'article 117 du décret. Aux termes de ce texte, l'absence de dépôt au greffe d'un projet de plan cinq jours au moins avant l'expiration de la période d'observation, ou s'il apparaît qu'il ne pourra l'être, entraîne pour le juge-commissaire l'obligation d'en référer au tribunal qui décidera des mesures à prendre.

Aucun texte ne mettant fin à la période d'observation, celle-ci se poursuit et une pratique prétorienne[301] consiste, dans l'attente du dépôt d'un plan par le débiteur, à lui donner acte des engagements qu'il prend en vue de celui-ci, et de renvoyer la cause à une date ultérieure afin d'examiner si ses engagements ont bien été respectés. De la sorte, le tribunal dispose d'un pouvoir de surveillance et de sanction qui lui permet en cas d'inexécution de convertir la procédure en liquidation judiciaire[302].

63. Une partie de la doctrine[303] approuve ce raisonnement et précise que « *l'on pourrait dire qu'aucun plan n'ayant été arrêté avant la fin de la durée légale, l'entreprise doit*

[300] Art. 111 du décret du 27 décembre 1985.
[301] notamment T. Com. Charleville-Mézières 3 avril 1997 R/G 97/237.
[302] Art. L 621-27 C. com.
[303] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 614.

être mise en liquidation judiciaire », tout en poursuivant que cette décision « *serait d'une excessive brutalité* », étant fait observer que « *l'arrêt du Conseil constitutionnel examinant la loi de 1985 indique que l'on ne peut obliger une juridiction à statuer dans une durée déterminée sous la sanction qui consiste à appliquer systématiquement une solution négative* ». Néanmoins, ces mêmes auteurs poursuivent que « *le tribunal ne peut indéfiniment attendre les oracles du débiteur ; faute par celui-ci de présenter un projet de plan, la liquidation judiciaire sera prononcée, cette abstention établissant, en l'absence d'offre, l'impossibilité d'établir un plan* ».

64. Cette opportunité, qui provient d'un oubli du législateur, confère au débiteur averti la possibilité de bénéficier d'une période d'observation « *non limitée* ». Elle présente en outre, pour les cautions personnelles personnes physiques, l'avantage de suspendre toute action à leur encontre jusqu'au jugement qui arrêtera le plan de redressement ou qui prononcera la liquidation judiciaire[304]. Ceci leur permet de se constituer une trésorerie durant la période d'observation ainsi prolongée.

Le passage à la procédure générale, avec la présence d'un administrateur, dont les pouvoirs viennent en réduction de ceux du débiteur et dont le coût est supporté par lui, est ainsi évité.

Cependant et en cas de nomination par le tribunal d'un administrateur, un dépassement de pouvoir de la part de ce dernier peut se produire, et les conséquences au regard du patrimoine du débiteur méritent d'être examinées (§2).

[304] Art. L 621-48 C. com.

§2 - Le dépassement de pouvoir de l'administrateur

65. La nomination d'un administrateur et la précision de l'étendue de sa mission[305] par le tribunal, que ce soit selon les dispositions de la Section I ou V du Chapitre I, Titre II, Livre VI du Code de commerce, ne met pas non plus à cette occasion le débiteur à l'abri des conséquences d'un dépassement de ses pouvoirs.

Les actes nécessaires au redressement de l'entreprise qui sont accomplis par l'administrateur engagent implicitement et nécessairement le patrimoine du débiteur. On peut se poser la question de savoir si le dépassement de pouvoir, par l'administrateur, est ou non opposable à la procédure ou atteint de nullité?

La jurisprudence a eu à se prononcer sur la question des actes accomplis par le débiteur hors de ses prérogatives[306] ; elle a retenu que ceux-ci, valables entre les parties, demeurent inopposables à la procédure.

66. En ce qui concerne l'administrateur, le dépassement de ses pouvoirs, pour une partie de la doctrine[307], n'a pas d'effet sur le patrimoine du débiteur qui « *n'est engagé que dans la mesure des pouvoirs prévus par le jugement d'ouverture ou la loi* ». En pareil cas, seul le patrimoine personnel de l'administrateur est engagé, dans l'éventualité d'une action en responsabilité, qui peut être intentée aussi bien par les tiers que par le débiteur lui-même.

D'autres auteurs[308], à défaut de précision donnée par les textes, estiment « *que la nullité semble s'imposer en l'absence d'inopposabilité à la masse* ».

---

[305] CA Versailles 5 janvier 1998 D. 1990 Somm. p.9.
[306] Com. 23 juin 1998 D. Aff. 1998 p.1451 et CA Versailles 13ème ch. 9 avril 1998 D. Aff. 1998 p.1051.
[307] B. Soinne : « *Traité des procédures collectives* » - 2ème éd. Litec n° 1001.
[308] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 638.

67. La question est de savoir si cette nullité, protectrice des intérêts du débiteur, obéit aux règles de l'article 1304 du Code civil qui concernent les nullités relatives, se détache ainsi de l'inopposabilité retenue par la jurisprudence au profit du débiteur qui accomplit un acte dépassant ses pouvoirs, ou si elle obéit aux règles concernant les nullités absolues ?

Si l'inopposabilité est légitimée par l'absence d'incapacité inhérente au débiteur - lui permettant d'accomplir valablement un acte non sanctionné par la loi, tout en protégeant ses créanciers qu'elle met à l'abri de tout rayonnement de l'acte à leur égard - il en va différemment si le dépassement de pouvoir est le fait de l'administrateur. La nullité vise alors à protéger l'actif du débiteur, et par là même le gage de ses créanciers, du fait d'un acte accompli par l'administrateur en dehors du périmètre de sa mission.

Dès lors, la finalité de l'action est la protection du patrimoine du débiteur, qui autorise l'introduction d'une action en nullité soit de sa part, soit de celle du représentant des créanciers, par application de l'article L 621-39 du Code de commerce, voire, plus largement, de toute personne y ayant intérêt.

En effet, malgré le silence du législateur, et dans cette hypothèse, le dépassement de pouvoir de l'administrateur ne peut être sanctionné que par la nullité absolue, dans la mesure où il accomplit un acte en dehors de tout pouvoir[309]. L'impossibilité de prononcer l'inopposabilité de l'acte à la procédure collective est la conséquence que cet acte litigieux ne peut avoir d'effet entre les parties, du fait justement de l'absence de pouvoir de l'une d'elles[310].

Nonobstant la demande en nullité, il faut préciser qu'une demande additionnelle en dommages-intérêts pourra être présentée par ces mêmes personnes à condition, comme le

[309] Juris Classeur Proc.coll. Fasc. 2226 n° 53 par P. Le Cannu ; Rép. Com. Dalloz 8 n°36.
[310] Juris Classeur Proc.coll. Fasc. 2330 n° 81 par P. Delebecque.

rappelle la jurisprudence[311], de rapporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité conformément au droit commun de la responsabilité délictuelle. Il convient de noter également que l'administrateur est tenu, dans le cadre de la mission « *contractuelle* » confiée par le tribunal, d'une obligation de moyen, qui ne sert cependant pas de fondement juridique à la présente demande.

68. Le régime simplifié de redressement judiciaire laissant au débiteur la quasi totalité de ses pouvoirs par rapport à un débiteur *in bonis*, il convient de s'interroger sur sa place durant la période d'observation (§3).

[311] Com. 9 juin 1998 D. Aff. 1998 p.1177.

§3 - La place du débiteur durant la période d'observation

69. Nous avons déjà indiqué que les pouvoirs du débiteur étaient à géométrie variable en fonction de la possible nomination d'un administrateur, et de l'étendue de la mission de ce dernier. Ceci n'a cependant pas pour effet d'empêcher le débiteur d'intervenir à différents stades de la procédure depuis le jugement d'ouverture jusqu'à la conversion en liquidation judiciaire. C'est ainsi que le débiteur peut demander le renouvellement de la période d'observation (article L 621-6 du Code de commerce) ou le remplacement de l'expert ainsi que celui de l'administrateur (article L 621-10 du Code de commerce). Au surplus il concourt avec l'administrateur à l'élaboration du bilan économique et social (article L 621-54 du Code de commerce).

Notons que le passage du régime simplifié de redressement judiciaire, sans administrateur, au régime général ne fait pas obstacle à l'arrêt du plan de redressement judiciaire présenté par le débiteur antérieurement à la nomination du mandataire[312].

Les termes de l'article L 621-54 du Code de commerce, selon lesquels « *l'administrateur propose soit un plan de redressement, soit la liquidation judiciaire* », ne font dès lors pas obstacle à l'arrêt d'un plan présenté par le débiteur, alors que l'administrateur conclut à la conversion en liquidation. L'appréciation et le choix d'arrêter le plan ou de convertir relève du pouvoir souverain du tribunal qui se prononce naturellement en fonction de tous les éléments dont il dispose, y compris ceux ne figurant pas dans le rapport de l'administrateur, à condition toutefois que la motivation soit suffisante[313].

Le chef d'entreprise doit être entendu par l'administrateur afin de lui faire connaître les perspectives de redressement de l'entreprise (article L 621-56 du Code de commerce). Réciproquement l'administrateur doit informer le débiteur de l'avancement de ses travaux

[312] Com. 8 juin 1999 RJDA 10/99 n° 1105 ; P. Cordier « *le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire* » Chronique RJDA 2/00 p 95 n° 3.
[313] Com. 21 janvier 1992 Bull. Civ. IV n° 28.

(même article dernier alinéa). Le débiteur est également le destinataire du rapport de l'administrateur (article L 621-61 du Code de commerce) ; il doit être entendu, ou dûment appelé, avant que le tribunal n'ordonne l'arrêt de l'exploitation, ou la conversion en liquidation judiciaire (article L 621-27 du Code de commerce). Il en est de même lorsque le tribunal arrête son plan de redressement (article L 621-63 du Code de commerce) et quant il procède à la modification de celui- ci (article L 621-69 du Code de commerce). Antérieurement à l'ordonnance du 18 septembre 2000, le débiteur devait être entendu, ou dument appelé avant que le juge-commissaire ne statuât sur une contestation de créance (article 101 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985).

70. Une mesure toute particulière énoncée à l'article L 621-20 du Code de commerce[314] concerne le détournement du courrier du débiteur au profit de l'administrateur[315]. Cette faculté « *que le juge-commissaire hésite parfois à prescrire* »[316], permet de connaître « *la nature et la consistance des biens du débiteur ainsi que ses activités passées et présentes* »[317], lorsqu'une méfiance s'instaure à l'encontre de ce dernier. En l'absence d'administrateur, aucun texte ne prévoit le détournement du courrier au profit du représentant des créanciers. En ce cas, les lettres sont alors remises au « *débiteur* » comme lorsqu'il était « *in bonis* ».

A cette occasion, le régime du Code de commerce déroge au droit commun, et s'oppose ainsi aux dispositions de l'article 9 du Code civil, aux termes duquel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, ne reprend cette disposition qu'en cas de liquidation judiciaire[318].

---

[314] « *Au cours de la période d'observation, le juge-commissaire peut ordonner la remise à l'administrateur des lettres adressées au débiteur* »*;* Juris Classeur Proc.collectives Fasc. 2310 n° 54 et s. par A. Martin-Serf.
[315] C. Saint-Alary-Houin *:* « *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation* » - RPC 1990-1 p.3 n°41.
[316] B. Sonne : « *Traité des procédures collectives* » - 2ème éd. Litec n° 1250.
[317] B. Sonne op.cit.
[318] Article L 641-15 C. com, applicable à compter du 1er janvier 2006.

En l'espèce, si cette mesure est ordonnée, c'est l'intégralité du courrier du débiteur qui sera remise à l'administrateur, le législateur précisant à l'article L 621-20 alinéas 2 et 3 du Code de commerce - mais est-il besoin de le faire -, que le débiteur informé peut assister à leur ouverture et qu'en tout état de cause, l'administrateur doit restituer au débiteur immédiatement les lettres ayant un caractère personnel. Comme le soulignent certains auteurs, cette mesure est mal perçue de la part du débiteur car elle est ressentie comme portant atteinte à ses droits personnels (secret des correspondances)[319].

71. Le régime simplifié, s'inspirant en cela de la procédure générale, autorise le débiteur à demander la prolongation de la période d'observation (article L 621-139 alinéa 2 du Code de commerce)[320], et lui impose de communiquer au représentant des créanciers les propositions de règlement du passif (article L 621-139 alinéa 3 du Code de commerce). L'article L 621-140 du Code de commerce dispose en effet que les offres de reprise sont communiquées par les soins du greffe au débiteur qui doit, dans son projet, faire état de toutes celles-ci.

C'est également lui qui dépose au greffe son projet de plan de redressement (article L 621-141 du Code de Commerce) qui doit être « *réalisable* » ou « *sérieux* » ; à défaut, le tribunal pourra statuer sur celui-ci, sans même que le représentant des créanciers effectue la consultation prévue à l'article L 621-60 du Code de commerce[321].

---

[319] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « *Entreprises en difficultés* » - éd. Joly n° 629.

[320] Com. 25 mars 1997 D. Aff. 1997 p.613 et Bull. Civ. IV n° 82 aux termes duquel il n'est pas interdit « *au débiteur d'élaborer un projet de plan de redressement de l'entreprise lorsqu'un administrateur a été nommé* » ; voir aussi Com. 17 février 1998 D. 1998 Somm. p. 82 et RTD Com. juillet-septembre 1998 p. 675 note C. Saint-Alary-Houin cassant l'arrêt qui retient que le débiteur peut, par son salaire, rembourser l'intégralité de son passif alors que les propositions d'apurement du passif ne peuvent constituer à elles seules un plan de redressement de l'entreprise; Com. 16 février 1999 RJDA 5/99 n° 577 selon lequel « *les propositions d'apurement du passif ne peuvent constituer à elles seules un plan de redressement de l'entreprise* », ce dernier supposant la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif (Art. L 620-1 et L 621-54 C. com) et Act. Proc. Coll. 10 mai 1999 n° 105 ; Com. 8 juin 1999 RJDA 10/99 n° 1105, RTD Com avril-juin 2000 p 446 obs. C. Saint-Alary-Houin.

[321] P. Petel JCP éd. E 1997, I n° 681 et Com. 17 mars 1998 D. 1999 p. 236 note Y. Picod ; Com 17 mars 1998 JCP éd. G 1998 II, 10 080 p. 883 rapport de M. le Conseiller rapporteur J. P. Remery, de même que JCP éd. E

72. Cependant, si la procédure simplifiée sans administrateur maintient davantage le débiteur dans les pouvoirs qui étaient les siens antérieurement au jugement d'ouverture, le prononcé du redressement judiciaire lui cause des difficultés dans la gestion de son entreprise lorsqu'il fait l'objet d'interdictions prévues aux articles L 131-71 et L 163-6 du Code de commerce (interdiction bancaire d'émettre des chèques).

Le régime simplifié ne prévoit aucune disposition similaire à celles de l'article L 621-22 dernier alinéa du Code de commerce qui permet, en semblables circonstances à l'administrateur, de faire fonctionner, sous sa signature, les comptes du débiteur.

Les solutions qui s'offrent au débiteur interdit bancaire dans le cas d'une procédure simplifiée sans administrateur sont limitées : ne pouvant demander au tribunal, avant le jugement arrêtant le plan de continuation, la suspension de la mesure[322], il devra durant la période d'observation, soit régler ses dettes postérieures au jugement d'ouverture en numéraire, ou par virement, ou par chèque de banque, soit solliciter du tribunal la nomination d'un administrateur chargé de faire fonctionner, sous sa signature, les comptes dont il est titulaire, selon les dispositions de l'article L 621-22 V du Code de commerce[323].

73. Malgré la formule pleine d'espoir de l'article L 621-137 du Code de commerce[324], dans ce cas seul l'administrateur pourra faire fonctionner les comptes ouverts désormais à son nom, le concours du débiteur devenant superflu. Dans le cadre du régime simplifié sans administrateur, il est regrettable que le législateur n'aît pas prévu de dispositions semblables à celles de l'article L 621-22 du Code de commerce en faveur du débiteur.

1998 p. 1549 et s ; P. Cordier : «Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire » chronique RJDA 2/00 p. 96 n° 6.

[322] Art. L 621-71 C. com et 103-1 du décret du 27 décembre 1985.

[323] C. Saint-Alary-Houin : « *La gestion de l'entreprise* » - RTD Com. 1986 hors série p. 37 n°48 et J. Cl. proc.coll. Fasc. 2310 n° 53 par A. Martin-Serf quant à l'application de l'instruction du ministère des PTT du 29 janvier 1986 relative au fonctionnement des comptes postaux du débiteur.

[324] « *L'activité est poursuivie par le débiteur* ».

S'il apparaît que ce dernier, malgré l'ouverture d'un redressement judiciaire, dispose de droits quasi identiques à ceux qu'il possédait antérieurement au jugement d'ouverture (1ère Partie, Titre II et 2ème Partie) , hormis le partage de pouvoir qu'il peut y avoir (régime simplifié) ou qu'il y a (régime général), il n'en reste pas moins que l'accomplissement de certains actes est soumis à une autorisation judiciaire (Chapitre II).

Conclusion Chapitre I

Le prononcé du jugement de redressement judiciaire influe sur l'exercice, par le chef d'entreprise, de ses pouvoirs. S'il dispose de la faculté d'accomplir les actes de gestion courante, l'ouverture de cette procédure implique un partage de ses prérogatives avec l'administrateur judiciaire.

La juridiction qui fait application du régime général du redressement, pour lequel la nomination d'un administrateur est obligatoire, confère à ce dernier l'une des trois missions prévues par le législateur (surveillance, assistance, représentation). Le rôle du débiteur au sein de la procédure sera d'autant plus important que celui de l'administrateur sera faible. Pour autant, les pouvoirs du chef d'entreprise en redressement ne seront jamais réduits à néant puisqu'il dispose, en plus de l'administration de son patrimoine personnel, de celui des biens de son entreprise.

Le régime simplifié accentue le rapprochement des situations de l'entrepreneur *in bonis* et en redressement. La nomination d'un administrateur judiciaire étant facultative, en son absence, le débiteur poursuit son activité dans les mêmes conditions que lorsqu'il était *in bonis*, sauf dispositions particulières des procédures collectives. A cette occasion, l'accomplissement de certains actes doit recevoir, au préalable, une autorisation judiciaire.

Chapitre II : Les actes soumis à l'autorisation judiciaire

74. Le but poursuivi par le législateur et qui tend au redressement de l'entreprise, doit concilier deux impératifs. Le premier consiste à préserver les actifs du débiteur, afin d'offrir à ses créanciers une sécurité accrue, tant durant la période d'observation que lors de l'exécution de son plan. En effet, les créanciers en cette matière sont les moins bien traités dans la mesure où les finalités définies par le législateur à l'article L 620-1 du Code de commerce ont pour conséquence que leurs intérêts passent en dernier, après la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité et de l'emploi[325]. Le second impératif législatif vise à restaurer les droits du débiteur, afin de lui permettre d'avoir un rôle actif et de ne pas être écarté de la gestion de son entreprise.

La conciliation de ces deux impératifs parfois en contradiction entraîne pour le débiteur une nécessaire autorisation judiciaire préalablement à l'accomplissement de certains actes. Ceux-ci, considérés par le législateur comme « *dangereux* » parce qu'ils ont nécessairement une incidence patrimoniale sur l'actif du débiteur, mettent à mal la règle de l'égalité des créanciers de l'article L 621-24 du Code de commerce.

Les actes concernés réclament de la part d'une instance judiciaire un examen afin de concilier ces deux impératifs divergents que sont la préservation de l'actif de l'entreprise et le maintien des droits du débiteur. Cette autorisation judiciaire est différente selon le type de l'acte envisagé par le débiteur. Le législateur a hiérarchisé cette autorisation selon le critère de l'importance de l'acte entre le juge-commissaire et le tribunal, ce dernier ayant à se prononcer sur les actes les plus graves. Dans cette logique, il convient d'analyser les actes pour lesquels l'autorisation du juge-commissaire est nécessaire (Section I), ainsi que ceux qui requièrent l'autorisation du tribunal (Section II).

[325] Sur ce point, l'article L 621-66 C. com, dans le cadre d'un plan de continuation est particulièrement édifiant dans la mesure où il permet au débiteur de présenter un plan d'apurement de son passif sur 10 ans, sans intérêt, mettant ainsi les créanciers dans la position de véritables mécènes.

Section I : L'autorisation du juge-commissaire

75. Dans le cas de l'interdiction qui lui est faite d'accomplir certains actes[326], de même qu'en cas d'absence d'autorisation du juge-commissaire pour l'accomplissement des actes pour lesquels cette autorisation est requise, le débiteur tombe sous le coup de l'article L 626-8 du Code de commerce. Aux termes de cet article, il est passible d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 30.000 €.

Cette interdiction telle que visée à l'alinéa 1 de l'article L 621-24 du Code de commerce est cependant atténuée par la jurisprudence[327], ainsi que par une exception issue de la loi de 1994 qui autorise le débiteur, ou l'administrateur, à payer par compensation les créances connexes[328].

---

[326] actes qui sont mentionnés à l'article L 621-24 C. com.

[327] Com 24 novembre 1998 Rev. Droit des Soc. mars 1999 p.13 note Y. Chaput ; D. Aff. 1999 p. 82; RJDA 1/99 n° 68 au sujet d'une somme indûment perçue, l'origine de la créance d'indu est le fait juridique du paiement c'est-à-dire le versement des sommes indues faisant dès lors obstacle à l'application de l'article 33 interdisant au débiteur de payer une créance antérieure au jugement d'ouverture et conférant à son créancier le « *privilège de l'article 40* ». La décision constatant que la somme n'avait pas à être acquittée est donc le fait générateur de la créance ; RTD Com oct-déc. 1999 obs. A. Martin-Serf p. 975 et s. qui critique la position de la Cour de Cassation. Le recours à la théorie de la répétition de l'indu est « *inutile, voire dangereux* » alors que l'autorité de l'arrêt infirmatif est suffisante pour constituer l'origine de la dette de restitution du plaideur malheureux en appel. Dès lors bénéficiera de l'article 40 le créancier dont l'arrêt sera rendu postérieurement au jugement d'ouverture. Cependant, le Professeur A. Martin-Serf souligne une difficulté, à savoir que le bénéfice de l'article 40 sert au redressement et à la poursuite d'activité de l'entreprise, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce, « *ce qui ramène une nouvelle fois au débat sur le champ d'application de l'article 40, que seul le législateur pourrait rétrécir* »; Com 5 décembre 1995 JCP éd. G 1996 I, 3935 Chronique Redressement et liquidation judiciaire des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel n° 3 approuvent la position de la Cour de Cassation qui après cassation d'une décision de condamnation en paiement considère que la créance de restitution naît à la date de l'arrêt. Le refus de choisir comme date du fait générateur la date de paiement effectué confère au bénéficiaire de la restitution plus de chances d'obtenir le rétablissement de sa situation antérieure : Com 4 janvier 2000 Droit des Soc. mars 2000 par Y. Chaput quant à la créance des dépens ; Com. 8 décembre 1998 RJDA 2/99 n° 193 JCP éd. G 1999 I, 139 Chronique Redressement et liquidation judiciaire des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel p 972; Civ 3ème 13 octobre 1999 Act. Proc. Coll 24 décembre 1999 obs G. Blanc.

[328] Com. 6 avril 1999 RJDA 6/99 n° 693 relatif à la validité d'un nantissement d'un bon de caisse garantissant le solde d'un compte courant débiteur : la Cour précise que le créancier gagiste bénéficie de la compensation entre sa créance et le montant du titre comme en matière de dettes connexes - Com. 6 janvier 1998 D. Aff. 1998 p. 382; Com. 9 décembre 1997 Lamy Droit des affaires février 1998 p. 7; JCP éd. G 1998 chronique Redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel, I, 141 p.1042. Dans la première espèce, la Cour de cassation précise que « *la clause conventionnelle de compensation a fonctionné bien avant la période suspecte* » entraînant son application dans la procédure collective. Dans la seconde espèce, l'arrêt est cassé pour non-détermination de l'existence d'un lien de connexité entre les délégations réciproques issues de conventions distinctes. Le Professeur M.Cabrillac précise que dans la première espèce, « *le critère de validité serait le fonctionnement de la clause avant la cessation des paiements* » et de poursuivre qu'à défaut, la compensation ne peut intervenir que dans la mesure où le critère de « l'ensemble contractuel unique » est satisfait ; Com. 5 avril 1994 Bull. Civ. IV n° 142; Com. 20 mai 1997 D. Aff. 1997 p. 762 refusant la compensation entre le solde

Cette possibilité, initialement utilisée dans le cadre d'une convention de compte courant, a été élargie par la jurisprudence. Désormais, le mécanisme de la compensation joue dans le cadre de dettes réciproques nées d'un même contrat[329], voire plus globalement, lorsque les dettes connexes résultent d' « *un ensemble contractuel unique* » ou d' « *une opération économique globale* » émanant de plusieurs conventions qui, dans l'intention des parties, n'en forment qu'une. A ce titre, le cas des contrats-cadres offre une illustration parfaite.

Pour que le débiteur puisse payer par compensation, encore faut-il qu'il existe « *un lien de connexité entre les obligations réciproques nées de conventions distinctes* »[330].

Il est cependant remarquable de noter qu'en pratique, le débiteur ainsi que l'administrateur solliciteront du juge-commissaire l'autorisation de compenser, sous réserve que la créance aît été déclarée au passif de la procédure[331].

---

créditeur d'un compte d'associé et l'absence de libération intégrale du capital social. Pour la Cour de cassation, il n'y a pas de connexité entre l'obligation issue du contrat de société (libération du capital) et l'obligation issue de la convention de compte courant.Voir contra : CA Paris 5ème Ch. B 5 novembre 1998 D. Aff. 1999 p. 36 quant à la compensation entre le montant non encore libéré du capital social de la part d'un actionnaire et sa créance en compte d'associé.

[329] P. Cordier : « Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire » Chronique RJDA 2/00 p. 99 n° 28 ; Com. 19 mars 1991 JCP éd. G 1991 II, 21726 : lorsque des créances étaient postérieures et antérieures au jugement d'ouverture; Com. 22 avril 1997 D. Aff. 1997 p. 864 : « *la connexité suppose nécessairement que les créances aient un fondement contractuel* » - Voir pour l'absence de connexité entre une créance de TVA exigible avant le jugement d'ouverture et un crédit d'impôt postérieur : Com. 19 janvier 1999 D. Aff. 1999 p. 296 obs.A. Lienhard ; JCP éd. G 1999 I, 139 Redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel p. 973 ; Act. Proc. Coll 12 février 1999 n° 36; RTD Com. 1999 p. 746 : par cette décision, la Cour de cassation retient une conception restrictive de la connexité en l'absence de lien entre ces opérations (absence de convention, de contrat cadre ou d' « *ensemble contractuel unique* ») le critère lié à l'existence de créances nées de la même activité tel que retenu par la cour d'appel est désavoué, ce dont se félicite le Professeur M. Cabrillac. A l'inverse, l'utilisation de ce critère eut entraîné la compensation de la majorité des créances et des dettes de l'entreprise et permis dès lors au fisc de bénéficier « *d'une faveur dérogatoire et injustifiée* ». Cette position est également retenue par Lienhard qui précise que « *la connexité suppose qu'il y aît identité du fait générateur entre les créances* » et de poursuivre que la Cour de cassation a, en l'espèce, cherché à restaurer un équilibre entre les créanciers. D'une part, le fisc dispose de privilège ne cédant la place qu'au superprivilège des salaires et des frais de justice et d'autre part, la compensation de créances antérieures au jugement d'ouverture doit être strictement circonscrite afin de ne pas vider de sa substance l'article 33 de la loi (devenu l'article L 621-24 C. com) ; Com 23 novembre 1999 Act. Proc. Coll. 14 janvier 2000 n° 8.

[330] Com. 9 décembre 1997 Lamy Droit des affaires - février 1998 p. 7.

[331] Com. 6 février 1996 D. 97 Somm. p. 77 par A. Honorat : le mécanisme de la compensation implique que le créancier déclare sa créance au passif du débiteur en application de l'article 50 de la loi (devenu l'article L 621-43 C. com) ; Com. 5 janvier 1999 Act. Proc. Coll. 26 février 1999 n° 52.

Cette « *autorisation* » non prévue par les textes n'entraîne pas automatiquement une décision par laquelle le juge-commissaire se déclare incompétent. En effet, comme le rappelle M. le Professeur Soinne, « *le juge-commissaire n'excède pas ses pouvoirs lorsqu'il intervient à propos d'actes pour lesquels son autorisation n'est pas nécessaire* »[332].

Légalement, l'autorisation du juge-commissaire doit être recueillie lorsque le débiteur ou l'administrateur veut accomplir l'un des actes prévus à l'article L 621-24 du Code de commerce aux alinéas 2 et 3 (§1) ; il en est de même dans le cas d'un licenciement, tel que visé à l'article L 621-37 du Code de commerce qui reprend les dispositions de l'article 45 de la loi (§2). Enfin, pour l'exécution d'un contrat en cours dans le cadre de la procédure simplifiée sans administrateur, comme pour le paiement différé de marchandises couvertes par une clause de réserve de propriété, la même autorisation se doit d'être recueillie, conformément à l'article L 621-137 du Code de commerce (§3).

[332] B. Soinne : « Traité des Procédures collectives » - Litec 2ème éd. n° 1320.

§1 - Les actes prévus à l'article L 621-24 alinéas 2 et 3 du Code de commerce

76. L'interdiction faite au débiteur de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture est tempérée par certaines exceptions.

Indépendamment du paiement par compensation de créances connexes, visé à l'alinéa 1er et précédemment examiné, le débiteur peut, s'il y est autorisé par le juge-commissaire, s'acquitter d'une dette antérieure au jugement d'ouverture dans les cas limitativement énumérés par le législateur à l'alinéa 2 de l'article L 621-24 du Code de commerce (A) ainsi que de l'alinéa 3 (B).

A - Les actes prévus à l'article L 621-24 alinéa 2 du Code de commerce

77. Cet alinéa précise que « *le juge-commissaire peut autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante, à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à compromettre ou transiger* ».

Bien que la catégorie des actes de gestion courante soit ultérieurement étudiée (Titre II), il convient d'indiquer qu'il s'agit d'actes de disposition et d'administration que le débiteur continue d'exercer sur son patrimoine, malgré l'ouverture de la procédure. De même, le débiteur conserve les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur[333]. Cette notion aux contours encore incertains est précisée par la jurisprudence.

C'est ainsi qu'à l'occasion d'un cautionnement fourni par un débiteur postérieurement au jugement d'ouverture, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la portée de l'acte[334].

[333] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 640, au sujet du champ d'application de l'article 32 de la loi.
[334] Com. 6 juin 1995 JCP éd. G 1995 IV, 1892.

Elle a précisé, au visa de l'article 47 de la loi (désormais article L 621-40 du Code de commerce), qu'un semblable engagement de la part du débiteur lui est interdit car il consiste en une obligation de faire qui se traduit en « *un engagement de payer une somme d'argent* ».

Le Professeur Petel commentant l'arrêt[335] souligne trois griefs à l'égard d'un fondement qu'il juge « *guère satisfaisant* ». D'une part, « *l'action litigieuse n'a pas pour objet un paiement de somme d'argent* » ; d'autre part, quand bien même il s'agirait du paiement d'une somme d'argent, rien ne permet de dire qu'il s'agit du paiement d'une dette antérieure au jugement d'ouverture. Enfin, l'auteur de l'action n'est pas le bénéficiaire du cautionnement.

La solution consacrée par la Cour de cassation est néanmoins conforme au droit des procédures collectives, dans la mesure où elle évite ainsi « *qu'un tiers puisse contraindre le débiteur à souscrire un engagement nouveau, susceptible d'être générateur d'un passif de procédure, alors que l'opportunité d'un tel engagement doit être laissée à l'appréciation des organes de la procédure* ». Dès lors, s'agissant d'un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, le débiteur doit recueillir l'autorisation du juge-commissaire. Ce dernier, saisi par voie de requête à l'initiative du débiteur ou de l'administrateur, rendra une ordonnance autorisant l'accomplissement de l'acte sollicité, ou le refusant[336].

78. L'autorisation que doit recueillir le débiteur apparaît nécessaire au regard des conséquences de l'acte qu'il compte accomplir. En effet, certains actes ont des répercutions importantes sur le patrimoine de l'entreprise en redressement judiciaire, qui, rappelons le, constitue la seule « *garantie* » de ses créanciers.

---

[335] Redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel - JCP éd. G 1996 I 3896 n° 16.

[336] D. Bachason : La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives - Gaz. Pal. 11 et 12 décembre 1998 p. 3.

Dès lors, pour respecter au mieux leurs droits, le législateur a prévu un contrôle judiciaire avant la passation des actes considérés comme dangereux et énumérés aux alinéas 2 et 3 de l'article L 621-24 du Code de commerce. Dans ce domaine, la protection des créanciers est en jeu, ce qui implique que la liste des actes visés à l'article L 621-24 du Code de commerce ne soient pas limitative et, comme le précise une partie de la doctrine[337], que le juge-commissaire puisse autoriser les actes les moins graves. L'absence d'autorisation entraînera la conséquence que l'acte accompli pourra être annulé à la demande de tout intéressé[338], comme constituant une nullité absolue.

79. La jurisprudence a eu à se pencher sur l'épineux problème de la transaction, afin de délimiter le champ d'application de l'article L 621-24 alinéa 2 du Code de commerce.

La question qui se posait était celle de savoir si le débiteur ou l'administrateur devait se faire autoriser prélablement par le juge-commissaire, afin de transiger sur des créances postérieures au jugement d'ouverture. L'article L 621-24 alinéas 1 et 3 ne concernant que les créances antérieures, on pouvait penser que l'autorisation, telle que visée à l'alinéa 2, ne concernait pas les créances postérieures au jugement d'ouverture. Pourtant la Cour de cassation[339] ne distingue pas entre créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture, et soumet le débiteur à l'obligation de recueillir l'autorisation du juge-commissaire. Le Professeur Cabrillac[340] souligne que la Cour a fait application du principe « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », afin d'appliquer les dispositions de

[337] J. P. Dom: Act. Proc. Coll. 12 février 1999 p. 1.

[338] Art. L 621-24 dernier alinéa C.com. ; Com. 5 janvier 1999 D. Aff. 1999 p. 174 obs. A. Lienhard, RPC 1999 p. 176 obs. P. Canet qui précise « *que toute transaction est soumise à l'autorisation préalable du juge-commissaire quelque soit son objet, même...s'il ne s'agit pas du paiement, visé par l'alinéa 1 de l'article 33 de la loi, d'une créance antérieure* » ; R. J. Com. 1999 p. 408 n° 1540 obs. C. H. Gallet ; J. L. Courtier Droit des Soc. décembre 1999 p. 14 « *les transactions signées pendant la période de redressement judiciaire doivent être soumises, à peine de nullité à l'autorisation du juge commissaire* ».

[339] Com. 5 janvier 1999 D. Aff. 1999 p. 174 et D. 1999 Cah. Dr des Aff. Somm. p. 350 par A. Honorat, qui doute que la transaction concernant une créance antérieure, même autorisée par le juge-commissaire, soit valide eu égard au régime impératif de la procédure de déclaration et vérification du passif ; P. A. 26 janvier 1999 n° 18 p. 6, 7 : le législateur a consacré un principe de portée générale à l'article L 621-24 C.com qui s'impose quel que soit l'objet de la transaction, tant envers l'administrateur qu'envers le débiteur.

[340] M. Cabrillac : Redressement et liquidation judiciaires des entreprises - JCP éd. G 1999 I, 139 p. 967.

l'article L 621-24 alinéa 2 du Code de commerce à la transaction portant sur des créances issues de la période d'observation.

80. La transaction, qui peut mettre à mal les droits des créanciers en leur faisant perdre un gain qui ne tombera pas dans le patrimoine du débiteur (entreprise), nécessite une surveillance de la part du juge-commissaire, qui veille à la protection des intérêts en présence.

81. Plus largement, la mesure édictée s'applique à tout acte de disposition étranger à la gestion courante, critère qui s'apprécie « *in concreto* » en fonction du « *type d'entreprise envisagé et en fonction des usages du commerce dans le secteur économique considéré* »[341]. En ce domaine, l'autorisation demandée par le débiteur ne doit pas dépasser les pouvoirs dont dispose le juge-commissaire. Si ceux-ci ne sont pas limités par l'article L 621-24 du Code de commerce[342], ils le sont implicitement, mais nécessairement, par rapport aux pouvoirs du tribunal, qui seul peut arrêter le plan de cession de l'entreprise (articles L 621-84 et suivants du Code de commerce). Cette limitation est justifiée, comme le rappelle Madame le Professeur Saint-Alary-Houin[343], par le fait que « *le pouvoir d'habilitation du juge-commissaire n'est pas discrétionnaire et trouve une limite dans la nécessité de respecter l'intérêt de l'entreprise et son sauvetage* ».

L'énumération, forcément limitative, donnée par l'alinéa 2 de l'article L 621-24 du Code de commerce ne se justifie que pour prévenir tout problème, quant à la nécessaire autorisation du juge-commissaire, et ne fait dès lors pas obstacle à la demande d'autorisation sollicitée par le débiteur pour accomplir un acte non mentionné à cet alinéa. L'autorisation ne vise pas seulement les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise,

[341] C. Saint-Alary-Houin : « La gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p.37 n° 34.
[342] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 1321.
[343] C. Saint-Alary-Houin : « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » - RPC 1990-1 p.3 n° 33.

comme l'hypothèque, le nantissement ou la transaction, mais également tout acte ayant des conséquences patrimoniales lourdes pour l'avenir de l'entreprise, ainsi que pour ses créanciers.

C'est la sauvegarde de ces intérêts qui justifie l'intervention du juge-commissaire, afin qu'il autorise le débiteur à accomplir un acte de cette nature.

82. Une semblable autorisation est également prévue à l'alinéa 3 de l'article L 621-24 du Code de commerce en cas de retrait de gage ou d'une « *chose légitimement retenue* », dès lors que les conditions légales sont réunies (B).

B) <u>Les actes prévus à l'article L 621-24 alinéa 3 du Code de commerce</u>

83. A l'interdiction faite au débiteur de régler des créances antérieures au jugement d'ouverture, exception faite du paiement par compensation des créances connexes, le législateur a ajouté à l'alinéa 3 deux autres exceptions.

La finalité recherchée par le législateur a déjà été soulignée, à savoir : la volonté de redresser l'entreprise et la protection des créanciers. A fortiori ceux qui ont aidé l'entreprise après le jugement d'ouverture, doivent bénéficier des dispositions de l'article L 621-32 du Code de commerce. La poursuite de l'activité peut rendre nécessaire le paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture pour les cas limitativement énumérés à l'article L 621-24 du code de commerce[344]. En semblables circonstances, l'intervention du juge-commissaire est obligatoire afin qu'il autorise le débiteur à payer une créance antérieure au jugement d'ouverture, ou à retirer un gage ou une chose, objet d'un droit de rétention,

[344] D. Bachasson : « La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives » - Gaz. Pal. 11 et 12 décembre 1998 p. 3.

nécessaire à la poursuite d'activité de l'entreprise. Cet article étant de droit strict, il n'est pas possible que le débiteur ou l'administrateur sollicite une autorisation de la part du juge-commissaire pour le paiement d'une créance antérieure, hors du périmètre des cas visés[345].

Cette autorisation de retrait est une condition préalable, nécessaire avant toute demande tendant à la vente du bien gagé[346]. En l'espèce, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait déclaré valable l'ordonnance du juge-commissaire, qui avait autorisé la vente d'un bon de caisse souscrit auprès d'une banque, et que cette dernière détenait à titre de gage. Le recours contre l'ordonnance du juge-commissaire est soumis au tribunal (article 25 du décret), dont le jugement peut faire l'objet d'un appel-nullité (ce qui semble avoir été le cas en l'espèce, dans la mesure où l'arrêt précise que le juge-commissaire avait agi dans le cadre de ses prérogatives).

La Cour de cassation a infirmé l'arrêt, au visa de l'article 33 alinéa 3 de la loi (désormais article L 621-24 du Code de commerce), en relevant que « *le juge-commissaire n'avait pas au préalable autorisé le retrait du gage dans les conditions prévues à ce texte* » et a mis dès lors en exergue la méconnaissance de l'étendue de ses pouvoirs par ce dernier, qui s'était contenté de « *bloquer* » le prix à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Dans le cadre d'un droit de rétention, celui-ci doit recevoir sa pleine efficacité car le paiement n'est ni préalable ni concomitant à la remise du bien.

---

[345] C. Saint-Alary-Houin : « La gestion de l'entreprise » - RTD Com. 1986 hors série p.37 n° 37 ainsi que « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » - RPC 1990-1 p.3 n° 36 et Com. 27 octobre 1998 RTD Com. 1999 p.749 refusant la qualification de contrat de gage à la somme consignée auprès du comptable du Trésor pour assurer le recouvrement d'une créance du Trésor Public. Par cet arrêt, la Cour de cassation refuse de voir dans cette consignation une sûreté, marquant ainsi la distinction entre sûreté et garantie, les premières étant de droit strict.

[346] Com. 11 mai 1999 Gaz. Pal. 26-28 septembre 1999 Pan. p.201; JCP éd. G 1999 I, 177 p 1925 chronique Redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel qui soulignent la nécessité du paiement de la créance garantie et son nécessaire retrait pour la poursuite de l'exploitation ; J. L. Courtier « les pouvoirs donnés au juge commissaire par l'article 33 al 3 de la loi du 25.1.85 » RPC décembre 1999 p 210 et s. Le juge commissaire donne une double autorisation : celle de retirer le gage ou la chose légitimement retenue d'une part et celle de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture d'autre part « tout en sachant que ce retrait doit être justifié par la poursuite de l'activité ».

Dans ce cas[347], la jurisprudence utilise le même raisonnement que pour le contrat de gage, bien que le droit de rétention ne soit ni une sûreté ni un droit de gage ; le créancier rétenteur doit procéder à une déclaration de créance au passif du débiteur, en tant que créancier chirographaire comme tout créancier antérieur. Cependant, cette garantie, opposable à tous sans droit de suite ni de préférence, est d'une efficacité redoutable. En effet, durant la période d'observation, le débiteur (avec ou sans l'administrateur) ne peut retirer la chose retenue qu'en réglant l'intégralité de la créance, après avoir reçu l'autorisation du juge-commissaire.

84. L'article L 621-24 du Code de commerce étant de droit strict ne souffre aucune exception quant à la nécessaire autorisation du juge-commissaire.

La nullité absolue, qui sanctionne le non-respect de la procédure prévue à l'article L 621-24 du Code de commerce, incite le débiteur à un respect scrupuleux de ces dispositions.

En ce qui concerne plus particulièrement le licenciement du personnel durant la période d'observation, le débiteur est également obligé de suivre la procédure légale de l'article L 621-37, ce qui nécessite de la même manière l'autorisation du juge-commissaire (§2).

[347] Com. 9 juin 1998 RTD Com. 1999 p.751.

§2 - Les actes prévus par l'article L 621-37 du Code de commerce

85. L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire n'étant pas une cause de rupture du contrat de travail[348], il importe dès lors au débiteur, ou à l'administrateur, de recueillir l'accord du juge-commissaire, pour procéder aux licenciements pour motifs économiques. Le Code de commerce ne visant que les licenciements pour motif économique, autorise dès lors le débiteur ou l'administrateur à procéder aux licenciements pour autres motifs selon les règles du droit commun, sans solliciter la moindre autorisation judiciaire. La procédure qui concerne les licenciements pour motif économique est prévue par l'article L 621-37 du Code de commerce (A), étant précisé qu'elle ne fait cependant pas obstacle au contrôle du juge de droit commun (B).

A - La procédure visée à l'article L 621-37 du Code de commerce

86. Durant la période d'observation, les licenciements ne peuvent intervenir que s'ils présentent un « *caractère urgent, inévitable et indispensable* », après autorisation du juge-commissaire. Cette autorisation n'a comme préalable que la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ainsi que l'information de l'autorité administrative compétente.

A l'appui de sa demande, l'administrateur ou le débiteur (employeur) joint ainsi l'avis recueilli, et les justifications des diligences tendant à l'indemnisation et au reclassement des

[348] Soc. 5 octobre 1999 Bull. Civ V n° 367 ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. redressement et liquidation judiciaires par F. Derrida p 6 ; D. 1999 IR p. 242 (96-40746) ; Soc 6 mai 1998 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. redressement et liquidation judiciaires par F. Derrida p. 5 « *la mise en redressement judiciaire ne constitue pas en soi un cas de force majeure* » mettant fin au contrat à défaut « d'*extériorité* » de la situation par rapport à l'entreprise. Pour le cas d'un liquidateur judiciaire : Soc. 26 juin 2000 - Bull. Civ. V n° 254 et Dict. perm. diff. des entreprises mai 2001 p. 6068 n° 504 quant à la cession d'une unité de production, le contrat de travail est de plein droit transféré au cessionnaire malgré le licenciement opéré par le mandataire liquidateur.

salariés[349]. En cas de désaccord entre le débiteur et l'administrateur sur les salariés à licencier, c'est à l'administrateur, « *investi d'un pouvoir propre par l'article 45, que revient la décision finale. Lorsque l'administrateur sollicite, en effet, une autorisation, c'est une habilitation qu'il sollicite, une sorte de complément de pouvoir pour effectuer un acte relevant de la gestion générale de l'entreprise* »[350].

A cette procédure dérogatoire, et donc spécifique, se superpose la procédure de droit commun, qui pallie ainsi les carences des articles L 620-1 et suivants du Code de commerce. L'autorisation du juge-commissaire peut certes faire l'objet d'un recours devant le tribunal, « *mais ensuite la décision du tribunal ne peut, en principe, faire l'objet ni d'appel, ni d'opposition, ni de tierce opposition, ni de pourvoi en cassation* »[351].

L'interdépendance des règles issues des procédures collectives et du droit commun a pour conséquence un partage d'attribution entre le tribunal de commerce, le conseil des prud'hommes et le tribunal de grande instance[352].

Le premier statue uniquement sur le volume des licenciements, laissant au second le soin de se prononcer sur les mesures individuelles prises par le débiteur ou son administrateur postérieurement à l'autorisation du juge-commissaire. Le troisième, quant à lui, est compétent pour statuer en référé sur le plan social à l'initiative d'un syndicat ou du comité d'entreprise. Tant que le plan social n'est pas présenté aux représentants du personnel, la procédure des licenciements est nulle (art L.321-4-1 Code du travail) et peut être contestée par le comité

---

[349] Soc 26 mai 1999 RPC 1999 p 225 n° 8 obs F. Taquet.

[350] C. Saint-Alary-Houin : « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » - RPC 1990-1 p. 3 n° 38.

[351] Art. L 623-4 (2) C. Com; voir aussi J. M. Sportouch : « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires » Dr. soc. 1992 p.788.

[352] Soc 14 octobre 1997 JCP éd. G 1998 I, 111 Chronique redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel p 276 et s. quant au rôle que détient le tribunal de grande instance pour statuer sur le contentieux portant sur le plan social après ordonnance rendue par le juge commissaire sur le fondement de l'article 45 de la loi. La chambre sociale écarte les dispositions de l'article 174 du décret en précisant que « *l'attraction de la compétence du Tribunal de la procédure se limite aux litiges nés de cette procédure ou sur lesquels celle-ci exerce une influence, ce qui n'est pas le cas du contentieux portant sur le plan social* ». Cette analyse se heurte cependant au fait que le juge commissaire statue après avis du comité d'entreprise et sur la justification des diligences faites par l'administrateur pour faciliter le reclassement des salariés.

d'entreprise suite à son avis défavorable[353]. La jurisprudence, constante sur ce point[354], précise que « *l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire ne saurait s'étendre ni à la question relative à la situation individuelle du salarié […] ni au droit individuel du salarié […] de demander […] l'allocation d'une indemnité calculée en fonction de son préjudice* ». La chambre sociale minimise l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire devant le juge de droit commun, ce qui peut entraîner pour l'entreprise des conséquences financières importantes[355].

87. Le défaut d'autorisation expose l'employeur (le débiteur) au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse[356]. Certains auteurs[357] considèrent que le licenciement sans autorisation peut être annulé. Cette interprétation est confortée par le fait que le législateur a voulu protéger l'emploi, faisant dès lors de l'autorisation une condition de validité des licenciements[358].

Le juge-commissaire, ou le tribunal, indique le nombre des licenciements autorisés, les catégories concernées, ainsi que la régularité des procédures de consultation des représentants

[353] Soc 6 juillet 1999 RPC mars 2000 p 19 n° 7 par F. Taquet soulignant l'insécurité juridique qui en résulte pour les chefs d'entreprise eu égard à l'absence de délai à l'action du comité d'entreprise ainsi qu'à l'annulation du plan social qui entraîne la nullité des licenciements et la réintégration dans l'entreprise des salariés.
[354] Soc. 12 janvier 1999 RPC 1999 p. 172 obs. F. Taquet ; Soc. 8 juin 1999 Act. Proc. Coll. 24 septembre 1999 n° 187 : l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire « *ne saurait s'étendre à la question de la situation individuelle des salariés* » ; RTD Com oct-déc 1999 obs C. Saint-Alary-Houin p. 966.
[355] Soc. 5 avril 1995 Bull. Civ.V n° 123; Soc 8 juin 1999 RPC 1999 p. 228 n° 14 obs F. Taquet. L'ordonnance du juge commissaire étant définitive, le caractère économique du licenciement ne peut plus être contesté mais n'interdit pas au salarié d'intenter une action devant le juge prud'hommal concernant sa situation individuelle et D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. redressement et liquidation judiciaires par F. Derrida p. 6, 7.
[356] Soc. 30 mai 1990 Bull. Civ. V n° 258 ; Soc. 5 octobre 1999 D. 1999 IR. p. 242 (n° 98-41.384).
[357] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » - Dalloz 3ème éd. 1991 n° 493 et obs F. Derrida D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. redressement et liquidation judiciaires p 7 quant au licenciement obtenu par fraude, sous Soc 27 octobre 1998.
[358] J. M. Sportouch : « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires » Dr. Soc. 1992 p. 792 ; Soc. 3 mai 2001 Bull. Civ. V n° 151, l'absence d'autorisation préalable prive le licenciement de cause économique: Act. Proc. Coll. 27 juillet 2001 n° 164.

du personnel et d'information de l'administration[359], à charge pour l'employeur (débiteur) ou son administrateur de procéder aux licenciements[360].

L'absence de consultation des représentants du personnel par l'employeur ou l'administrateur est constitutive du délit d'entrave aux fonctions de ces représentants et se trouve pénalement sanctionnée. La régularité de la consultation relève de la compétence du conseil des prud'hommes[361]. Dans ce cas, « *la liste nominative des salariés licenciés n'a pas à être dressée par le tribunal et serait en toute hypothèse dépourvue d'effet* »[362].

En ce domaine, les droits du débiteur sont confrontés d'une part à l'autorisation du juge-commissaire et d'autre part aux règles du droit commun des licenciements pour motif économique[363] (B).

---

[359]C. Dechriste : « L'étendue du contrôle prud'homal en matière de licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective » D. Aff. 1999 p.359 et Soc 8 juin 1999 Bull. Civ V n° 268.

[360] En insistant sur le fait qu'il n'y a « *pas de licenciement sans reclassement* ». Ce dernier doit toujours être recherché dans l'établissement, l'entreprise, le groupe, les filiales, même en cas de liquidation judiciaire Soc 10 mai 1999 RPC 1999 p. 231 n°23 obs F. Taquet ; Soc 8 juin 1999 Bull. Civ V n° 268 « *le licenciement pour motif économique n'a de cause réelle et sérieuse que si l'employeur s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié (...) il appartient au juge (...) de rechercher si l'employeur a respecté son obligation de reclassement* » et D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. Redressement et liquidiation judiciaires par F. Derrida p. 7 et 8 concernant respectivement Soc 8 juin 1999 et Soc 10 mai 1999 le non respect de l'obligation de reclassement fait perdre au licenciement sa cause réelle et sérieuse; Soc. 20 octobre 1999 Act. Proc. Coll. 25 février 2000 quant à l'application de cette obligation dans le cadre d'un plan de cession ; Com. 6 décembre 2000 RPC juin 2001 n° 13 p. 105 obs. F. Taquet « *l'obligation du redressement est nécessairement dans le débat portant sur la cause économique du licenciement* ».

[361] Soc. 3 mars 1998 n° 95-45.201 Bull. Civ.V n° 312 ; Soc 12 janvier 1999 JCP éd. G 1999 I, 139 Chronique Redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M Cabrillac et P. Petel n° 8 : « *la régularité de la consultation des élus du personnel et de l'information donnée à l'autorité administrative relève de l'appréciation du Conseil des prud'hommes au motif que le salarié dispose d'un droit individuel à contester cette régularité* ». Cette motivation, si elle ne justifie pas la compétence prud'homale, permet au salarié de former recours hors du délai de l'article 25 du décret du 27.12.85.

[362] Soc. 27 octobre 1998 RPC 1999 p. 172 obs. F. Taquet.

[363] C. Dechriste : « L'étendue du contrôle prud'homal en matière de licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective » D. Aff. 1999 p. 358.

B - Le débiteur face au juge prud'homal

88. L'autorisation du juge-commissaire, si elle ne permet plus la remise en cause du caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements économiques ainsi que de leur nombre, n'interdit nullement à « *un salarié de contester l'ordre des licenciements intervenus, ou d'invoquer la fraude* »[364].

Dans ce cas, le conseil des prud'hommes demeure compétent pour tout ce qui a trait à l'individualisation du licenciement. Le fondement juridique réside dans les dispositions de l'article L 511-1 du Code du travail qui vise les litiges entre l'employeur et le salarié à l'occasion du contrat de travail. Les dispositions de l'article 174 du décret du 27 décembre 1985 qui confère au « *tribunal saisi d'une procédure de redressement judiciaire compétence pour tout ce qui concerne le redressement* » souffre de cette exception retenue par la jurisprudence[365]. Dès lors, le choix des salariés à licencier appartient à l'employeur, ou à son administrateur, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation quasi discrétionnaire, sauf détournement de pouvoir, l'employeur étant le seul juge des aptitudes professionnelles des salariés. La jurisprudence, qui confère au chef d'entreprise un quasi pouvoir absolu, a été critiquée par une partie de la doctrine[366] et a subi un revirement à la suite de la mise en place d'une nouvelle législation.

[364] Soc. 27 octobre 1998 RPC 1999 p.172 n° 28 obs. F. Taquet ; Soc. 30 mars 1999 RPC 1999 p. 232, 233 n° 27 obs. F. Taquet au terme duquel le salarié qui ne demande pas à l'employeur les critères d'ordre des licenciements conformément à l'article L122-14-2 C. du trav. ne se prive pas de se prévaloir de l'inobservation de ces critères prévus par l'article L 321-1-1 du même code afin de demander réparation de son préjudice. L'inobservation des règles concernant l'ordre des licenciements pour motif économique constitue une illégalité qui entraîne, pour le salarié, la perte injustifiée de son emploi lui donnant droit à réparation de son préjudice nonobstant le caractère réel et sérieux du licenciement. La preuve du dommage du salarié entrant seule en compte peu importe qu'il s'agisse du non respect des critères comme de l'absence de réponse de l'employeur à la demande du salarié. L'appréciation des juges du fond est grande en ce domaine.

[365] J. M. Sportouch : « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires » Dr. Soc. 1992 p.792 et Soc. 30 mars 1999 RPC 1999 p 232, 233 n° 27 obs F. Taquet.

[366] J. Savatier : « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique » - Dr. Soc. 1990 p. 515.

89. L'article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945, fait obligation, pour les entreprises tenues d'avoir un règlement intérieur, d'y inclure les règles relatives à l'ordre des licenciements collectifs. Il était tenu compte des charges de famille, de l'ancienneté dans l'établissement, des qualités professionnelles à défaut de dispositions dans la convention collective.

Pour la Cour de cassation[367], « *les considérations contenues dans l'ordonnance n'ont qu'une valeur indicative* » et faisaient prévaloir le critère relatif aux qualités professionnelles. Cette appréciation subjective conférait à l'employeur, via le règlement intérieur, un pouvoir immense dans le choix des salariés à licencier, méconnaissant ainsi l'ordre dans lequel l'ordonnance l'enferme. Pour une partie de la doctrine[368], la Cour de cassation « *inversait purement et simplement l'ordre des facteurs prescrit par la loi* » et précisait que « *le congédiement qui ne respecte pas cet ordre à suivre n'est pas abusif mais illégal* ». Postérieurement, de nouvelles normes furent adoptées[369]. La loi du 4 août 1982 dispose que les critères relatifs à l'ordre des licenciements ne sont plus limitatifs et ne doivent être déterminés qu'au moment des licenciements. De plus, l'employeur se doit de recueillir l'autorisation administrative afin de pouvoir licencier. Cette dernière autorisation fut supprimée par la loi du 30 décembre 1986 qui précise à l'article L 321-1 du Code du travail « *qu'à défaut de convention ou accord collectif de travail applicable, l'employeur définit, après consultation du comité d'entreprise, ou, à défaut des délégués du personnel, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements* ».

La loi du 30 juillet 1987 a ajouté un alinéa 2 à l'article L 321-1 du Code du travail qui précise « *que la convention ou l'accord collectif de travail ou à défaut la décision de l'employeur ne peuvent comporter des dispositions établissant une priorité de licenciement à*

[367] Soc. 20 novembre 1963 D. 1964 p. 139 note G. Lyon-Caen.
[368] G. Lyon-Caen : note sous Soc. 20 novembre 1963 D. 1964 p. 140.
[369] J. Savatier : « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique » - Dr. Soc. 1990 p. 516.

raison des seuls avantages à caractère viager dont bénéficie un salarié ». Enfin, la loi du 2 août 1989 a modifié les critères devant être pris en compte, à savoir : les charges de famille, l'ancienneté de service dans l'établissement, la situation des salariés, les qualités professionnelles (article L 321-1-1 du Code du travail). En cas de licenciement individuel pour motif économique, l'employeur doit donc prendre en considération ces critères et les énumérer au salarié dès lors que la demande lui en est faite.

90. La jurisprudence particulièrement favorable à l'employeur[370] a pris une nouvelle orientation de manière à ce que l'exercice des droits du chef d'entreprise soit moins potestatif au regard du choix des salariés à licencier.

Les dispositions nouvelles vont à l'encontre de l'ancienne jurisprudence en refusant à l'employeur le droit de ne retenir qu'un seul critère lié à l'aptitude des salariés[371]. Cependant, la difficulté d'application des différents critères laisse à l'employeur le soin de pondérer ceux-ci, hormis le cas où la convention collective établit une hiérarchie.

En ce domaine, l'employeur est « *responsable de l'entreprise et doit pouvoir en conséquence choisir ses collaborateurs* »[372]. Dorénavant, le chef d'entreprise a l'obligation de fixer les critères de l'ordre des licenciements, sans avoir la possibilité d'en écarter certains.

Le rôle du juge est d'apprécier, d'une part si l'employeur a suffisamment tenu compte des différents critères visés par la loi et, d'autre part la véracité des motifs du licenciement (caractère réel et sérieux de celui-ci). Le pouvoir de l'employeur reste particulièrement étendu en ce domaine, et le prononcé d'un redressement judiciaire, surtout sans la nomination d'un administrateur, le maintient dans ses droits antérieurs. Le respect par le débiteur des

---

[370] Soc. 20 novembre 1963 D. 1964 p. 139 note G. Lyon-Caen ; Soc. 26 juin 1986 Bull. Civ. V n°339 : « *en l'absence d'énonciations contraires du règlement intérieur, l'employeur était en droit de ne retenir que le critère tiré des qualités professionnelles des salariés intéressés pour ne conserver à son service que les plus aptes à contribuer au redressement de l'entreprise* ».

[371] J. Savatier : « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique » - Dr. Soc. 1990 p. 520.

[372] C. Const. 20 juillet 1988 AJDA 1988, 572.

procédures visées, tant par le Code de commerce que par le Code du travail[373] est de toute première importance, compte tenu du risque financier qu'il fait courir à son entreprise, en cas de non respect de ces dispositions.

91. L'intérêt que portera le débiteur au suivi de son entreprise, donc à la gestion de ses problèmes tant internes qu'externes est une des conditions majeures de l'établissement d'un plan de redressement judiciaire et de son respect. Durant la période d'observation, cette attention doit être d'autant plus forte que le débiteur est moins encadré. En effet, la quasi absence de contrôle dans la procédure simplifiée sans administrateur a pour corollaire que l'avenir du débiteur dépend, dans une très large mesure, de ses capacités et choix. Ces derniers se manifestent pleinement lors de l'accomplissement des actes énumérés par l'article L 621-137 du Code de commerce et qui nécessite l'autorisation du juge-commissaire (§3).

[373] Sur la motivation de la lettre de licenciement : F. Taquet : « Motivation de la lettre de licenciement » Act. Proc. Coll. 28 février 2003 p. 1, Soc. 2 mars 1999 RPC 1999 p 225 n° 7 obs F. Taquet qui admet que l'addition de deux mentions insuffisantes donne naissance à une mention valable « *suppression de poste* » et « *restructuration de l'entreprise* », alors que la véritable cause ne sera connu du salarié que lors de l'audience, contredisant ainsi l'art L.122-14-2 du Code du travail « *la lettre de licenciement doit énoncer les motifs économiques ou les changements technologiques invoqués par l'employeur* ». Le défaut de motivation ou une motivation insuffisante entraîne l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, tout comme l'omission du visa de l'ordonnance du juge-commissaire (Ass. Plén. 24 janvier 2003 Act. Proc. Coll. 28 février 2003 n°47 – R. J. Com.octobre 2003 n°1621 obs. J. L. Courtier) ; ce moyen devant au besoin être relevé d'office par le juge car il est nécessairement dans le débat : Soc. 26 mai 1999 RPC 1999 p 225 n° 8 obs F. Taquet. La position de la Cour de Cassation « *n'est pas sans rappeler la solution adoptée en matière de reclassement. En effet, depuis 1996, la Cour Suprême estime que le moyen relatif à l'exécution par l'employeur de son obligation de reclassement est nécessairement dans le débat* » (voir Soc. 10 mai 1999 RPC 1999 P. 231 n° 23 obs. F. Taquet).
Pour le cas d'une fraude commise par l'employeur dans le cadre des dispositions de l'article 45 loi 25.1.85 : Soc. 27 octobre 1998 D. 2000 Cah. Dr. Aff. Somm. Comm. redressement et liquidation judiciaires par F. Derrida p. 7. La Chambre Sociale a considéré que la lettre de licenciement est suffisamment motivée lorsqu'elle se contente de viser l'ordonnance du juge commissaire autorisant le licenciement : Soc. 5 mai 1998 RPC 1998-3 n° 41 obs. F. Taquet ; Soc 5 octobre 1999 Bull. Civ.V n° 367. La mention de la cause de licenciement et ses conséquences doivent apparaître dans la lettre de licenciement : Soc. 6 juillet 1999 RPC mars 2000 p. 18 n° 4 par F. Taquet.

§3 - Les actes prévus à l'article L 621-137 du Code de commerce

92. Nous l'avons déjà indiqué : l'ouverture d'une procédure simplifiée de redressement judiciaire sans administrateur maintient, pour une large part, le débiteur dans ses droits. La nécessité d'un contrôle judiciaire des actes accomplis par le débiteur du seul fait qu'ils ont des conséquences patrimoniales est un impératif. Ce contrôle permet de protéger, à la fois, ses créanciers et lui-même.

L'autorisation judiciaire, sous l'égide du juge-commissaire, trouve application dans le cadre de la poursuite des contrats en cours (A), ainsi que dans celui du paiement différé de biens vendus sous clause de réserve de propriété (B).

A - La poursuite des contrats en cours

93. Dans le cas où le tribunal ne nomme pas d'administrateur, le débiteur se trouve investi par l'article L 621-137 du Code de commerce « *des fonctions dévolues à celui-ci (...) par l'article L 621-28 du Code de commerce s'il y est autorisé par le juge-commissaire* ». L'autorisation est, comme nous l'avons vu précédemment, un impératif préalable constamment réaffirmé tant par la Cour de cassation[374], que par la doctrine[375]. En ce domaine, les pouvoirs du débiteur ne sont limités que par cette disposition légale de l'article L 621-137 du Code de commerce durant la période d'observation. Ces dispositions, de droit strict, sont donc limitatives et permettent *a contrario* au débiteur à ne pas poursuivre un contrat en s'abstenant de recourir au juge-commissaire.

[374] Com. 6 mai 1997 RJDA 8-9/97 n° 1104 : « *la décision de continuer un contrat en cours qui, dans la procédure simplifiée de redressement judiciaire sans administrateur est prise par le débiteur lui-même n'est régulière qu'autant que le juge-commissaire l'a autorisée et qu'à défaut d'une telle autorisation, cette décision est nulle* ».

[375] D. Bachasson : « La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives » - Gaz. Pal. 11 et 12 décembre 1998 p. 3.

94. Le droit de ne pas poursuivre un contrat en cours reste ainsi dévolu entièrement au seul débiteur, ce qui est conforme à l'article L 621-28 du Code de commerce qui prévoit la résiliation de plein droit du contrat après une mise en demeure adressée à l'administrateur, et dans le cas présent, au débiteur, restée plus d'un mois sans réponse[376].

La Cour de cassation[377] conditionne la poursuite du contrat en cours, ainsi que la créance qui en résulte et qui bénéficie de l'article L 621-32 du Code de commerce, à l'autorisation du juge-commissaire. Cette autorisation est une condition indispensable que le tribunal doit, au besoin d'office, vérifier, afin de constater la régularité de la décision[378].

Une partie de la doctrine[379] souligne « *la malfaçon de la loi de 1985* », au regard de la possible passivité du débiteur. Dans ce cas, le risque de perte d'un élément d'actif est grand, tant au niveau des créanciers du débiteur qu'au niveau du redressement de son entreprise. Dès lors, cet auteur propose, *de lege ferenda*, de concevoir que la mise en demeure fasse l'objet d'une notification au représentant des créanciers. Ce dernier pourrait ainsi saisir le juge-commissaire dans le délai de l'article L 621-28 du Code de commerce pour ordonner, et non pas autoriser, la poursuite d'un contrat, lorsque sa résiliation entraînerait un dommage pour les créanciers du débiteur.

L'obligation de recourir à une autorisation préalable du juge-commissaire est également présente lors du paiement différé de biens vendus sous clause de réserve de propriété (B).

---

[376] Com. 9 janvier 1996 RJDA 4/96 n° 549 et JCP éd. G 1996 I, 3935 n° 21.

[377] Com. 6 juillet 1999 RJDA 10/99 n° 1099 : « *Attendu que la décision de continuer un contrat en cours qui, dans la procédure simplifiée de redressement judiciaire sans administrateur, est prise par le débiteur lui-même n'est régulière qu'autant que le juge-commissaire l'a autorisée et qu'à défaut d'une telle autorisation, cette décision est nulle* ».

[378] CA Paris 3ème Ch. A 26 octobre 1999 D. 1999 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 79. Pour la Cour d'Appel de Paris, le défaut d'autorisation du juge commissaire pour la poursuite d'un contrat en cours (un prêt en l'espèce) n'est pas nul mais la créance en découlant ne bénéficie que du 5ème rang de l'article 40 et non du 3ème.

[379] M. Cabrillac : « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises » - JCP éd. G 1996 I, 3935 n° 21.

B - <u>Le paiement différé de biens livrés sous clause de réserve de propriété</u>

95. Le débiteur voit ses prérogatives issues de ses droits diminuées par l'article L 621-137 du Code de commerce, lorsqu'il exerce la faculté qui lui est offerte dans le cadre de l'article L 621-122 du Code de commerce. Cet article, relatif à la revendication des marchandises livrées sous clause de réserve de propriété jusqu'au complet paiement, permet au juge-commissaire d'accorder au débiteur un délai de réglement, avec l'accord du créancier. Dans ce cas, le paiement du prix est assimilé à une créance née postérieurement au jugement d'ouverture. Un auteur[380] précise que le débiteur, en obtenant l'autorisation du juge-commissaire, peut effectuer un « *paiement différé de marchandises couvertes par une clause de propriété* ». Dès lors, l'autorisation du juge-commissaire entraîne un double effet. D'une part vis à vis du débiteur : ce dernier, se voyant autoriser par le juge-commissaire à régler ultérieurement le montant dû, n'est pas tenu de restituer les marchandises livrées, qui peuvent être nécessaires à la poursuite de son activité. D'autre part vis à vis du créancier : celui-ci bénéficiera, pour le solde restant dû, des dispositions de l'article L 621-32 du Code de commerce. Au surplus en cas d'inexécution de la part du débiteur, il disposera de la possibilité de faire reconnaître son droit de propriété sur les biens livrés, afin de se les faire restituer. Notons également qu'une action en responsabilité civile pourra être intentée à l'encontre du débiteur, sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil. Dans cette hypothèse, cette créance de dommages intérets, dont le fait juridique du paiement (la décision de condamnation) sera postérieur au jugement d'ouverture, bénéficiera également des dispositions de l'article L 621-32 du Code de commerce[381]. La nécessaire autorisation du juge-commissaire ne met donc pas le débiteur à l'abri de tout risque, ce qui impose à ce dernier le respect de ses engagements.

[380] D. Bachasson : « La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives » - Gaz. Pal. 11-12 décembre 1998 p. 3.
[381] Com. 24 novembre 1998 RJDA 1/99 n° 68.

96. L'autorisation judiciaire conditionne la validité des actes qui peuvent être accomplis par le débiteur et qui sont considérés comme dangereux au regard de la procédure. En effet, il faut qu'un équilibre s'instaure entre, d'une part, la sauvegarde des actifs de l'entreprise, qui, rappelons le, est la seule garantie de la plupart de ses créanciers et, d'autre part, l'exercice par le chef d'entreprise de ses pouvoirs, à défaut d'incapacité résultant de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à son encontre[382].

L'intervention d'une instance judiciaire est en rapport direct avec l'acte que le débiteur envisage d'accomplir. Le juge-commissaire reçoit compétence pour se prononcer sur les autorisations relatives aux actes les moins graves mentionnés ci-dessus. Le tribunal, quant à lui, se prononce à l'encontre des actes ayant une influence déterminante sur la situation du débiteur (Section II).

[382] Com. 13 octobre 1998 RJDA 12/98 n° 1377 dont les observations précisent que « *le débiteur soumis à une procédure collective, fut-il frappé de dessaisissement comme en cas de liquidation judiciaire, n'est pas juridiquement incapable* » et T. Com Lyon 25 octobre 1972 R. J.Com. 1973 p.123 : « *Attendu que le failli n'est cependant pas un incapable* » Contra CA Orléans 17 février 2000 J. Cl. Procédures juin 2000 n° 146 obs. H. Croze ; RJDA 4/00 n° 450 « *le remplacement du mandataire liquidateur (...) équivaut à la cessation des fonctions du représentant légal d'un incapable* ». Gageons que cette exception en reste une !

Section II - L'autorisation du tribunal

97. Si le tribunal a la faculté[383] de statuer sur les demandes faites au juge-commissaire, indépendamment de tout recours, lorsque ce dernier n'a pas jugé dans un délai raisonnable, le juge-commissaire est par contre radicalement incompétent pour se prononcer sur une mesure relevant de la sphère d'attribution du tribunal. Ce cloisonnement entre tribunal et juge-commissaire a pour conséquence que tout acte ordonné par ce dernier et qui relève de la compétence du tribunal est constitutif d'un vice grave[384] autorisant un recours-nullité.

Le tribunal se voit reconnaître une compétence exclusive pour statuer sur la mise en location-gérance du fonds appartenant au débiteur (§1), sur les mesures propres à faciliter le redressement de l'entreprise, que ce soit dans le cadre d'un plan de continuation (§2) ou d'un plan de cession (§3).

§1 - La location-gérance

98. Le recours à la mise en location gérance de l'activité du débiteur relève de la compétence exclusive du tribunal. En outre, seul le procureur de la République peut demander la conclusion de ce contrat (article L 621-34 du Code de commerce). Cette défiance du législateur vis à vis de ce mode d'exploitation d'un fonds de commerce, étendue à l'entreprise par la loi de 1985, est justifiée par son caractère éphémère et dangereux. Cette forme d'exploitation a été considérée comme favorisant « *le pillage de la clientèle et des fichiers de l'entreprise défaillante par le gérant ou encore de procurer au débiteur en état de cessation*

[383] Art. 25 D. 27.12.85 : le tribunal se saisit d'office ou est saisi à la demande d'une partie.
[384] L. Cadiet « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises » - RPC 1989-3 p. 378 n° 20 et G. Bolard : « Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites » - RPC 1991-1 p. 6 n° 15.

des paiements le moyen de continuer son exploitation sous le couvert d'un prête-nom »[385]. Cette gérance, dans le cadre d'un redressement judiciaire, peut être utilisée soit durant la période d'observation (A), soit dans le cadre de l'arrêt d'un plan de redressement judiciaire (B).

A - <u>La location-gérance durant la période d'observation</u>

99. Si des craintes légitimes peuvent être émises à l'encontre de la location-gérance, il faut constater cependant que celle-ci « *évite l'accumulation du passif prioritaire de l'article 40, les créanciers du gérant ne bénéficiant pas de ce texte* »[386]. Le projet de réforme des procédures collectives supprime le recours à la location-gérance en période d'observation mais la maintient en phase de liquidation judiciaire[387]. La possibilité de conclure ce contrat, après autorisation du tribunal, n'est réservée par l'article L 621-34 du Code de commerce qu'aux entreprises dont la disparition « *serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale* », formule reprise de l'article 1er de l'Ordonnance 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises (JO du 28 septembre 1967).

On peut se demander si cette disposition, prévue dans le cadre du régime général, trouve application dans le régime simplifié. L'article L 621-133 du Code de commerce précise que les dispositions de la loi sont applicables, si elles ne sont pas contraires aux dispositions du titre II de la loi relatif à la procédure simplifiée, étant fait observer que le tribunal a toujours la faculté de faire application du régime général (article L 621-134 du Code de commerce)[388]. Pour la conclusion de ce contrat, les textes ne prévoient pas de consultation des

---

[385] G. Ripert et R. Roblot : « Traité de droit commercial » tome 2, 13ème éd. LGDJ n° 3207 ; P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 658 ; C. Saint-Alary-Houin : « La gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 57 n° 55.

[386] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 659.

[387] P. M. Le Corre : « La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté » Gaz. Pal. 10, 11 décembre 2003 p. 13 et s. (p. 19).

[388] C. Saint-Alary-Houin : « La gestion de l'entreprise » - RTD Com. 1986 hors série p.58 n° 58 ; P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 433 : « *ce choix peut intervenir après le jugement d'ouverture tant que la période d'observation n'est pas terminée* » ; T. Com Antibes 16

mandataires nommés, ni même du débiteur. Il semble eu égard à l'importance de cet acte, qu'il s'agisse d'une omission des rédacteurs, et on ne saurait envisager qu'une telle décision fût prise sans qu'il eût été procédé à la convocation et, le cas échéant, à l'audition de ces organes[389]. Cette mesure, qui intéresse directement l'avenir de la procédure du débiteur, fait l'objet d'une publicité d'office au registre du commerce et des sociétés (article 36-1(6°) du décret du 30 mai 1984).

Postérieurement à la conclusion de ce contrat, l'administrateur doit veiller au respect des engagements du locataire-gérant (article L 621-35 du Code de commerce) et, dans le cas d'une procédure simplifiée sans administrateur, cette tâche ressortit du débiteur lui-même.

Dans cette hypothèse, la période d'observation est prolongée jusqu'au terme du contrat dont la durée est au maximum de deux ans, période au cours de laquelle la location-gérance ne constitue qu'une exploitation précaire de l'activité.

La location-gérance peut prendre fin par application des dispositions de l'article L 621-35 du Code de commerce, lorsque le locataire-gérant diminue les garanties qu'il avait données, ou lorsqu'il porte atteinte aux éléments pris en location-gérance. Dans ce cas, la saisine du tribunal peut être effectuée par l'administrateur ou, à défaut par le débiteur, afin d'obtenir la résiliation du contrat. Celle- ci, de même que l'arrivée du terme de deux ans, a pour conséquence de permettre que le débiteur gére à nouveau son entreprise et, à défaut de plan de redressement viable présenté au tribunal, qu'une conversion en liquidation judiciaire soit prononcée[390].

Les textes ne prévoient pas de manière expresse de pouvoir pour le débiteur en ce domaine. Cependant, ce dernier pourra intervenir de manière indirecte. En effet, hormis le cas de la conclusion d'un tel contrat par le débiteur, en cas d'absence d'administrateur dans la

---

décembre 1986 D. 1987 p. 372 note F. Derrida ; G. Ripert et R. Roblot : « Traité de droit commercial » tome II 13ème éd. LGDJ n° 3067 p. 1030.

[389] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » - Litec 2ème éd. n° 1235.

[390] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 663.

procédure simplifiée, les articles L 621-34 et suivants du Code de commerce ne précisent pas son intervention. La solution pour le débiteur réside alors dans le fait de présenter requête au parquet afin que ce dernier demande au tribunal d'autoriser la conclusion du contrat. En outre, la résiliation de ce contrat, au regard de l'article L 621-35 du Code de commerce, pourra émaner du débiteur. Pour ce faire, il lui suffira de provoquer la saisine d'office du tribunal en sollicitant du juge-commissaire la mise en oeuvre de cette procédure (articles 8 et 24 du décret du 27 décembre 1985).

Indépendamment de l'article L 621-35 du Code de commerce, le régime de droit commun relatif à la période d'observation s'applique. La Cour de cassation semble ne s'être prononcée qu'une fois sur le régime de la location-gérance durant la période d'observation[391], et a adopté une position stricte vis-à-vis de ce type de contrat. La mise en location-gérance, qui prolonge la période d'observation d'autant, « *ne fait pas obstacle au pouvoir du tribunal de prononcer, à tout moment, la liquidation judiciaire de l'entreprise en application de l'article 36* ». Cette demande qui, comme nous l'avons indiqué, peut émaner entre autres du débiteur, implique que les dispositions particulières de l'article L 621-35 du Code de commerce ne dérogent pas à celle du régime général de l'article L 621-27 du même code. Dès lors, le tribunal, en pouvant mettre fin à tout moment à la période d'observation, ainsi qu'implicitement mais nécessairement à la résiliation du contrat de location-gérance, dispose de la faculté que lui offre l'article L 620-1 du Code de commerce[392]. Cependant, il convient de souligner que le débiteur dispose de plus de pouvoir lorsqu'il exploite plusieurs entreprises, dont l'une est à l'origine de son redressement judiciaire[393]. En effet, en pareille hypothèse et malgré le principe de l'unité patrimoniale qui s'applique au débiteur personne physique, il dispose de la faculté de mettre en location gérance l'une de ses entreprises. En dehors des

[391] Com. 7 juillet 1998 D. Aff. 1998 p. 1361 obs. A. Lienhard.
[392] Com. 7 juillet 1998 D. Aff. 1998 p. 1361 : « que la situation irrémédiablement compromise a entraîné la cessation d'activité ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a prononcé la liquidation judiciaire. »
[393] T. Com. Antibes 16 décembre 1986 D. 1987 p. 372 obs. F. Derrida.

exceptions que constituent les dispositions des articles L 621-22 II (3°) et L 621-137 du Code de commerce, selon lesquelles il est dessaisi et représenté par l'administrateur, aucune autorisation ne lui est nécessaire pour contracter ou renouveler le contrat de location-gérance touchant le fonds qui n'est pas soumis à l'administration contrôlée.

La location-gérance durant le redressement judiciaire est un « *mode d'exploitation précaire* »[394] qui peut être utilisée pendant la période d'observation, comme postérieurement au jugement ayant arrêté le plan de redressement (B).

B -La location-gérance postérieure au jugement arrêtant le plan de redressement

100. Le périmètre relatif à la location-gérance de l'article L 621-63 dernier alinéa du Code de commerce, repris dans l'article L 621-97, prévoit que cette modalité d'exploitation peut être utilisée dans le cas d'un plan de cession totale de l'entreprise, de même que dans le cadre d'un plan de continuation assorti de la cession d'une branche d'activité. Dans cette hypothèse, poursuit le législateur, le contrat de location-gérance comporte l'engagement d'acquérir à son terme[395].

La situation du cédant (débiteur), lorsque le cessionnaire (locataire-gérant) n'exécute pas son obligation d'acquérir mérite d'être examinée.

Le contrat n'étant pas exécuté en totalité par le cessionnaire, les dispositions de droit commun trouvent application. L'article 1184 du Code civil offre la possibilité au locataire-gérant de se voir accorder par le tribunal un délai pour l'exécution de son obligation. Cependant, ce délai ne peut être supérieur à celui de l'article L 621-100 du Code de commerce, c'est-à-dire deux ans à compter du jugement arrêtant le plan, étant fait observer que cette disposition est d'ordre public. Le contrat de location-gérance étant un contrat à

[394] C. Saint-Alary-Houin : « La gestion de l'entreprise » - RTD Com. 1986 hors série p. 58 n° 59.
[395] G. Ripert et R. Roblot : « Traité de droit commercial » tome II, 13ème éd. LGDJ n° 3208 ; P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 1136.

exécution successive, son inexécution ne peut entraîner sa résolution, dès lors que des prestations ont déjà été accomplies. Le défaut d'acquisition de l'entreprise au terme du contrat de location-gérance entraînera la résiliation de celui- ci[396], les obligations des parties s'éteignant sans rétroactivité à la date de l'inexécution. Le débiteur en redressement judiciaire pourra, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, agir à l'encontre du locataire qui, conformément à l'article L 621-101 du Code de commerce sera en redressement judiciaire, sanction qui résulte de la non-exécution de son obligation d'acquérir dans les conditions et délais fixés par le plan.

La résiliation du contrat de location-gérance a pour conséquence la résolution du plan de redressement, puisque ce dernier comporte l'engagement du locataire-gérant d'acquérir l'entreprise (article L 621-63 dernier alinéa du Code de commerce).

La situation du débiteur doit donc être regardée tant au niveau d'un plan de continuation avec une cession partielle, qu'au regard d'un plan de cession totale.

Une partie de la doctrine s'est penchée sur la question de l'inexécution[397] et considère[398] que « *lorsque la procédure n'est pas close, le jugement arrêtant le plan a certes mis fin à la période d'observation* » et de poursuivre que « *non clôturée, la procédure reprend là où elle en était avant l'adoption du plan de cession* ». La caducité du plan semblerait donc être la règle. Cependant cette perspective n'existe pas dans le cadre d'une location-gérance, puisque l'article L 621-98 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que « *la résolution du plan*

[396] A. Weill et F. Terré : « Droit civil : les obligations » - Dalloz 4ème éd. n° 491; A. Amalvy et F. Derrida : « Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement » - D. 1988 Chron. p. 208 note n° 10 qui précisent que le contrat de location-gérance est le préalable à la cession, ce qui implique que les éléments contractuels apparus antérieurement sont absorbés par elle et qu'elle ne peut dénaturer les actes passés en exécution du jugement. « *Si la location-gérance est bien un contrat, la cession elle-même ne peut pas ne pas en être un* ».

[397] J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » - JCP éd. E 1999 n° 13 p.564 ; J. P. Hael : « L'inexécution des engagements » - P. A. 16 juin 1993 p. 39 ; F. Perrochon et R. Bonhomme : « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement » 3ème éd. LGDJ n° 360.

[398] J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution du plan de redressement dans les procédures collectives » - JCP éd. E 1999 n° 13 p. 568.

entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement judiciaire à l'égard du loueur »[399].

Ainsi, tous les créanciers du débiteur doivent produire auprès du représentant des créanciers de la nouvelle procédure, dont l'issue sera soit un plan de redressement, soit la liquidation judiciaire.

101. L'objectif d'aboutir à un plan de redressement entraîne pour le débiteur des sacrifices afin de parvenir au sauvetage de son entreprise. Ceux- ci, lorsqu'ils ne pas sont volontaires, sont organisés par le législateur en tant que mesures conservatoires propres au redressement. L'application de ces mesures touche les débiteurs personnes morales, et plus particulièrement leurs dirigeants, en empêchant ces derniers de céder leurs parts sociales, ou actions, ou certificats d'investissements, ou droit de vote dans la société, sauf dans les conditions fixées par le tribunal (§2).

§2 - La cession des parts sociales ou actions par les dirigeants

102. Le droit des sociétés est une technique qui autorise l'exploitation de l'activité d'une personne physique, sous couvert de l'écran qu'offre la personnalité morale d'une société[400], et permet, au delà de la société, de toucher l'homme. Cette recherche de l'homme derrière le bouclier de la société n'est pas remise en cause lors de l'ouverture d'une procédure collective. Le redressement judiciaire en donne un exemple frappant à travers les articles L 621-19 et L 621-59 du Code de commerce. Ces articles, respectivement applicables à la période d'observation et à l'arrêt du plan de redressement, précisent les restrictions apportées aux droits des dirigeants quant à l'exercice de leurs droits de vote sur leurs actions ou parts

[399] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » - Dalloz 3ème éd. notes n° 2114 et 2117.
[400] Art. 1842 C. civ. et art. L 210-6 C. com .(ex art. 5 loi 24 juillet 1966) : « *Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés* », définition qui a le mérite d'être claire à défaut de toute pertinence.

sociales, ainsi que leurs certificats d'investissements ou droit de vote détenus dans la société[401]. De même la procédure de sauvegarde, issue de la loi du 26 juillet 2005, permet au tribunal de subordonner l'adoption du plan de sauvegarde à l'éviction d'un ou plusieurs dirigeants[402].

La mesure conservatoire prévue à l'article L 621-19 du Code de commerce est à rapprocher de celle de l'article L 621-59 du même Code. Elle prévoit la désignation d'un mandataire, afin d'exercer les pouvoirs des dirigeants sur les droits énumérés par le tribunal lors de l'adoption d'un plan, ou l'incessibilité de ceux-ci, voire plus durement d'imposer leur cession. Le contrôle sur la société, par le tribunal, impose qu'il autorise les dirigeants à céder leurs parts sociales ou actions, afin de contrôler la composition du capital, la société pouvant changer de main du fait de cessions. Ces mesures doivent être qualifiées vis à vis du chef d'entreprise *(A)* afin d'en déterminer leurs conséquences *(B)*.

A – La qualification vis à vis du chef d'entreprise

103. Cette disposition rappelle celle de l'article 545 du Code civil, qui prévoit l'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité. En l'espèce, il convient de remarquer que le principe est identique à l'exception près que la cause d'utilité est privée (sauvetage de l'entreprise). Dans le cadre de l'article L 621-59 alinéa 2 du Code de commerce, il est prévu que le prix de cession soit fixé à dire d'expert[403].

L'application des dispositions de l'article L 621-59 du Code de commerce, relatives aux mesures antérieures à l'arrêt du plan de continuation, entraîne une décomposition de la

[401] H. Le Nabasque : « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire » JCP éd. E 1990 II, 15770 n° 3 et s ; n° 46 et s.
[402] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), D. 2005, Cah. Dr. Aff. Cahier spécial, p. 2309 et s.
[403] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » - éd. Joly n° 1134.

procédure. La Cour de cassation, dans un premier temps, a précisé[404] que les dispositions relevant de l'article 23 (désormais L 621-59 du Code de commerce) sont « *détachables du plan arrêté* », ce qui a pour conséquence, comme le souligne le Professeur Petel[405], « *que la dissociation du plan de continuation et de l'expropriation des dirigeants est suggérée par les textes : l'article 23 présente cette mesure comme un préalable auquel peut être subordonnée l'adoption du plan* ». Puis, affinant sa position, la Cour de cassation[406] s'est fondée sur l'article 543 du nouveau code de procédure civile pour autoriser l'appel contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé, ce qui est le cas pour l'application de ces mesures.

L'incessibilité de plein droit, du fait du jugement d'ouverture, en application de l'article L 621- 19 du Code de commerce, de tous leurs droits sociaux, sauf autorisation du tribunal, ne fait pas obstacle, malgré le silence des textes, à ce que le tribunal soit saisi par les mandataires ou par les dirigeants. L'absence d'autorisation de ce dernier entraîne la nullité de la vente des titres[407].

Pendant la période d'observation et dans la perspective de l'adoption d'un plan de continuation, ces titres pourront faire l'objet d'une cession forcée (article L 621-59 du Code de commerce) par le tribunal[408]. En ce cas, « *l'équipe dirigeante s'efface devant un repreneur qui contrôlera le capital en jouant, au besoin, d'un* « *coup d'accordéon* » *et assurera - suivant un*

---

[404] Com. 1er juillet 1997 JCP éd.G 1998 I, 111 p. 273 ; D. 1997 IR p. 177.
[405] M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » - JCP éd. G 1998, I, 111 n° 4.
[406] Com. 26 juin 2001 D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2199 et s. obs. A. Lienhard ; RJDA 12/01 n° 1232 ; Droit des Soc. décembre 2001 par J. P. Legros n° 175.
[407] CA Versailles 20 janvier 1988 RPC 1998-4 p. 374 n° 2.
[408] Com. 1er juillet 1997 D. Aff. 1997 p. 935 ; CA Versailles 13ème Ch 4 mars 1999 Act. Proc. Coll. 10 décembre 1999 n° 255 ; CA Rennes 2è Ch 24 juin 1998 RTD Com oct-déc. 1999 obs. C. Saint-Alary-Houin faisant application dans une décision de l'article 23 à deux sociétés malgré l'absence de confusion ou de fictivité de celles-ci, dès lors qu'il existe entre ces mêmes personnes morales « *des connexions juridiques et financières telles que le redressement de l'une ne va pas sans le redressement de l'autre* ». Une solution unique, malgré le principe de l'autonomie des personnes morales, doit être approuvée par Madame le Professeur C. Saint-Alary-Houin « *car elle contribue à combler l'absence d'un droit des groupes* ».

plan de continuation - le redressement de l'entreprise »[409]. Les dispositions de l'article L 621-59 du Code de commerce étant de droit strict ne s'étendent pas aux simples associés[410]. Le dirigeant à qui sont appliquées les dispositions de l'article L 621-59 du Code de commerce recevra le paiement du prix de cession.

En l'absence de disposition particulière de l'article L 621-59 du Code de commerce relative à la date d'exigibilité du prix et aux intérêts, les règles du droit commun de la vente s'appliquerait[411], et notamment l'article 1652 du Code civil en ce qui concerne les intérêts du prix. Le but recherché par le législateur ne doit pas occulter les conséquences de cette mesure (B).

B - <u>Les conséquences de la mesure</u>

104. L'application des règles du droit commun joue dans ce domaine et protège le débiteur de l'atteinte qu'il subit dans ses droits.

Le jugement du tribunal peut être attaqué par la voie de l'appel réformation, comme de l'appel nullité[412]. L'application de l'article L 621-59 du Code de commerce qui évince les dirigeants fait l'objet d'une publicité spéciale au registre du commerce et des sociétés (articles

---

[409] B. Dureuil - RPC 1998-4 p.374 ; Com 23 janvier 1996 JCP éd. G 1996 I n° 3935 Chronique redressement et liquidation judiciaires des entreprises par M. Cabrillac et P. Petel n° 10 quant au respect des clauses statutaires relatives à l'agrément des associés comme à leur droit de préemption tant dans le cadre liquidatif que dans l'optique d'un plan de cession (Com 31 janvier 1995 D. 95 p 426 obs. G. Parléani). A défaut de disposition légale particulière, « *les restrictions conventionnelles au droit de disposer qui affectent les biens du débiteur trouvent application lorsque ces biens sont cédés dans le cadre d'une procédure collective* » ; CA Caen 1ère ch. 28 septembre 2000 Act. Proc. Coll. 11 mai 2001 n° 101, les procédures d'agrément comme les clauses de préemption doivent recevoir application ; G. Teboul : « Le plan de cession : actualité » Gaz. Pal. 4, 5 juillet 2003 p. 5. En application de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, l'article L 626-3 du Code de commerce, que les clauses d'agrément sont réputées non écrites, dans le cadre de la procédure de sauvegarde.

[410] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » - Litec 2ème éd. n° 1491.

[411] Com. 1er juillet 1997 RJDA 12/97 n° 1546 ; P. Cordier : « Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire » RJDA 2/00 p. 98 n° 21.

[412] CA Bourges 1ère Ch. 8 février 1989 RPC 1989-4 p. 510 obs. B. Soinne, pour qui il « *paraît inadmissible qu'une juridiction puisse imposer une cession d'action sans avoir même convoqué les actionnaires concernés* » ; Com. 1er juillet 1997 D. 1997 IR p. 177 qui précise que les dispositions détachables du plan arrêté par le tribunal peuvent être frappées d'appel ; CA Rennes 2ème Ch 24 juin 1998 Dr des Soc. janvier 2000 obs. Y. Chaput n° 5, la Cour d'Appel considère que la cession forcée d'actions est une disposition indissociable de l'adoption du plan rendant, par application de l'art 171 (2è) de la loi, les dirigeants privés du droit de faire appel. Le Professeur Y. Chaput précise « *qu'il n'est pas certain que la décision soit indissociable quant à l'exercice des voies de recours de celles relatives au plan lui-même* ». Le raisonnement suivi a pour fondement l'arrêt Com. 1er juillet 1997 (*supra*).

41 alinéa 3 du décret du 27 décembre 1985 et 36-1(8°) du décret du 30 mai 1984) quant au remplacement de ceux-ci. Pour sévères que soient les dispositions des articles L 621-19 et L 621-59 du Code de commerce à l'égard des dirigeants[413], elles permettent au tribunal de contrôler l'entreprise et plus particulièrement la répartition du capital en son sein. Ce droit de regard et d'intervention, voulu par le législateur, n'a pour but qu'une surveillance accentuée de l'entreprise dans le cadre d'une modification de sa majorité et a une influence directe sur le devenir de la procédure.

L'atteinte subie par les dirigeants, dans le cadre d'un plan de continuation, n'est cependant pas unique. Durant la période d'observation, les tiers sont admis à déposer une offre tendant à la cession de l'entreprise. Cette possibilité de proposer une reprise de l'entreprise en redressement judiciaire est interdite, sauf cas particuliers, au débiteur ainsi qu'à ses proches. Le fondement légal de cette disposition, ainsi que son application, ne sont cependant pas à l'abri de critiques (§3).

[413] Le terme d'expropriation ne semble pas trop fort (en ce sens : C. Regnault-Moutier et J. Vallansan : Act. Proc. Coll. 11 mai 2001 n° 101 obs. sous CA Caen 1ère ch. 28 septembre 2000 ; A. Lienhard , D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2300 sous Com. 26 juin 2001 ; contra : Y. Guyon cité par A. Amalvy et F. Derrida : « Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement » - D. 88 Chron. p. 208 et s. note n° 11). Toutefois, la jurisprudence (Com. 12 juillet 2005 D ; 2005 Cah. Dr. Aff. Act. Jur. p. 2071, obs A. Lienhard) précise que cette disposition n'est pas contraire, ni à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni à l'article 544 du Code civil.

§3 - Les offres de reprise

105. « *Ni les dirigeants de la personne morale en redressement judiciaire ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, le tribunal peut accorder une dérogation à l'interdiction concernant les parents ou alliés* ». La loi de sauvegarde des entreprises, du 26 juillet 2005, maintient cette disposition en procédure de redressement judiciaire, sans l'étendre à la procédure de sauvegarde[414]. A ce titre, et à l'occasion d'un plan de sauvegarde, aucune cession totale de l'entreprise ne peut intervenir. Les conditions de l'offre, identiques à celles actuelles, autoriseraient le tribunal « par jugement spécialement motivé » à déroger aux interdictions prévues par l'article L 621-57 du Code de commerce[415].

D'une clarté apparente, cette disposition n'appelle, a priori, que peu de commentaires. Cependant des critiques, tant doctrinales que jurisprudentielles (A), ont fait naître une approche plus pragmatique de la part de certaines juridictions (B).

A – Une approche critique des textes

106. Comme nous l'avons déjà évoqué lors de l'examen des articles L 621-19 et L 621-59 du Code de commerce, l'article L 621-57 alinéa 4 du Code de commerce qui reprend les dispositions de l'article 21 alinéa 4 de la loi de 1985, constitue également vis-à-vis du débiteur (dirigeant de société, débiteur personne physique...) une véritable expropriation. La

[414] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) » D. 2005, Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p. 2309 et 2310.
[415] F. Monteran : « Observations sur l'avant-projet de loi de sauvegharde des entreprises » Gaz. Pal. 10-11 décembre 2003 p. 2 et s. (p. 10).

volonté du législateur de préserver l'entreprise a pour conséquence que les droits du chef d'entreprise s'effacent devant l'intérêt privé que constitue celle-ci[416].

Le droit de propriété dans ce cas souffre d'une atteinte supplémentaire, dérogatoire aux dispositions de l'article 545 du Code civil[417]. Cet aspect du plan de cession qui « *ne peut s'analyser en une vente de droit commun* »[418], parce qu'il « *n'a pas le caractère d'une aliénation volontaire* »[419], constitue pour le débiteur un régime particulier de transfert de propriété.

Pour une partie de la doctrine[420], le plan de cession est un intermédiaire entre la vente volontaire et la vente aux enchères publiques.

Les juridictions du fond ont eu à se prononcer sur la portée, à l'égard du débiteur, du plan de cession.

A ce titre, un jugement du Tribunal de commerce de Charleville-Mézières, indique, au visa de l'article 545 du Code civil, que le plan de cession constitue, pour le débiteur, « *une expropriation pour cause d'utilité privée* », ce qui est de l'avis d'une partie de la doctrine[421]. L'espèce concernait un plan de cession présenté en même temps qu'un plan de continuation. Le tribunal, dans un souci de préservation des droits du débiteur, dont le plan semblait sérieux, a souligné que la voie de la cession « *ne peut être raisonnablement retenue que lorsque la liquidation judiciaire est inévitable et qu'aucun plan de continuation viable n'a été présenté par le débiteur* ».

---

[416] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », D. 2005, Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p. 2310.
[417] H. Mazeaud, L. Mazeaud, H. Mazeaud par F. Chabas : « Leçons de droit civil » tome II 2ème vol. « Les biens » - Montchrestien 5ème éd. n° 1335.
[418] C. Saint-Alary-Houin - RTD Com. oct-déc. 1998 p. 929 ; H. Le Nabasque : « la cession de l'entreprise en redressement judiciaire » JCP éd. E 1990, 15770 n° 62 et s.
[419] Com. 1er avril 1998 RJDA 6/98 p. 545 n° 771.
[420] Y. Guyon : « Droit des affaires » tome II « Entreprises en difficultés » n° 1278 cité par A. Amalvy et F. Derrida : « Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement » D. 1988 Chron. p. 208 note n° 11 : « *le débiteur participe volontairement à l'acte de cession, toute idée d'expropriation forcée doit être écartée (...) de même lorsque les associés transfèrent volontairement le contrôle de la société en cédant leurs parts sociales* ».
[421] T. Com Charleville-Mézières 23 décembre 1998 RG 98/1002 ; P. M. Le Corre : « La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficultés » Gaz. Pal. 10,11 décembre 2003 p. 13 et s. (p. 20).

107. Cependant, le salut de l'entreprise n'existe, dans certains cas, que grâce au plan de cession. Le tribunal arrête ce plan quand il considère que l'entreprise peut poursuivre son activité « *mais débarassée de ses actuels dirigeants* »[422].

La portée de cet argument issu de l'article L 621-57 du Code de commerce mérite d'être analysée tant au regard du débiteur que de ses créanciers.

C'est ainsi, malgré la sévérité des termes de l'article L 621-57 du Code de commerce, que certaines cours d'appel[423] ont considéré qu'était bien un tiers, au sens de cet article, une SA candidate à la reprise d'une SARL en redressement judiciaire et dont le gérant était également administrateur, bien que le président du conseil fût lui-même porteur de parts de cette même SARL. Cette décision fut prise sur appel du ministère public, pour qui l'offre présentée était une opération de poursuite d'activité à laquelle les membres et dirigeants du débiteur étaient directement intéressés.

Cette approche circonstanciée de la notion de tiers est également retenue par d'éminents auteurs[424], indépendamment de la faveur du législateur pour les exploitations agricoles. Monsieur le Professeur Le Nabasque soulève cette intéressante question de savoir « *pourquoi une reprise familiale d'entreprise commerciale devrait-elle être - toujours - jugée irrecevable (quel que soit son sérieux) alors que la reprise d'une exploitation agricole pourra, en cas de dispense, être initiée par un parent* ? »

L'application stricte de l'article L 621-57 dernier alinéa du Code de commerce ne doit pas aboutir à une solution contraire aux finalités de la loi[425], comme le démontre un courant jurisprudentiel (B).

---

[422] S. Heit - R. J. Com. 1996 p. 316 ; D. Caramalli : « La qualité de tiers repreneur à une offre en plan de cession : la candidature des actionnaires» D. 2005 Cah. Dr. Aff. LE POINT SUR…p 2210.
[423] CA Paris 3ème Ch. section C. 4 juin 1996 R. J. Com. 1996 p. 314.
[424] H. Le Nabasque – J. Cl. com. vol. 9 fasc. 2398 p. 7 n° 31.
[425] S. Heit - R. J. Com. 1996 p.322 et H. Le Nabasque op.cit., pour qui « *il était plus simple et plus juste certainement d'ouvrir plus largement le champ de l'exception et de laisser le tribunal apprécier par lui-même si le parent ou si l'allié dissimulait le débiteur ou agissait, en fait, en son nom propre et pour son compte* » ; B. Soinne : RPC juin 2001 p. 70 n°1 « *on peut quelquefois préférer une offre même douteuse du point de vue*

B - <u>Une conception pragmatique</u>

108. La qualité de tiers est le point de convergence des difficultés liées à la présentation d'une offre de cession qui émane du débiteur ou de ses proches. La volonté du législateur de ne pas permettre au débiteur de poursuivre l'exploitation de son entreprise en effaçant une partie des dettes[426] est renforcée par la position de la Cour de cassation[427], qui retient une interprétation stricte de l'article L 621-57 du Code de commerce. Cette conception de la notion de tiers heurte une partie de la doctrine, ainsi que des juridictions du premier et second degré, quant à la portée qu'il convient de donner à cet article[428].

La notion de tiers doit nécessairement s'apprécier par rapport au débiteur (personne physique ou personne morale) en redressement judiciaire[429], et plus précisément en fonction du degré d'indépendance du candidat repreneur par rapport au débiteur.

Certains auteurs, dont Monsieur le Professeur Soinne, considèrent que la volonté du législateur est « *d'exclure les proches du débiteur* », et de poursuivre que la présence des mêmes actionnaires constitue une continuation de l'entreprise par personne morale interposée, sans la prise en charge essentielle de l'apurement du passif.

Une telle décision constituerait une fraude à la loi et le tribunal qui l'accepterait se rendrait complice d'une spoliation des créanciers, par le défaut de paiement du passif[430]. Sur ce point, la jurisprudence des cours et tribunaux fournit un aperçu sur la notion de tiers dans le cadre d'une offre de reprise.

---

examiné lorsque celle-ci est seule à même de sauver un personnel important. » ; D. Caramalli : « La qualité de tiers repreneur à une offre en plan de cession : la candidature des actionnaires» D. 2005 Cah. Dr. des Aff. LE POINT SUR…p. 2210.

[426] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » - Litec 2ème éd. n° 1444-1, qui précise que le débiteur ne doit pas « *poursuivre l'exploitation par personnes interposées sans payer le passif* ».

[427] Com. 26 mai 1998 D. Aff. 1998 p. 1047 note A. Lienhard ; Bull. Civ. IV n° 171; R. J. Com. avril 1999 n° 1526 obs. J. L. Courtier.

[428] D. Wernert : « Offres dans le cadre du redressement judiciaire : plan de cession » - JCP éd. E 1999 p. 111.

[429] J. F. Martin : « La cession de l'entreprise aux dirigeants et actionnaires de la personne morale en redressement judiciaire ou à une société constituée par eux » - Gaz. Pal. 1989, 2 Doct. 711.

[430] B. Soinne cité par J. L. Courtier - R. J. Com. 1999 n° 1526 et CA Douai 31 mars 1988 RPC 1988 p. 319.

C’est ainsi qu’il a pu être jugé que la qualité de dirigeant englobait également l'administrateur provisoire désigné par décision de justice[431], le soumettant ainsi aux dispositions de l'article L 621-57 du Code de commerce. Ce rattachement est logique dans la mesure où ce dernier peut, même temporairement, influer sur les résultats de l'entreprise, par sa substitution aux organes sociaux.

En revanche, la qualification de tiers est retenue au profit d'une société mère qui fait « *connaître ses préférences à l'égard de tel repreneur* » en lui consentant « *des faveurs qu'elle (n’accordait) pas à d'autres, dès lors que ce choix (reposait) sur des éléments objectifs et qu'il n'(était) pas occulte* »[432].

La qualité de tiers a été également reconnue aux associés d'une société en redressement judiciaire dès lors, comme le souligne l'arrêt, qu'il n'y a eu aucune dissimulation.

Cette notion de dissimulation, voisine de la fraude, est reprise par le législateur dans le terme de « *personne interposée* » de l'alinéa 4 de l'article L 621-57 du Code de commerce[433]. Les juridictions du premier degré, compte tenu de la très faible marge de manoeuvre qu'elles ont parfois, connaissent les difficultés d'application de semblables règles. Pour elles, la problèmatique se résoud facilement par la logique et l’économie. En présence de deux offres de cession, et en cas d'impossibilité d'un quelconque plan de continuation, faut-il toujours refuser celle qui émane d'un ancien dirigeant au profit d'un autre candidat repreneur, dont les résultats financiers sont faibles, voire déficitaires ? L'application de l'article L 621-57 alinéa 4

[431] CA Aix-en-Provence 19 novembre 1998 RJDA 5/99 n° 577 ; D. 1999 p. 79 obs. F. Derrida ; P. A. 19 février 1999 n° 36 p. 9 et s., position confirmée par la Cour de cassation : Com. 13 novembre 2002 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 65 ; F. Derrida « irrecevabilité de l’offre de reprise présentée par l’administrateur provisoire d’une société civile professionnelle » D. 2003 Comm. p. 269.

[432] CA Lyon 3ème Ch. 26 juin 1998 RJDA 1/99 n° 75 : les cessionnaires retenus par le tribunal n'étaient pas sous la dépendance économique de la société mère et que cette dernière n'entendait pas conserver un pouvoir de contrôle sur la nouvelle direction des entreprise cédées.

[433] J. Cl. com. vol.9 fasc.2398 par H. Le Nabasque p. 7, pour qui « *la concoction de « montages bien faits » peuvent parfaitement anonymer l'identité réelle du candidat à la reprise* ».

du Code de commerce s'impose, tout comme le pense une partie de la doctrine[434] confortée par la jurisprudence de la Cour de cassation[435]. Néanmoins, une approche pragmatique quant au degré d'indépendance que doit présenter le repreneur par rapport au débiteur, serait en meilleure harmonie avec la finalité poursuivie par le législateur.

C'est ainsi qu'un tribunal a pu juger que les termes de l'article 21 de la loi de 1985 (actuellement article L 621-57 du Code de commerce) ont pour but d'empêcher qu'une collusion entre le débiteur et l'auteur de l'offre permette, grâce au plan de cession, une poursuite de l'exploitation par personne interposée, sans paiement du passif.

Au visa de l'article 21, le tribunal[436] a arrêté le plan de cession au profit d'une société, dont l'associé minoritaire était le dirigeant de l'entreprise en redressement judiciaire mais qui n'avait pas de pouvoir de direction dans la société cessionnaire.

L'examen de la situation de tiers dans le cadre d'une offre de reprise doit se faire à l'aune des articles L 620-1 et L 621-83 du Code de commerce, et dans l'optique du maintien de l'activité, de l'emploi et de l'apurement du passif, hormis le cas de fraude de la part du repreneur.

Une conception extensive de l'article L 621-57 du Code de commerce, qui ne tiendrait pas compte des circonstances dans lesquelles les opérations de cession sont effectuées, aurait des effets pervers, car elle conduirait soit à la cession au profit d'une autre offre moins intéressante, soit à la liquidation judiciaire.

Si cette vision a le mérite de la simplicité, une conception plus pragmatique, prenant en compte la réalité des intérêts en présence, préserve mieux les droits des créanciers,

---

[434] B. Soinne cité par J. L. Courtier - R. J. Com. 1999 n° 1526, qui souligne « *que l'acceptation de l'offre entraîne une violation délibérée de la morale des affaires, ce qui est infiniment plus grave que la disparition de quelques emplois*" (63 en l'espèce) ».

[435] Com. 26 mai 1998 Bull. Civ. IV n° 171, D. Aff. 1998 p. 1047; R. J. Com. 1999 n° 1526.

[436] T. Com. Charleville-Mézières 29 avril 1999 RG 99/0122 : « *Il est donc préférable d'adopter une vision réaliste du problème tendant à apprécier la notion de tiers en fonction du degré d'indépendance du candidat repreneur par rapport au débiteur ; qu'en l'espèce, le dirigeant de la société en redressement judiciaire est minoritaire dans la société candidate à la reprise ; que le plan proposé présente toutes les garanties pour l'entreprise et ses créanciers et ne peut dès lors constituer une fraude à la loi.* »

l'emploi et l'entreprise. La présomption d'interposition de personne posée par l'article L 621-57 du Code de commerce ne devrait s'appliquer qu'en cas de doute quant à l'indépendance vis-à-vis du chef d'entreprise, ce dernier pouvant vouloir tirer avantage de l'effacement des dettes[437] : « *La notion d'interposition de personne repose sur la notion de fraude à la loi : aussi un plan qui présente toutes les garanties pour l'entreprise et ses créanciers ne peut-il pas constituer une fraude à la loi même s'il est proposé par des personnes proches des dirigeants. En outre, la notion de fraude suppose une intention de la part des dirigeants ; celle- ci fait défaut si ceux-ci [...] apparaissent clairement sans aucune volonté de tromper* »[438].

Dès lors qu'il n'y a pas volonté pour le dirigeant de vouloir récupérer son entreprise en redressement judiciaire en faisant disparaître une partie du passif par l'emploi de technique basée sur l'interposition de personne, il convient d'adopter une lecture *a minima* de l'article L 621-57 dernier alinéa du Code de commerce.

[437] M. Behar-Touchais : « la fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession » D. Aff 1997 p 365 et s. L'auteur se livre à une analyse critique de deux arrêts de la Chambre commerciale en date des 10 octobre 1995 et 9 juillet 1996 ayant arrêté des plans de cession au profit d'une société se confondant avec la personnalité des débiteurs. Dans les deux cas, les cours d'appels retiennent une fraude au droit du créancier hypothécaire. A deux reprises la Chambre commerciale précise que « *le fait qu'un jugement ait été rendu en fraude des droits du créancier n'est pas de nature à rendre son recours recevable* » (10 octobre 95) en application de l'art 175 (ancienne rédaction). La décision du 9 juillet 1996 se fonde sur l'article 583 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile et « *estime que la fraude aux droits de tous les créanciers met en jeu l'intérêt collectif dont le représentant des créanciers à la charge* ». Analysant ces décisions face à l'article 21 alinéa 4 issu de la loi du 10 juin 1994 l'auteur souligne que le « *texte ne vise pas le cas où le débiteur se dissimule derrière l'écran d'une personne morale pour faire une offre de cession à un prix lésionnaire et poursuivre ainsi son exploitation* » et regrette l'absence « *de moyen préventif pour empêcher que la représentation collective obligatoire n'équivaille dans certains cas à la négation des droits prétendument restaurés des créanciers* ».

[438] S. Heit - R. J. Com. 1996 p. 318.

Conclusion Chapitre II

La préservation des droits du débiteur en redressement judiciaire se heurte à l'impératif de protection voulu par le législateur au profit de ses créanciers. Les actes ayant une influence patrimoniale importante sur les actifs du débiteur nécessitent, préalablement à leur réalisation, l'autorisation d'une instance judiciaire.

Le débiteur doit être autorisé par le juge commissaire à accomplir les actes visés à l'article L 621- 24 du Code de commerce et, en absence d'autorisation, il est passible, alternativement ou cumulativement, d'un emprisonnement, d'une amende, nonobstant la possibilité, pour tout intéressé, de demander l'annulation de l'acte. Le juge commissaire doit également autoriser les licenciements pour motif économique durant la période d'observation de même qu'il doit, en l'absence d'administrateur, autoriser le débiteur à poursuivre un contrat en cours.

La juridiction est amenée à se prononcer sur l'autorisation de mise en location gérance de l'entreprise, acte dangereux car favorisant le pillage de la clientèle, à la demande du ministère Public, sur la cession des actions ou parts sociales des dirigeants en vue de l'arrêt du plan de continuation de l'entreprise, sur la qualité de tiers du candidat repreneur, en application de l'article L 621- 57 du Code de commerce.

La gradation des contrôles entre juge commissaire et tribunal correspond à l'importance des actes accomplis par le débiteur et dont les conséquences patrimoniales déterminent l'avenir de l'entreprise et le paiement des créanciers.

Conclusion Titre I

L'observation des pouvoirs du débiteur en redressement nous a amené à envisager son étendue par rapport à celle de l'administrateur judiciaire. Toutefois, la sauvegarde des intérêts de l'entreprise et des créanciers du débiteur nécessite, de la part du chef d'entreprise ou de l'administrateur, qu'il sollicite une autorisation du juge commissaire ou du tribunal, eu égard aux conséquences patrimoniales de l'acte envisagé. L'étendue des pouvoirs de l'entrepreneur en redressement varie d'une part en fonction de la procédure, qu'il s'agisse du régime général ou simplifié du redressement judiciaire et, d'autre part, en fonction de la présence ou de l'absence d'un administrateur en régime simplifié. Des trois missions qui peuvent être dévolues à l'administrateur, en régime général, la place du débiteur au sein de la procédure sera inversement plus importante que celle de l'administrateur sera faible. Dans le cadre du régime simplifié, la présence d'un administrateur est facultative de sorte que, comme lorsqu'il était *in bonis*, l'entrepreneur en redressement gérera son entreprise sans partage. Toutefois, qu'il s'agisse du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, les règles du redressement judiciaire font que la réalisation de certains actes nécessite, au préalable, une autorisation judiciaire. Les actes soumis à cette autorisation sont ceux qui créent une exception à une règle impérative des procédures collectives (article L621-24 du Code de commerce) ou dont les conséquences patrimoniales sur l'entreprise et ses créanciers sont déterminantes.

La volonté marquée du législateur de rapprocher la situation et, par là même, les droits de l'entrepreneur en redressement judiciaire de celui *in bonis*, n'a pour limite que la conciliation de l'acte envisagé face à la notion d'entreprise et la préservation de l'intérêt des créanciers. Les critères que sont les intérêts de l'entreprise et des créanciers se manifestent face à l'importance pécuniaire de l'acte à leur encontre, ce qui restreint les pouvoirs du débiteur en redressement par la nécessaire autorisation qu'il doit solliciter.

109. Pour autant que les règles du redressement judiciaire soumettent le débiteur à diverses contraintes imposées par le législateur en vue de la sauvegarde de l'entreprise, il n'en reste pas moins vrai, nonobstant une lecture des textes parfois favorables au débiteur, que ce dernier dispose de pouvoirs propres. Ces pouvoirs dont l'exercice ne nécessite nullement l'intervention d'un mandataire judiciaire, ni *a fortiori* d'autorisation, relèvent de sa compétence exclusive (Titre II).

Titre Second - Les pouvoirs propres du débiteur

110. La volonté du législateur de conférer au débiteur un rôle déterminant dans le redressement de son entreprise, se traduit par la reconnaissance, à son profit, d'un certain nombre de droits. Le sauvetage de l'entreprise est conditionné par la volonté et les capacités de son dirigeant à passer outre le cap de la cessation des paiements. La philosophie développée par la loi et qui tend à unifier, autant que cela soit possible, la situation de l'entrepreneur *in bonis* et celle du chef d'entreprise en procédure collective est désormais une réalité. Qu'il soit fait application du régime général ou simplifié du redressement, la nomination d'un administrateur remplit, pour l'essentielle, deux objectifs : rassurer les partenaires de l'entreprise et assurer un contrôle de cette dernière, afin que le plan de redressement satisfasse au mieux sa pérennité, l'intérêts des salariés et des créanciers. Il est à noter que dans la majorité des procédures de redressement, un régime simplifié sans administrateur est prononcé, qui laisse de la sorte à la tête de son entreprise le débiteur, dont les pouvoirs sont similaires à ceux d'un dirigeant *in bonis*. En effet, celui- ci dispose, sans devoir solliciter aucune autorisation, de la faculté d'exercer un recours ainsi que d'accomplir non seulement des actes conservatoires mais encore de gestion courante. La jurisprudence tend, elle aussi, au rapprochement des situations des entrepreneurs en redressement et *in bonis* en interprétant en faveur de ce dernier les dispositions du Code de commerce et celles du droit commun.

Dès lors, il nous appartient d'analyser les pouvoirs du débiteur dans l'entreprise (Chapitre I), ainsi que ceux dont il dispose dans l'exercice des voies de recours (Chapitre II).

Chapitre I - Les pouvoirs propres du débiteur et l'entreprise

111. Les pouvoirs dont disposent le débiteur, malgré la procédure de redressement judiciaire, ne le confine nullement dans un rôle passif. S'il dispose déjà des pouvoirs qui ne sont pas octroyés à l'administrateur, le législateur précise que, nonobstant la nomination d'un mandataire judiciaire, le débiteur accomplit tant des actes conservatoires que de gestion courante. Cette règle s'applique à l'évidence pour l'entreprise en redressement judiciaire (Section I), mais elle a également des effets sur l'activité hors procédure du chef d'entreprise soumis au redressement judiciaire (Section II).

Section I – Les pouvoirs propres du débiteur dans le cadre de l'entreprise en redressement judiciaire

112. Malgré les limitations inhérentes au redressement judiciaire, le chef d'entreprise soumis à cettre procédure conserve certaines attributions. Celles-ci résultent tant de la mise en application des dispositions légales (§ 1), que de leurs conséquences en pratique (§ 2).

§1 – Les actes autorisés

113. La compétence reconnue par la loi à l'entrepreneur, quant à l'exercice de prérogatives non contrôlées par une quelconque instance, concerne deux domaines. Cette reconnaissance du droit d'agir seul englobe, d'une part la catégorie des actes conservatoires (A), et d'autre part celle des actes de gestion courante (B).

A - *Les actes conservatoires*

114. Ces actes juridiques, qui tendent à maintenir le patrimoine dans son état actuel[439], apparaissent nécessaires, tant vis-à-vis du chef d'entreprise en redressement judiciaire, que vis-à-vis de ses créanciers.

La mise en œuvre des actes conservatoires peut être réalisée par le débiteur en redressement judiciaire. En effet, aucune incapacité ne nait de l'ouverture d'une procédure collective. Les incapacités, qui sont de droit strict, font, sauf exceptions visées aux articles L 625- 1 et suivants du Code de commerce, que le jugement de redressement judiciaire n'en crée pas[440]. Ainsi s'il était admis que le majeur en tutelle accomplît seul les actes de la vie courante autorisés par l'usage, que le mineur sorti de l'*infantia* pût réaliser des actes simplement conservatoires,[441] il était dès lors logique que le chef d'entreprise en redressement judiciaire usât de ces mêmes facultés. Ces actes, qui protègent ses droits, ne sont pas susceptibles de lui causer un préjudice. Toutefois, la procédure de redressement altère, non

[439] P. Courbe : « Introduction générale au droit » Mementos Dalloz p. 88.
[440] T. Com. Lyon 24 octobre 1972 R. J. Com. 1973 p. 123 ; Com. 13 octobre 1998 RJDA 12/98 n° 1377 contra CA Orléans 17 février 2000 J. Cl. Procédures Juin 2000 n° 146 obs. H. Croze, RJDA 4/00 n° 450.
[441] H, L et J. Mazeaud par F. Chabas: « Leçons de Droit Civil - Les personnes » Tome I Vol. 2 7è ed. Montchrestien n° 746 et 604.

pas les pouvoirs du débiteur mais leur exercice, eu égard aux contraintes liées aux finalités du redressement.

Des conceptions s'affrontent quant à la détermination de la personne qui peut accomplir ces actes (1), dont la mise en oeuvre doit être conforme à leur objet (2).

1 - *Les conceptions en présence*

115. L'article L 621-16 du Code de commerce (ancien article 26 de la loi) autorise l'administrateur à requérir du chef d'entreprise, ou de faire lui-même, tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise. L'accomplissement de ces actes conservatoires n'est cependant pas clairement défini. Pour une partie de la doctrine[442] le débiteur, comme l'administrateur, peut les accomplir. Cette prérogative laissée au chef d'entreprise est d'autant plus grande que la notion d'acte conservatoire est étendue, et que la procédure de redressement judiciaire se déroulera sans la nomination d'un administrateur. Cette conception fait concourir l'administrateur et le débiteur en ce qui concerne les actes propres à conserver « *l'entreprise et la préservation de ses capacités de production* »[443]. Utiles à l'entreprise, puisque lui permettant de poursuivre son activité, les actes conservatoires peuvent être accomplis par le chef d'entreprise, même s'ils ne sont pas requis par l'administrateur[444], sous la seule réserve qu'ils n'excédent pas les frontières des mesures conservatoires.

[442] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 p. 37 et s. hors série n° 7 et 28.
[443] C. Saint-Alary-Houin : « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » RPC 1990-I p. 3 et s. n° 19.
[444] G. Ripert et R. Roblot : « Traité de Droit Commercial » Tome II, 13è ed. LGDJ n° 3027.

116. Pour certains auteurs, la répartition des pouvoirs, quant aux actes conservatoires, entre l'administrateur et le débiteur, se fait par rapport à la mission confiée par le tribunal à ce mandataire, au regard de l'article L 621-22 du Code de commerce[445].

Lorsque l'administrateur se voit confier une mission de surveillance ou d'assistance par le tribunal, il doit veiller à l'accomplissement, par le débiteur, des actes conservatoires et, à défaut de diligence de celui- ci, les accomplir lui-même. En cas de mission de représentation, l'administrateur seul est tenu d'effectuer ces actes conservatoires[446].

117. La question de savoir qui doit accomplir ces mesures conservatoires, pour le cas où un administrateur est en fonction, se résout selon deux façons[447] : soit au regard de la nature de la mission confiée à l'administrateur judiciaire, comme indiqué ci-dessus et, soit en cas de carence du débiteur. Dans ce dernier cas, il appartient à l'administrateur d'agir. Une partie de la doctrine[448] approuve cette interprétation car elle respecte davantage le texte de l'article L 621-16 du Code de commerce et conforte l'impératif de redressement de l'entreprise.

L'article L 621-16 du Code de commerce, qui vise « *la conservation des droits de l'entreprise* » et « *la préservation des capacités de production* », autorise l'accomplissement d'actes conservatoires liés au type d'activité de l'entreprise. Les actes ainsi visés sont ceux nécessaires à la conservation de la chose, exclusifs d'une quelconque amélioration[449].

Les frais engagés, servant à la conservation de la chose, protègent dès lors le patrimoine du débiteur, gage de ses créanciers.

Naissant par hypothèse postérieurement au jugement d'ouverture, la créance de conservation bénéficie de l'article L 621-32 du Code de commerce (ancien article 40 de la

---

[445] B. Soinne : « Traité des Procédures Collectives » 2ème éd. Litec n° 1239.
[446] Art. L 621-16 C. com : « *l'administrateur est tenu de requérir du chef d'entreprise ou, selon le cas, de faire lui-même tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise...* ».
[447] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n° 622.
[448] cf note supra.
[449] H, L et J. Mazeaud par V. Ranouil et F. Chabas : « Leçons de Droit Civil, sûretés, publicités foncières » Tome III, Volume I, 7ème éd. Montchrestien n°182, 183.

loi). La préservation de l'entreprise pouvant faire naître une créance conservatoire élevée, il importe de limiter celle-ci en regard de ses facultés[450].

2 - *La mise en oeuvre*

118. Comme nous l'avons indiqué, le débiteur, du fait de l'ouverture d'une procédure collective ne devient pas incapable[451]. Ainsi, même dans le cas où une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à son encontre, peut- il accomplir des actes conservatoires[452]. Le régime des incapacités étant de droit strict[453], rien n'empêche que le débiteur puisse accomplir ces actes. Les pouvoirs concurrents de l'administrateur et du débiteur, quant à l'accomplissement d'un acte conservatoire, ne semblent dès lors plus poser problème, à la condition qu'il s'agisse d'une stricte conservation des éléments de l'entreprise, et que les frais engagés restent en adéquation avec ses possibilités financières.

En ce domaine, la personne qui désirera réaliser ce type d'actes sera inspirée de requérir du juge commissaire son autorisation.

En effet non seulement la mesure engagée se verra qualifier de conservatoire ou non, mais encore, dans l'affirmative, cette dernière sera « *judiciarisée* », mettant dès lors son auteur à l'abri de toute critique.

119. L'alinéa 2 de ce même article L 621-16 du Code de commerce prévoit, pour le cas où le chef d'entreprise aurait négligé de prendre ou de renouveler une hypothèque, un

[450] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : Entreprises en difficulté éd. Joly n° 624.
[451] T. Com. Lyon 24 octobre 1972 R. J. Com 1973 p. 123, Com. 13 octobre 1998 RJDA 12/98 n° 1377 contra C.A. Orléans 17 févier 2000 J. Cl. Procédures juin 2000 obs H. Croze ; articles 192 et s. loi 25. 1. 1985.
[452] G. Ripert et R. Roblot : Traité de Droit Commercial Tome 2 13ème éd. LGDJ n° 3220 - contra : J. L. Vallens RTD Com. janvier-mars 1999 p. 210 « *hormis les droits expressement reconnus au débiteur, seuls échappent au dessaisissement les droits non patrimoniaux et les actions conservatoires à condition que le mandataire de justice se joigne au débiteur* ».
[453] H, L et J. Mazeaud par F. Chabas : Leçons de Droit Civil, les personnes Tome I Volume II éd. Montchrestien n° 604 et 746. Les régimes de la curatelle (art. 510 civ.), de la tutelle (art. 495 civ.) renvoient au régime relatif au mineur (art. 450 civ.) permettant à celui-ci, sorti de l'infantia, de faire des actes simplement conservatoires.

nantissement, des gages ou des privilèges, que l'administrateur a qualité pour inscrire, au nom de l'entreprise, la sûreté. Il convient de noter, d'une part, que dans le cas d'une procédure simplifiée sans administrateur, l'obligation prévue à l'article L 621-16 du Code de commerce doit être exécutée par le débiteur seul[454]. D'autre part, l'inscription ou le renouvellement de la sûreté, dans le cas où le débiteur est un entrepreneur individuel, s'étend à ses biens professionnels et personnels, du fait même du principe de l'unité du patrimoine.

120. L'article L 621-23 du Code de commerce (article 32 de la loi de 1985) autorise le débiteur à accomplir les actes de gestion courante et à exercer sur son patrimoine des actes de disposition et d'administration, non compris dans la mission de l'administrateur. Ces actes, qui sont les plus dangereux par leurs conséquences tant pour lui-même que pour ses créanciers, ne peuvent néanmoins être réalisés par le chef d'entreprise que sous certaines conditions. L'accroissement du rôle du débiteur au sein de la procédure se traduit ainsi par la faculté que le législateur lui octroie d'accomplir des actes de gestion courante (B).

B - *Les actes de gestion courante*

121. Signe favorable du législateur vis-à-vis du chef d'entreprise soumis à la procédure du redressement judiciaire, cette mesure permet de tempérer les rigueurs liées à l'intervention de l'administrateur judiciaire. En conférant un espace de liberté quant à l'accomplissement « *des actes de gestion courante* » au débiteur seul, le législateur marque ainsi sa volonté de ne pas l'écarter de la gestion de son entreprise. Cette volonté de tempérer les effets de la procédure à l'égard de l'entreprise comme de son dirigeant, se manifeste également lors de la passation de marchés publics. Ces perpectives imposent d'étudier d'une

[454] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : Entreprises en difficulté - éd. Joly n° 625. Au terme de l'article 141 de la loi (dorénavant L 621-137 C. com), « *l'activité est poursuivie par le débiteur* » à défaut de nomination d'un administrateur. Les actes nécessairement soumis à l'autorisation du juge-commissaire ne mentionnent pas ceux pris en application de l'article 26 (devenu L 621-16 C. com). Dès lors le débiteur est autorisé seul à les accomplir.

part la notion des actes de gestion courante (1), et d'autre part les conséquences inhérentes au rapprochement entre entreprises *in bonis* et en redressement, quant à l'accés aux marchés publics (2).

1 - ***La notion d'actes de gestion courantes : article L 621-23 alinéa 2 du Code de commerce***

122. Il convient de remarquer qu'en plus de la faveur faite par le législateur de permettre « *au débiteur* » d'accomplir sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions non compris dans la mission de l'administrateur judiciaire[455], l'alinéa 2 de l'article L 621-23 du Code de commerce l'autorise également à accomplir des actes de gestion courante.

Cette possibilité se trouve toutefois limitée par les dispositions des articles L 621-24 et L 621-28 du Code de commerce, qui, hormis ces cas, réputent valable l'acte de gestion à l'égard des seuls tiers de bonne foi[456]. Comme le souligne Madame le Professeur C. Saint-Alary-Houin « *quelle que soit l'étendue de la mission de l'administrateur, le débiteur conserve la gestion courante de l'entreprise et ses actes sont opposables par les tiers de bonne foi* »[457]. Dès lors, à l'occasion de la mise enoeuvre de cette catégorie d'actes, il importe peu que la procédure de redressement s'effectue avec ou sans administrateur. En effet, même en présence d'une mission de représentation dévolue à ce mandataire, le débiteur continue d'accomplir les actes de gestion courante de son entreprise, selon les mêmes modalités et avec la même portée que lorsqu'il était *in bonis.* La volonté du législateur de conférer au débiteur le premier rôle, dans le sauvetage de son activité, est désormais une réalité. L'application du

---

[455] Com. 3 février 1998 R. J. Com. janvier 2000 n° 247 obs. G. Teillais : « *Il est nécessaire (...) de constater préalablement que les droits et actions exercés par le débiteur ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* » ; Com. 5 janvier 1999 D. 1999 Cah. Dr des Aff. Somm. Comm. p. 350 et P. A. 26 janvier 1999 p. 8 ; Com. 16 février 1999 RJDA 5/99 n° 600 ; Com. 13 octobre 1998 RJDA 12/98 n° 1377 ; Com. 3 février 1998 D. Aff. 1998 p. 479 ; CA Paris 19ème ch. B. 13 mars 1998 D. Aff. 1998 p. 673 obs A. Lienhard.
[456] Com. 11 juin 1996 RJDA 12/96 n° 1533 ; Com. 9 janvier 2001 RJDA 5/01 n° 602 et Act. Proc. Coll. 16 mars 2001 n° 58.
[457] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 n° hors série p. 37 n° 27.

régime général, avec le choix pour le tribunal de confier à l'administrateur une mission de surveillance, d'administration ou de représentation, cantonne ce mandataire, pour cette catégorie d'actes, à un rôle de contrôle *a posteriori*. Il en va de même pour le régime simplifié dans lequel le débiteur est soit dessaisi et représenté, soit assisté. Cette atténuation à la règle du dessaisissement trouve un écho à l'occasion de l'application du régime simplifié dont la règle est une poursuite de l'activité par le débiteur et l'exception la nomination d'un administrateur, ce qui ne fait cependant pas obstacle à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes de gestion courante.

La loi du 13 juillet 1967 considérait que les actes de gestion courante étaient ceux conformes aux usages du commerce et qui portaient sur des « *opérations réellement courantes* »[458].

L'acte de gestion courante, est celui qui « *dans la perspective d'une poursuite d'activité doit être indispensable au rétablissement de l'entreprise* ».

123. Il apparaît que ce principe est reconduit. En effet, la jurisprudence[459] rappelle que ces actes doivent correspondre à l'activité normale de l'entreprise. Les actes de gestion courante accomplis par le débiteur seul, quelle que soit la mission de l'administrateur, sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi[460]. Les cours et tribunaux admettent que le fait de passer commande, ou de procéder à des cessions de créances professionnelles, sont des actes de gestion courante et font ainsi bénéficier ces créances du « privilège » de l'article L

[458] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 37 n° 27 ; Com. 23 juin 1981 Bull. Civ. IV n° 291 : le débiteur peut, sans l'assistance du syndic, procéder « *aux opérations courantes du commerce, à condition que les modalités de paiement desdites opérations soient conformes aux usages ordinaires de sa profession.* »

[459] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 37 n° 27 ; Com. 23 juin 1981 Bull. Civ. IV n° 291 : le débiteur peut, sans l'assistance du syndic, procéder « *aux opérations courantes du commerce, à condition que les modalités de paiement desdites opérations soient conformes aux usages ordinaires de sa profession.* »

[460] Com. 11 juin 1996 RJDA 12/96 n° 1533 ; Com. 9 janvier 2001 RJDA 5/01 n° 602 et Act. Proc. Coll. 16 mars 2001 n° 58.

621-32 du Code de commerce[461]. Les actes qui entrent dans le périmétre de l'article L 621-23 du Code de commerce sont valables et la créance impayée, qui résulte de l'acte de gestion courante, n'entraîne pas la responsabilité de l'administrateur investi d'une mission de surveillance, lorsque ce dernier n'a ni visé ni contresigné l'acte. Sa responsabilité serait engagée si sa mission était d'assurer seul et entièrement la gestion de l'entreprise. Cependant, en semblables circonstances, l'acte accompli par le débiteur, dans le cadre d'une gestion courante, resterait valable.

La portée de cette notion étant assez incertaine, il apparaît cependant que les actes accomplis par le débiteur seul ne doivent pas porter sur des valeurs trop importantes, ou être disproportionnées par rapport à l'activité de l'entreprise[462]. Conditionnant ainsi le champ d'application de la notion d'actes de gestion courante, cette catégorie peut être étendue à une créance délictuelle résultant d'une action en contrefaçon[463]. Pour la Cour de cassation cette dernière doit répondre aux exigences de l'article L 621-23 alinéa 1 et 2 du Code de commerce. La Cour, sans exclure les créances délictuelles qui naissent du fait du débiteur ou de l'administrateur et bénéficient ainsi de l'article L 621-32 du Code de commerce, impose que celles-ci soient nées réguliérement. Cette appréciation de la régularité se fait tant au regard des règles gouvernant la répartition des pouvoirs débiteur-administrateur (article L 621-23 alinéa 1 du Code de commerce), qu'au regard de celles relatives à la notion de l'acte de gestion courante (article L 621-23 alinéa 2 du Code de commerce). Dès lors, pour bénéficier du « *privilège de l'article L 621-32 du Code de commerce* », la créance doit naitre régulièrement

[461] Com. 8 décembre 1998 RJDA 3/99 n° 306 ; CA Paris 3ème Ch. B 16 avril 1999 RJDA 8-9/99 n° 959.
[462] C. Saint-Alary-Houin : « la répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » RPC 1990-1 p.3 n° 22 ; D. Bachasson : « la représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives » Gaz. Pal. 11, 12 décembre 1998 p.3 ; C.A. Versailles 13 juin 1996 D. Aff. 1996 P. 1103 : la cession de créances professionnelles est un acte de gestion courante et C.A. Paris 3ème Ch. B 16 avril 1999 RJDA 8-9/99 n° 959 ; Contra : une action en justice en vue de recouvrement d'une créance ne peut être qualifiée d'acte de gestion courante CA Paris 4 octobre 1996 D. Aff. 1996 p. 1395 ; Com. 9 janvier 2001 RJDA 5/01 n° 602 et Act. Proc. Coll. 16 mars 2001 n° 58.
[463] Com. 31 mars 1998 RPC 1999-4 p.157 n° 5 obs. M. H. Monserie-Bon.

de sorte que si elle n'entre pas dans la catégorie des actes de gestion courante accomplis par le débiteur, elle doit être réalisée par l'administrateur pour recevoir cette qualification.

124. La distinction faite par la jurisprudence[464] entre les actes courants qui sont permis, et ceux d'une importance anormale, reste soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour autant, l'efficacité des actes de gestion courante est conditionnée, quant à leur opposabilité aux tiers, à la bonne foi de ces derniers.

En application du droit commun de l'article 2268 Code civil, la bonne foi est présumée, et c'est à celui qui soutient le contraire de démontrer la mauvaise foi du tiers. La « *bonne foi* » du tiers s'analyse en sa croyance quant à la réalité des pouvoirs du débiteur ; la preuve contraire résultera donc de la connaissance de la réduction des pouvoirs de ce dernier, par la nomination d'un administrateur. Comme le souligne Monsieur le Professeur Soinne[465] « *la connaissance de l'état de redressement judiciaire par le cocontractant implique présomption simple de connaissance de la limitation des pouvoirs du débiteur* ». Cette information est facilement accessible, pour peu que l'entreprise soit inscrite au registre du commerce et des sociétés[466]. Par exception au principe animant le fonctionnement de ce registre qui est déclaratif et sur pièce, les mentions d'offices prévues par l'article 36- 1 du Décret du 30 mai 1984 s'appliquent à toutes les entreprises, qui y sont inscrites ou non. Ainsi, ces mentions d'offices, qui ne concernent que les décisions intervenues dans le cadre des procédures collectives, permettent aux tiers d'être renseignés sur la situation de leur débiteur soumi à cette procédure.

[464] T. Com. Lyon 25 octobre 1972 R. J. Com 1973 p.123.
[465] B. Soinne : « Traité des Procédures Collectives » Litec 2ème éd. n° 1303.
[466] Art 21 décret 27 décembre 1985 et 36-1 décret 30 mai 1984. Il est à noter que dans la présente matière, une consultation télématique est possible même pour les entreprises non inscrites au registre du commerce et des sociétés.

Le chef d'entreprise en redressement judiciaire se voit ainsi reconnaître la possibilité d'accomplir les actes de gestion courante, ce qui implique donc son maintien au sein de l'entreprise.

Celle-ci, afin de pouvoir présenter un plan d'apurement du passif, doit, durant la période d'observation, poursuivre son activité. Cette obligation semble comporter un obstacle dans le cadre de la réglementation des marchés publics.

2 - *L'accès aux marchés publics et aides*

125. Le but de la période d'observation[467] étant de permettre de recueillir des propositions en vue de la continuation ou de la cession de l'entreprise, il est donc nécessaire que l'activité se poursuive. Si cette démarche se concilie sans trop d'encombre avec les acteurs privés de la vie économique, il n'en va pas de même vis- à- vis des acteurs publics. L'article 48 du Code des marchés publics en son alinéa 2[468] semble s'opposer, d'une part à l'article L 621-28 dernier alinéa du Code de commerce et, d'autre part, à la conclusion de tout contrat de cette nature durant la période d'observation. Une réponse ministérielle[469] précise que le principe de la liberté d'accès à la commande publique des entreprises en redressement judiciaire est maintenu, lorsque la durée de mise en oeuvre du plan de redressement judiciaire est compatible avec la durée prévisible d'exécution du marché.

Le chef d'entreprise, est-il précisé, devra justifier par tout moyen que son entreprise est habilitée à poursuivre son activité pendant la période prévisible d'exécution du marché, durant la période d'observation. Si, postérieurement à l'arrêt du plan de redressement, les dispositions des articles L 620-1 et suivants du Code de commerce et de l'article 48 du Code des marchés

[467] Articles L 621-6 et L 621-136 C. com reprenant les articles 8 et 140 loi 25.1.85.
[468] « *Les personnes physiques ou morales admises au redressement judiciaire doivent justifier qu'elles ont été admises à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché* ».
[469] Réponse ministérielle n° 22037 J.O. An Q 8 février 1999 p. 827 et Act. Proc. Coll. 26 février 1999.

publics ne posent pas problème, il en va différemment pour la période antérieure. En effet la réponse ainsi fournie fait une impasse sur les dispositions de l'article L 621-27 du Code de commerce aux termes duquel « *à tout moment, le tribunal [...] peut ordonner la cessation totale ou partielle de l'activité ou la liquidation judiciaire* ».

Indépendamment de la mauvaise rédaction de la réponse ministérielle[470], et de l'oubli de l'article L 621-27 du Code de commerce, il apparaît que l'entreprise en période d'observation ne peut pas justifier qu'elle soit habilitée à poursuivre son activité pendant la période prévisible d'exécution du marché, puisqu'à tout moment le tribunal peut mettre fin à celle-ci. Le fait que l'entreprise bénéficie d'une période d'observation, fût-elle ordonnée pour six mois, n'empêche nullement le tribunal de convertir la procédure en liquidation judiciaire, s'il apparaît que l'exploitation n'est pas viable (notamment en cas de création de dettes,...).

L'incertitude qui naît de la situation de l'entreprise durant la période d'observation ne fait donc pas obstacle à ce que sa candidature au marché public soit examinée dans les mêmes conditions que celles de ses concurrents. Cependant, on peut conjecturer que la période d'instabilité touchant l'entreprise en observation ne plaide pas en sa faveur...

126. Bien que l'entreprise soit le leitmotiv de la loi de 1985 et soit mise en exergue dans la loi de sauvegarde, son avenir passe nécessairement par les capacités de son dirigeant.

Celui-ci, comme nous le verrons ultérieurement, peut exercer plusieurs activités. Le chef d'entreprise peut bénéficier d'aides publiques à la création d'entreprise, en vue de sa nouvelle activité, alors qu'il se trouve soumis à une procédure de redressement judiciaire. Toutefois cette faculté reçoit une exception. Afin de faciliter la création d'entreprise, l'Etat propose des aides qui peuvent bénéficier à l'entrepreneur en redressement dès lors que ce dernier voudrait créer une nouvelle entreprise. En ce domaine le principe civiliste de l'unité

[470] « *La loi permettant à l'entrepreneur concerné d'établir par tout moyen à sa convenance que la période d'observation fixée par le juge de la procédure…* »

patrimoniale et les règles des procédures collectives doivent se concilier avec celles relatives à l'allocation de ces aides publiques.

127. L'article L 351-24 du Code du travail prévoit que les personnes visées par ce texte, qui créent ou reprennent une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, soit à titre individuel, soit sous la forme d'une société, n'ont droit à l'aide de l'Etat que pour autant qu'elles exercent effectivement le contrôle de l'entreprise. Le Conseil d'Etat[471] considère comme exerçant effectivement le contrôle d'une société commerciale qui exploite une entreprise « *les personnes détenant individuellement ou collectivement plus de la moitié du capital social ou celles exerçant la fonction de dirigeant et détenant au moins un tiers du capital* ». Aucune incapacité ne résultant de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, rien n'empêche le chef d'entreprise qui y est soumis de bénéficier de ces dispositions, à l'occasion de l'exercice d'une nouvelle activité. Cependant le Conseil d'Etat en fixe la limite.

Dès lors que le chef d'entreprise en redressement judiciaire voit prononcer à son encontre une mesure de faillite personnelle[472] il ne peut ni gérer, ni administrer ou contrôler, « *directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale ayant une activité économique* »[473].

L'application de cette disposition enlève donc toute possibilité à l'entrepreneur en redressement judiciaire, sanctionné par la faillite ou une interdiction de gérer[474], de recevoir une aide de l'Etat pour la création d'une nouvelle entreprise. La seule alternative consiste à créer une entreprise et à l'exploiter sous forme sociétaire, en prenant garde d'une part à ce que

[471] C.E. 18 mars 1998 RPC juin 1999 par F. Bach n° 4.
[472] Art L 625-1 et s. C.com voire plus « *modestement* » une mesure d'interdiction telle que prévue à l'article L 625-8 C. com.
[473] Art L 625-2 C. com (art. 186 de la loi du 25 janvier 1985).
[474] C.E. 18 mars 1998 RPC juin 1999 par F. Bach n° 4.

le dirigeant ne soit pas le failli, et d'autre part que ce dernier ne détienne pas plus de la moitié du capital social.

128. La présence de l'homme à travers la notion d'entreprise est un élément déterminant. Quant bien même l'exploitation se fait sous couvert d'une société, le dirigeant personne physique intéresse le législateur, notamment dans le cadre des offres de reprise ou des sanctions. Les intérêts de l'homme et de l'entreprise sont voisins, pour ne pas dire liés, et il apparaît dans les faits que le chef d'entreprise, lorsque la société prend fin, notamment lors d'un plan de cession, se maintienne en tant que représentant de cette dernière (§ 2).

§ 2 – *Les actes de représentation dans le cadre d'un plan de cession*

129. Parfois moins lié au choix du destin qu'à l'homme même, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'une société peut conduire cette dernière à sa dissolution. Jusqu'à la loi de sauvegarde des entreprises, en pareilles hypothèses, les règles du code civil et celles de la loi du 24 juillet 1966 (codifiée aux articles L 210-1 et suivants du Code de commerce) régissent les modalités de représentation de la société, sans pour autant ignorer les articles L 620-1 et suivants du Code de commerce. La mise en oeuvre de la loi du 26 juillet 2005, à compter du 1er janvier 2006, modifie les règles jusqu'à présent utilisées. L'article L 641-9 II du Code de commerce[475] issu de la loi nouvelle bouleverse en partie l'approche de la matière, en ce qui concerne la représentation de la société ayant fait l'objet d'un plan de cession total. Cet aspect met en lumière le problème de la nécessaire représentation (A) ainsi que la désignation et le rôle de son représentant (B).

A - *La représentation de la société*

130. Condition indispensable à la régularité de la procédure, la représentation de la société qui a fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs implique la désignation d'un représentant par une application combinée des règles du Code civil, du droit des société et de celui des procédures collectives. Dans la quasi totalité des cas, le représentant ainsi désigné est l'ancien dirigeant de la société.

[475] « Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public. Le siège social est réputé fixé au domicile du représentant légal de l'entreprise ou du mandataire désigné » ; M. P. Dumont « Procédure collective et droit des sociétés », RPC. Septembre 2005, p. 226 et s ; Act. Proc. Coll. 16 Septembre 2005, n°181 ; Gaz. Pal. 31 Août-1er Septembre 2005, p. 29.

Sa nomination implique d'analyser les sources légales applicables (1), ainsi que l'étendue de ses prérogatives (2).

1 - *Les sources légales*

131. En disposant que la société prend fin « *par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs de la société* », l'article 1844-7 (7°) du Code civil renvoit directement aux dispositions relatives à la liquidation des sociétés et notamment aux articles L 237-1 et suivants du Code de commerce (anciens articles 390 et s. de la loi du 24 juillet 1966)[476]. Cet aspect important, bien que souvent ignoré par la pratique, a pour fondement l'article L 237-15 du Code de commerce[477]. A défaut de précision de la part des associés dans le pacte social, ou dans le cadre d'une convention, les dispositions propres à la liquidation judiciaire des sociétés sont applicables. La loi de sauvegarde des entreprises prévoit le maintien du dirigeant en cours lors d'un plan de cession de même qu'en cas de liquidation[478] sans, pour autant, modifier l'article 1844-7 (7) du Code civil.

[476] I. Urbain-Parléani : « Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales » Rev. Sociétés 1993 p. 239 et s ; F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » Dalloz 3ème éd. n°258 p. 166. Les jugements visés à l'article 1844-7 (7°) C.Civ. sont une « *cause de dissolution de plein droit de la société* » , CA Versailles 15 juin 2000 RJDA 11/00 n° 1022 ; Com. 20 février 2001 Act. Proc. Coll. 30 mars 2001 n° 79 ; 3ème Civ.13 novembre 2003 Bull. Joly Sociétés 2004 p. 212 note P. Le Cannu - Contra : Y. Chaput : Droit des sociétés février 2001 « Sociétés en difficultés » sous CA Amiens Ch.com. 31 août 2000 n° 30 « *la liquidation judiciaire - dissolution n'a pas à être prolongée d'un troisième étage avec la nomination d'un liquidateur amiable téléscopant le mandataire liquidateur* ».

[477] Art. L 237-15 C. com : « *les pouvoirs du conseil d'administration, du directoire ou des gérants prennent fin à dater de la décision de justice prise en application de l'article précédent ou de la dissolution de la société si elle est postérieure* ». L'article L 237-14 C. com vise la liquidation judiciaire à défaut de liquidation amiable.

[478] « Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public. Le siège social est réputé fixé au domicile du représentant légal de l'entreprise ou du mandataire désigné » ; M. P. Dumont « Procédure collective et droit des sociétés », RPC Septembre 2005, p. 226 et s ; Act. Proc. Coll. 16 Septembre 2005, n°181 ; Gaz. Pal. 31 Août-1er Septembre 2005, p. 29. Le projet de réforme des procédures collectives modifierait l'article 1844-7 du code civil en prévoyant le maintien des dirigeants sociaux jusqu'à la clôture de la liquidation ou des opérations de cession sauf désignation ultérieure en application des statuts ce qui, en ce qui concerne les conséquences, correspond au régime actuel ; Rép.min. n° 34909 JO Sénat Q, 3 janvier 2002 p. 50 ; D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Act. lég. p. 380 et Bull. Joly Sociétés janvier 2002 p. 147 ; B. Lagarde : « Représentation de la personne morale dissoute, le droit des sociétés, le droit des procédures collectives et le droit fiscal » Les

Cette interaction entre ces différentes sources du droit[479] rapproche la procédure de redressement judiciaire de celle de la liquidation judiciaire quant aux conséquences de l'arrêt d'un plan de cession totale. En ce domaine si les textes sont connus (a) leur mise en oeuvre est parfois délicate (b).

a)- *Les textes en présence*

132. La jurisprudence paraît sur ce point fermement ancrée, qui applique le régime du droit commun à la représentation de sociétés dissoutes[480], malgré toutefois quelques décisions marginales[481]. Les pouvoirs du dirigeant prenant fin, il ne lui est plus possible d'intervenir pour le compte de la société qu'il représentait jusque-là, bien que la Cour de cassation[482] précise que l'ancien dirigeant, privé de ses pouvoirs de représentation demeure

---

Annonces de la Seine 16 janvier 2003 p.1 et s. ; F. Derrida et P. Julien note sous CA Paris 3ème Ch. A 16 septembre 2003 D. 2004 Cah. Dr. des Aff. p. 130 et s. ; E. Boronad-Lesoin : « La survie de la personne morale dissoute » RTD Com janvier-mars 2003 p. 1 et s. (p. 19).

[479] H. Le Nabasque : « *les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du Code civil* » Revue Actes Pratiques avril 1998 p 24 et s. ; D. Bachasson : « *la représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives* » Gaz. Pal. 11, 12 décembre 1998 p. 4 ; E. Boronad-Lesoin : « La survie de la personne morale dissoute » RTD Com janvier-mars 2003 p. 1 et s. (p. 19).

[480] I. Urbain-Parléani : « Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales » Rev. Sociétés 1993 p. 239 et s. (p. 244) ; Com. 26 octobre 1999 R. J. Com. 2000 n° 1554 obs. L. Convert; Bull. Civ. IV n° 196, RJDA 12/99 n° 1366, Droit des Sociétés février 2000 Sociétés en difficultés par Y. Chaput n° 27 , D. 1999 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 77 et s. obs. A. Lienhard ; 2ème Civ. 6 mai 1999 Revue des Sociétés octobre-décembre 1999 p. 817 et s. obs. Y. Chartier ; Com 16 mars 1999 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Comm. p. 513 et s. obs. H. Kenfack ; Com. 3 juin 1997 R. J. Com. mai 1998 n° 1506 obs. T. Granier ; CA Paris Ordonnance 1er Président 9 juillet 1998 R. J. Com. avril 1999 n° 1525 obs. P. Petel ; CA Aix en Provence 8ème Ch. A 14 octobre 1999 D. 1999 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 102.

[481] CA Paris 3ème ch. B 2 juillet 1999 D. Aff. p. 1462 obs. A. Lienhard. Cet arrêt « *franc tireur* » précise que la cession globale des actifs de la société ne saurait « *avoir pour effet, sauf dispositions statutaires en ce sens, de priver les mandataires sociaux de leur pouvoir de représenter la personne morale en appel en vue, précisément de l'anéantissement de la décision qui est à l'origine de la perte de leur pouvoir* ». Cette solution est en parfaite contradiction, d'une part face aux textes (art. L 237-15 C. com , art 1844-7 (7°) C. Civ.) et, d'autre part vis-à-vis de la position de la Cour de cassation : J. Cl. Droit des affaires juin 2001 n° 92 obs. T. Bonneau (quant à l'analyse particulièrement pertinente de la position de la Cour de cassation sur ce point : H. Le Nabasque : « les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du Code civil » Actes Pratiques avril 1998 p. 24 et s.) ; Com. 20 février 2001 Bull. Civ. IV n° 42.

[482] P. Petel : R. J. Com. avril 1999 n° 1525 ; Com 30 juin 2004 Act. Proc. Coll. 15 octobre 2004 n° 203 ; D. 2004 Cah. Dr des Aff. Comm p. 2429 et s note F. Derrida, P. Julien, J. F. Renucci ; D. 2004 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2043 et s obs A. Lienhard ; M. H. Monsérié-Bon « Liquidation judiciaire et qualité pour recevoir signification du jugement » Act. Proc. Coll. 15 octobre 2004 p. 1 :l'artifice développé par la Cour de cassation n'est justifié que par des raisons d'opportunités tendant à diminuer le contentieux des recours ; F. Derrida et P. Julien note CA Paris 3ème Ch. A 16 septembre 2003 D. 2004 Cah. Dr. des Aff. p. 130 et s. ; P. M. Le Corre : « Procédure de

une personne habilitée à recevoir la signification d'une décision sans, toutefois, agir pour le compte de celle-ci.

La désignation d'un liquidateur, afin de représenter la société, est nécessaire ; à défaut la solution, dans le cas des voies de recours, réside dans les dispositions de l'article 534 du Nouveau code de procédure civile[483] qui permet de rendre valide l'appel de l'ancien dirigeant, à condition « *qu'il puisse justifier d'un intérêt personnel à exercer cette voie de recours* ». Il en est de même, à l'occasion de la convocation des associés en assemblée par l'ancien dirigeant ; celle-ci demeure valable, si tous les associés sont présents ou représentés[484], en application du droit commun (article L 223-27 du Code de commerce).

133. Cependant, le critère « *de l'intérêt personnel* » n'est pas l'unique exception permettant le maintien des anciens organes. L'article L 237-16 du Code de commerce (ancien article 404 de la loi du 24 juillet 1966)[485] maintient ainsi en fonction les membres du Conseil de surveillance, de même que les Commissaires aux comptes malgré la mise en liquidation de la société. Cette disposition leur permet d'exercer leur mission afin de préserver les intérêts de la personne morale et de fournir toutes informations[486].

Cette règle doit se concilier avec celle qui concerne le plan de cession globale. En pareille hypothèse, l'article L 237-20 du Code de commerce impose la désignation d'un liquidateur, dès que la dissolution de la société est prononcée par décision de justice, ce qui

---

vérification et d'admission des créances et dissolution des sociétés placées en liquidation judiciaire » Gaz. Pal. 7-8 avril 2004 p. 2 et s.

[483] Art. 534 NCPC. « *celui qui représentait légalement une partie peut, en cas de cessation de ses fonctions et s'il y a un intérêt personnel, exercer le recours en son nom.* » Pour autant la déclaration d'appel, dans la procédure sans représentation obligatoire, n'impose pas la mention du nom de l'organe qui représente la personne morale (article 933 du NCPC - Ass. Plén. 7 juillet 2000 Bull. Civ. n° 5 et RJDA 12/00 n° 1092) ; CA Paris 3ème Ch.A 24 mai 2002 D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2055 obs. A. Lienhard qui applique le critère de « *l'intérêt personnel* » ; Com. 28 janvier 2004 Act. Proc. Coll. 2004 n°6 ; CA Paris 3ème Ch. B 26 mars 2004 D. 2004 Cah. Dr.des Aff. Act. Jur. p. 1168.

[484] Com. 17 juillet 2001 D. 2001 Cah. Dr. Aff. Act. Jur. p.2519 et s. obs. A. Lienhard.

[485] « *La dissolution de la société ne met pas fin aux fonctions du conseil de surveillance et des commissaires aux comptes* ».

[486] H. Le Nabasque : Revue Actes Pratiques Société avril 1998 op cit. ; B. Soinne : RPC 1989-2 p. 186. Cependant, en application de l'article 403 de la loi 24 juillet 1966, les dirigeants ne disposent plus de leur pouvoir.

est le cas en l'espèce. Ce liquidateur, représentant désormais de la société, est désigné pour le laps de temps qui courra jusqu'à la clôture de la liquidation[487], puisque durant cette période la personnalité morale de la société subsiste[488].

134. La nécessité d'un représentant de la société, dans ce cas, résulte de l'application combinée des articles 1844-8 Code civil, et L 237-18, L 237-19 du Code de commerce (anciens articles 406, 407 de la loi du 24 juillet 1966)[489].

Pour autant, l'application des textes qui régissent la matière n'est pas sans poser problème (b).

b) - *La mise en oeuvre des dispositions légales*

135. Deux questions essentielles sont soulevées dans cette espèce. D'une part, le périmètre concernant l'article 1844-7 (7°) du Code civil est-il identique à celui de l'article L 621-83 du Code de commerce dans le cas de la cession globale ? D'autre part la société en liquidation peut-elle « *renaître* » en application de l'article L 625-10 du Code de commerce ?

136. La question de savoir si l'article 1844-7 (7°) du Code civil englobe la même notion que celle évoquée à l'article L 621-83 du Code de commerce mérite d'être posée, notamment en ce qui concerne les conséquences qui en découlent vis-à-vis des personnes pouvant représenter la société.

---

[487] Art. L 237-2 C.com, art. 1844-8 C.civ. ; Com 20 février 2001 J. Cl. Droit des sociétés juin 2001 n° 92 obs. T. Bonneau ; Com. 15 mai 2001 Act. Proc. Coll. 27 juillet 2001 n° 168.

[488] Civ. 2è 6 mai 1999 Revue des Soc. 2000 p. 817 et s. obs. Y. Chartier, RTD Com octobre-décembre 1999 p. 965 obs. C. Saint-Alary-Houin ; Soc. 14 mars 2000 J. Cl. Droit des Sociétés Août-Septembre 2000 n° 122 par Y. Chaput.

[489] H. Le Nabasque : « les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du code civil » Actes Pratiques Société avril 1998 p. 25 : « *on ne voit pas en revanche, qu'elle (la liquidation) puisse exonérer les associés de l'obligation qu'ils ont de procéder à la désignation d'un liquidateur ainsi que l'exige l'article 1844-8 Code civil* » ; B. Soinne : RPC juin 2001 n° 34 p. 87 et 88.

En effet, dès lors que le résultat du plan de cession est équivalent à celui d'une liquidation, la représentation de la société en pareil cas est identique à celle prévue par les articles 1844-7 (7°) Code civil et L 237-2 et suivants du Code de commerce[490]. La cession totale de la société a pour conséquence la dissolution de celle-ci, et entraîne *ipso facto* la fin des pouvoirs du dirigeant.

Cependant, certaines cours d'appel résistent[491]. Leur position se fonde sur les termes de l'article 1844-7 (7°) Code civil « *cession totale des actifs* » qui « *ne sont pas ceux qui caractérisent le plan de « cession totale » de la loi de 1985* »[492]. Dans ce dernier cas, il demeure souvent des actifs qui doivent être réalisés selon les règles qui régissent la liquidation[493], ce qui écarterait ainsi les dispositions de l'article 1844-7 (7°) du Code civil[494]. Le commentateur[495] souligne le manque de réalisme de la décision, qui laisse planer une incertitude, dans l'attente de la position de la Cour de cassation.

Il semble cependant légitime de penser que cette dernière ne suivra pas ce raisonnement. En effet, « *cette réticence* »[496] à ne pas vouloir appliquer les dispositions de l'article 1844-7 (7°) du Code civil n'est motivée que par le souci de protéger les tiers en maintenant les dirigeants de la société.

En fait, le champ d'application des articles 1844-7 (7°) du Code civil et L 621-83 du Code de commerce est identique, lorsque l'on se fonde sur les conséquences de l'opération.

---

[490] Com. 18 janvier 2000 Act. Proc. Coll. 11 février 2000 n° 32 faisant application à la société, objet d'un plan de cession totale, des dispositions ayant trait à la dissolution de l'article 1844-7 (7°) Code civil ; RTD Com. avril-juin 2000 p. 467 obs. J. L. Vallens.

[491] CA Douai 18 février 1999 Les Annonces de la Seine 12 avril 1999 p. 14 et s. ; Les Annonces de la Seine 10 juin 1999 obs. J. Aubert p. 1 et s.

[492] J. Aubert : « la représentation de la personne morale dissoute dans la faillite ». Les Annonces de la Seine 10 juin 1999 p.1.

[493] Art L 621-83 dernier alinéa C.com ; art. 104 D 27 décembre 1985.

[494] CA Douai 2ème Ch. 18 février 1999 D. Aff. 1999 p. 492 et 599 et s. « *Le plan de cession totale à caractère économique, n'a pas pour autant statué sur la cession de tous les actifs* » et de poursuivre « *que les trois sociétés litigieuses n'ont pas pris fin malgré le plan de cession* ».

[495] P. Pisoni sous CA Douai 2ème Ch. 18 février 1999 D. Aff. 1999 p. 599.

[496] C. Regnaut-Moutier : Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 n° 69 obs. sous CA Douai 2ème Ch. 18 février 2000 qui souligne la volonté du législateur à travers l'article 1844-7 C.civ. de viser « *l'adoption d'un plan de cession totale impliquant en principe la disparition de tous les actifs sociaux* », ceux-ci étant cédés soit dans le cadre du plan soit selon les modalités liquidatives.

Dans les deux cas l'activité de la société cesse. Dès lors plus aucune raison ne plaide en faveur du maintien des dirigeants de la société, puisque dans le cas visé à l'article L 621-83 alinéa 4 du Code de commerce, les biens résiduels seront vendus dans le cadre liquidatif[497]. A défaut de pouvoir exercer une quelconque activité, la société, qui a fait l'objet d'un plan de cession totale, ne peut être assimilée qu'à une société en liquidation judiciaire. Plus encore, cette assimilation doit être retenue, même dans le cas où seule une partie des actifs serait cédée dans le cadre « *d'un plan de cession totale* », dès lors que ceux- ci sont nécessaires à l'activité de la société[498].

Il convient toutefois de s'interroger sur le cas de la société qui a fait l'objet d'un plan de cession, et dont le passif est réglé. A l'instar du Phoenix la société renaitrait-elle avec ses anciens représentants, ou sa liquidation est-elle irréversible ?

137. La perspective d'une société renaissante après l'extinction de son passif, faisant recouvrer aux dirigeants leurs pouvoirs, n'est pas une simple hypothèse d'école.

Le fondement de ce raisonnement réside dans les dispositions de l'ancien article 195 de la loi de 1985 (article L 625-10 du Code de commerce)[499]. Une partie de la doctrine s'interrogeait sur la possibilité de revenir, après extinction du passif, sur la liquidation en application de ces dispositions[500].

---

[497] Monsieur Blot, rapporteur de la commission des lois devant l'Assemblée Nationale, précise « *il ne convient pas.... de laisser subsister une personne morale qui n'aurait plus d'activité.... de telle façon qu'on ne laisse pas subsister des coquilles vides* » Débats Assemblées Nationales 2ème séance du 17 novembre 1997 J.O. p. 5993 cité par J. Aubert : « la représentation de la personne morale dissoute dans la faillite » : Les Annonces de la Seine 10 juin 1999 p. 2 ; H. Le Nabasque : « les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du Code civil » Revue Actes Pratiques Sociétés avril 1998 p. 24 sur le critère de l'activité ; T. Granier : R. J. Com. mai 1998 n° 1506 obs. sous Com. 3 juin 1997.

[498] P. Pisoni D. Aff. 1999 p. 600 ; T. Com. Valenciennes (Ord. ref) 20 janvier 1989 RPC 1989-2 p. 185 obs. B. Soinne concernant un plan de cession « *de l'unité de production et du fonds de commerce (...) qu'en conséquence la société était devenue sans objet privée de toute possibilité de présenter (...) un plan de redressement par voie d'apurement du passif ce qui s'assimile purement et simplement à une liquidation judiciaire* » ; P. Petel : R. J. Com. avril 1999 n° 1525 obs. sous CA Paris (Ord. Premier Président) 9 juillet 1998.

[499] Art. L 625-10 alinéa 3 C. com: « *le jugement de clôture pour extinction de passif rétablit le chef d'entreprise ou les dirigeants de la personne morale dans tous leurs droits* ».

[500] T. Granier : R. J. Com. mai 1998 n° 1506 obs. sous Com. 3 juin 1997. ; B. Soinne : RPC 1989-2 p. 189 n° 23 ; C. Regnault-Moutier : Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 n° 69 ; L. Convert : R. J. Com. 2000 n° 1554.

La jurisprudence de la Cour d'appel de Douai[501], qui refuse d'appliquer les dispositions relatives à la liquidation aux sociétés ayant fait l'objet d'un plan de cession totale, et qui maintient ainsi les dirigeants à leur place, plaide en faveur de la survie de la société, dès lors qu'elle est redevenue *in bonis*[502].

La Cour de cassation, ne s'est pas engagée dans cette voie[503]. Au visa des articles 1844-7 (7°), 1844-8 alinéa 3 du Code civil, 167, 195 de la loi 1985, elle a précisé que « *le jugement de clôture pour extinction de passif est sans influence sur la dissolution* ».

Une partie de la doctrine[504] estime que cette solution condamne toute société qui désirerait reprendre son activité avec son actif résiduel.

Cette vision est confortée, d'une part par l'énumération des objectifs poursuivis à l'article L 620-1 du Code de commerce[505], et d'autre part par les dispositions qui régissent la liquidation judiciaire[506]. D'évidence, les partisans de cette thèse soulignent que la personnalité morale qu'elle soit droit ou bien outil a une utilité qui doit commander la décision[507].

La Cour de cassation a pris fermement partie et a exclu toute possible renaissance, en faisant prévaloir les dispositions des articles 1844-7 (7°) et 1844-8 alinéa 3 du Code civil. Une fois la dissolution intervenue, celle-ci est « *définitive et irrévocable* »[508].

---

[501] CA Douai 2ème Ch. 18 février 2000 Les Annonces de la Seine 12 avril 1999 p. 14, Les Annonces de la Seine 10 juin 1999 p. 1 et s. obs. J. Aubert ; D. Aff. 1999 p. 492 et p. 599 obs. P. Pisoni.

[502] C. Regnault-Moutier : Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 n° 69 « *lorsqu'il n'existe plus de passif exigible, il n'y a pas lieu de procéder à la réalisation des biens résiduels, ce qui laisserait une ouverture pour la survie de la société redevenue in bonis si la position adoptée par la cour de Douai avait l'aval de la Cour de cassation.* »

[503] Com. 26 octobre 1999 RDJA 12/99 n° 1366 ; Dr. des Soc. Février 2000 obs. Y. Chaput ; D. 1999 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 77 et s. obs. A. Lienhard; R. J. Com. 2000 n° 1554 obs. L. Convert ; Bull. Civ. IV n° 196.

[504] L. Convert : R. J. Com. 2000 n° 1554 « *cette disparition ne profite à personne, son seul mérite étant finalement de permettre le maintien d'une certaine logique dans la construction juridique* ».

[505] Art. L 620-1 C. com (ancien art. 1 al.1 loi 1985) : «… *la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ».

[506] Art L 622-9 C. com (ancien art. 152 loi 85) prévoyant le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire tant que celle-ci n'est pas clôturée. Dès lors, a contrario la liquidation judiciaire clôturée, le débiteur peut à nouveau administrer et disposer des biens s'il en reste.

[507] L. Convert : R. J. Com. 2000 n° 1554 ; B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 2499.

[508] A. Lienhard D. 2000 Cah. Dr des Aff, Act. Jur. p. 78 ; B. Soinne : RPC 1989-2 n° 23 p. 189 ; Com. 18 janvier 2000 RJDA 4/00 n° 448 ; Com. 17 mars 1998 JCP éd. E 1998 p. 1549 rapport de M. le Conseiller rapporteur J. P. Remery : la société « *a fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs. Elle n'existe donc plus (V C.Civ. 1844-7 - 7°)* » ; CA Aix en Provence 19 février 1998 P. A. 19 février 1999 n° 36 obs. F. Derrida : la société « *étant dissoute de plein droit en vertu de la décision arrêtant le plan de cession* ».

Il convient de remarquer qu'en l'espèce, l'article 195 de la loi de 1985 ne pouvait recevoir application. En effet, la cession totale est visée au Titre I de la loi, alors que l'article 195 fait partie du Titre VI relatif à la faillite personnelle et autres mesures d'interdiction, qui est étranger au redressement de l'entreprise qui nous occupe.

Aucun texte spécial ne prévoyant le rétablissement de la société qui a fait l'objet d'un plan de cession totale, il convient de faire application des dispositions du droit commun (articles 1844-7 (7°) et 1844-8 du Code civil).

La dissolution de la société étant irréversible, sa personnalité morale ne subsiste que pour les besoins de sa liquidation.

Le plan de cession totale implique donc la nécessaire nomination d'un représentant de la société, en application de ce droit commun[509].

Personnage essentiel, le représentant de la société qui a fait l'objet d'un plan de cession totale voit ses pouvoirs se mettre en place à côté de ceux du commissaire à l'exécution du plan (2).

2 - *l'étendue des prérogatives du représentant de la société*

L'arrêt du plan de cession total des actifs de la société par le tribunal met fin à la mission de ses dirigeants. La société, bien que disposant toujours de la personnalité morale, est alors dépourvue d'organe de représentation, de sorte qu'il lui est impossible d'agir. Cette paralysie nuit, non seulement à ses intérêts, mais aussi à ceux des tiers, notamment au bénéficiaire du plan, puisque les opérations de cession doivent être régularisées par le cédant.

[509] Y. Chaput : Rev. Dr. des Soc. février 2000 sociétés en difficultés n° 27. La portée quant aux conséquences de la liquidation judiciaire est plus importante pour les personnes morales que pour les personnes physiques (disparition des organes sociaux). Monsieur le Professeur Y. Chaput précise « *admettre, au contraire, le maintien de la structure sociale ne serait-il pas plus conforme, si ce n'est au droit de la liquidation des sociétés, à tout le moins à la portée de la liquidation judiciaire* ».

Ces impératifs juridiques nécessitent de déterminer sa fonction (a) pour examiner les principes de la représentation en justice (b).

a) – *L'étendue de la fonction*

138. Conséquence directe de l'arrêt du plan de cession totale de la société, ses dirigeants, en application des règles du droit civil et du droit des sociétés, n'ont plus aucun pouvoir pour la représenter.

Ainsi en liquidation, la société dispose-t-elle toujours de sa personnalité morale, mais uniquement « *pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci* » (art. 1844-8 al. 3 Code civil).[510] Il convient toutefois de préciser que, malgré la clôture de la liquidation, « *la personnalité morale de la société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés* »[511].

Le maintien de la personnalité morale impose de nommer, à côté du commissaire à l'exécution du plan, un représentant de la société.

Cette représentation est commandée non seulement par la réalisation des actes translatifs de propriété qui découle du plan de cession, mais aussi par tous les autres actes qui impliquent l'intervention de la société.

[510] Com. 1er février 2000 Dr. des Soc. juin 2000 obs. T. Bonneau n° 86. Com. 26 octobre 1999 Bull. Civ. IV n° 196, R. J. Com. 2000 n° 1554 obs. L. Convert ; RJDA 12/99 n° 1366 ; D. 1999 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 77 obs. A. Lienhard, Dr. des Soc. février 2000 sociétés en difficulté par Y. Chaput n° 27 ; CA Versailles 13ème Ch. 30 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 272 ; CA Paris 28 mai 1999 Dr. des Soc. octobre 1999 par T. Bonneau n° 141 ; CA Paris 3ème Ch. 19 octobre 1999 Dr. des Soc. Août-Septembre 2000 n° 122 obs. Y. Chaput.

[511] T. Bonneau : Dr. des Soc. mai 2000 n° 70 sous Com. 18 janvier 2000 ; Civ 2ème 6 mai 1999 D. Aff. 1999 p. 908 « *la personnalité morale d'une société dissoute subsiste aussi longtemps que ses droits et obligations à caractère civil ne sont pas liquidés* » ; Civ. 3ème 31 mai 2000 Bull. Civ. III n° 120.

Le commissaire à l'exécution du plan ne dispose en effet que de pouvoirs réduits[512], ce qui nécessite à ses côtés et pour la défense des intérêts de la société, la désignation d'un représentant (b).

b) - *La représentation en justice*

139. Ce représentant, appelé liquidateur, est très souvent l'ancien dirigeant de la société. Son action ne se cantonne pas à la régularisation des actes de cession (articles L 621-95 du Code de commerce, reprenant l'article 92 de la loi et 106 du décret du 27 décembre 1985) compris dans le plan[513], pas plus qu'à ceux non compris dans ce dernier (article L 621-91 alinéa 4 du Code de commerce). En effet, toute société doit avoir un représentant légal, qu'elle soit ou non en liquidation. Cette obligation conditionne l'exercice des voies de recours qui lui sont ouvertes[514], ainsi que toutes actions en justice, que la société soit demanderesse ou défenderesse[515].

---

[512] Com. 18 janvier 2000 RTD Com. avril-juin 2000 p.467 obs. J. L. Vallens et p. 447 obs. C. Saint-Alary-Houin ; Act. Proc. Coll. 11 février 2000 obs. J. Vallansan ; RJDA 4/00 n° 448. Le commissaire à l'exécution du plan n'a pas qualité pour représenter le débiteur. Il ne peut que poursuivre les actions exercées avant le jugement arrêtant le plan ainsi qu'engager les actions qui n'ont pu l'être au cours de la période d'observation ; Com. 23 novembre 1999 J. Cl. Procédures mars 2000 n° 65 obs. C. Laporte ; Com. 4 janvier 2000 RJDA 3/00 n° 315 précisant la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan qui ne peut se poursuivre au delà de la durée du plan sauf prolongation de ce dernier par jugement du Tribunal ; Com. 29 février 2000 RJDA 6/00 n° 695 ; Civ.3ème. 31 mai 2000 Bull. Civ. III n° 120, Dr. des Soc. octobre 2000 n° 134 obs. T. Bonneau, D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 355 et s. obs. M. Boizard.

[513] CA Versailles 1ère Ch. 8 janvier 1999 JCP éd. G 1999 IV n° 1961 la mission du commissaire à l'exécution du plan dure jusqu'au paiement intégral du prix de cession et l'article 106 du décret lui donne pouvoir de réaliser les actifs hors plan de telle sorte qu'il peut engager une action en recouvrement avant la clôture de la procédure bien que la durée du plan soit expirée, en exception à l'article 67 de la loi.

[514] CA Paris 3ème Ch. A 16 septembre 2003 D. 2004 Cah. Dr des Aff. p. 130 et s. note F. Derrida et P. Julien ; Civ. 2ème 6 mai 1999 D. Aff. 1999 p. 908; Com. 12 janvier 1999 Dr. des Soc. mai 1999 p. 12 n° 70 obs. T. Bonneau ; Com. 14 décembre 1999 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 65, cet arrêt rappelle les règles quant à la régularisation d'un acte de procédure atteint par une irrégularité de fond (non désignation d'un représentant de la société dissoute en application de l'article 1844-7 (7°) C.civ.). Deux courant sont en présence, le premier prévoit que la nullité peut être couverte jusqu'à ce que le juge statue en application de l'article 121 NCPC. le second exige que la régularisation intervienne avant l'expiration du délai d'appel. La Chambre commerciale opte en faveur de ce dernier courant infléchissant ainsi sa jurisprudence ; pour autant, un certain flottement semble ressortir des arrêts de la Cour de cassation. Ainsi la 3ème Chambre civile (31 mai 2000 – D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 355 et s. obs. M. Boizard, Dr. des Soc. octobre 2000 n° 134 obs. T. Bonneau, Bull. Civ. III n° 120) autorise la régularisation à tout moment au cours de l'instance ; CA Paris 18 décembre 1996 RPC mars 1999 p. 27 obs. M. Cadiou ; Y. Chartier : Rev. des Soc. 2000 p. 817 sous Civ. 2ème 6 mai 1999 ; Com. 16 mars 1999 Bull. Civ. IV n° 66 ; E. Boronad-Lesoin : « La survie de la personne morale dissoute » RTD Com. Janvier-mars 2003 p. 1 et s. (p. 21).

[515] CA Aix-en-Provence 8è ch. A 14 octobre 1999 D. 1999 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 102 ; H. Kenfack note sous Com. 16 mars 1999 D. 2000 Cah. Dr. Aff. Comm. p. 513 et s.

Le principe est identique dans le cas de constitution en tant que partie civile du représentant légal de la société[516], par exemple dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont elle serait la victime[517]. La Cour de cassation limite son action « *à la poursuite de l'action publique sans solliciter de réparation civile* ». Ce droit fondamental consacré par la loi du 2 février 1981 contient une limite : l'impossibilité de demander des dommages-intérêts.

Ces indemnités ne pourront être demandées que par le commissaire à l'exécution du plan et profiteront, non pas à l'entreprise, mais à ses créanciers.

En énonçant ce principe, la Chambre criminelle ôte tout doute quant à la notion de débiteur. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale ayant fait l'objet d'un plan de cession totale ou d'une liquidation judiciaire, à condition toutefois, dans le cas d'une société, qu'elle soit représentée conformément aux règles légales en la matière.

140. La nomination d'un liquidateur est la conséquence du maintien de la personnalité morale de la société en liquidation. Si sa désignation obéit aux règles du droit des sociétés, son rôle reste quelque peu confus au regard de la jurisprudence (B).

B - *Le représentant de la société*

141. Bien que la pratique hésite à appliquer (ignore ?) les dispositions relatives à la nomination d'un liquidateur représentant la société qui a fait l'objet d'un plan de cession, celles-ci sont prévues par le Code de commerce (1) qui confère à ce mandataire un rôle non négligeable (2).

[516] H. Kenfack note sous Com. 16 mars 1999 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Comm. p. 516 « *le liquidateur amiable peut se constituer partie civile s'il cantonne son action à l'exercice de l'action publique sans solliciter pour la société des dommages-intérêts* ».
[517] Crim 21 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 280 obs. A. Lienhard.

1 - *La désignation d'un liquidateur*

142. Par l'application combinée des articles 1844-7 (7°) du Code civil et L 237-2 et suivants du Code de commerce, la société ayant fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs est en liquidation du fait de sa dissolution. Les pouvoirs des dirigeants prenant fin par l'effet du jugement (article L 237-15 du Code de commerce), la représentation de la société n'est plus assurée. La personnalité morale de cette dernière se poursuit et implique la désignation d'un nouveau représentant (appelé liquidateur)[518]. Cette désignation, si elle reste l'apanage des associés (a), n'exclut pas l'intervention judiciaire (b).

a) – *L'apanage des associés*

143. La dissolution de la société étant d'origine légale (article 1844-7 du Code civil), les dispositions de l'article L 237-20 du Code de commerce ne trouvent pas application[519], et renvoient ainsi les associés à désigner un liquidateur amiable[520]. Cette désignation s'effectuera, selon les termes de l'article 1844-8 du Code civil, conformément aux statuts ou à défaut, par décision des associés et en cas d'impossibilité par décision de justice. Les

[518] Com. 10 mars 2004 (2 espèces) D. 2004 Cah. Dr.des Aff. Act. Jur. p.949 et s. obs. A. Lienhard , Act. Proc. Coll. 7 mai 2004 n°98 obs. C. Regnaut-Moutier ; G. Teboul : « Le plan de cession : actualité » Gaz. Pal. 4, 5 juillet 2003 p. 2 et s ; D. Bachasson : « la représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives » Gaz. Pal. 11, 12 décembre 1998 p.4 ; T. Granier : R. J. Com. mai 1998 n° 1506 sous Com. 3 juin 1997 p. 193 ; H. Kenfack : D. 2000 Cah. Dr des Aff. Comm. p. 513 et s. sous Com. 16 mars 1999 ; Com. 18 janvier 2000 RJDA 4/00 n° 448, Act. Proc. Coll. 11 février 2000 n° 32 obs. J. Vallansan ; RTD Com. avril-juin 2000 p. 467 obs. J. L. Vallens ; CA Aix en Provence 8ème Ch. A 14 octobre 1999 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 102 ; CA Paris 3ème Ch. 11 janvier 2000 et CA Orléans Ch. Com. 27 avril 2000 Dr. des Soc. Août-Septembre 2000 n° 122 obs. Y. Chaput ; Com. 17 juillet 2001 D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2519.

[519] « *Si la dissolution de la société est prononcée par décision de justice, cette décision désigne un ou plusieurs liquidateurs* ».

[520] H. Le Nabasque : « les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du Code Civil » Actes pratiques Sociétés avril 1998 p. 24 et s. ; E. Boronad-Lesoin : « La survie de la personne morale dissoute » RTD Com. Janvier-mars 2003 p. 1 et s. (p. 20) - Contra : A. Lienhard : D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2520 pour qui ce rôle ne fait pas parties de la mission du mandataire judiciaire. La désignation judiciaire d'une personne chargée de représenter la société se fait à la demande de tout associé dans la SARL (art. L. 223-27 C. com. - art. 57 loi 24.7.66) et de tout intéressé dans les SA (art. L 225-103 C. com. - art. 158 loi 24. 7. 66).

dirigeants ne disposant plus de leurs pouvoirs, seul le mandataire (commissaire à l'exécution du plan en l'espèce) a la faculté de les réunir en assemblée, à moins que, lors de l'assemblée irrégulièrement convoquée par l'ancien dirigeant, tous les associés soient présents ou représentés[521].

La désignation du liquidateur amiable se fait selon le quorum visé à l'article L 237-18 du Code de commerce (ancien article 406 de la loi de 1966), en fonction du type de société[522].

Il est à remarquer que le liquidateur ainsi nommé est bien souvent l'ancien dirigeant de la société, qui est la personne la connaissant le mieux. Cependant, il peut arriver qu'aucun liquidateur ne soit nommé. Ce sera d'une part le cas lorsque le commissaire à l'exécution du plan se sera abstenu d'avoir réuni les associés, les empêchant de fait de désigner un représentant, et d'autre part, lorsque malgré leur réunion en assemblée, ils ne seront pas parvenus à s'accorder sur sa désignation. En semblable circonstance, la société se trouve dépourvue de tout représentant, ce qui nécessite d'avoir recours au juge (b).

b) - *La désignation judiciaire*

142. 144. La désignation judiciaire, prévue par les dispositions du droit commun (articles L 237-19 du Code de commerce, 274 et 276 du décret du 23 mars 1967), permet à tout intéressé de demander la désignation d'un liquidateur judiciaire. Ce dernier est désigné par ordonnance

[521] Com. 17 juillet 2001 D. 2001 Cah. Dr. Aff. Act. Jur. p. 2519 et s. obs. Lienhard : toute action en nullité étant irrecevable en application du droit commun des articles L 223-27 et L 225-104 C. com. (art. 57 et 159 loi 24.7.66).

[522] A l'unanimité dans les SNC ; à l'unanimité des commandités et à la majorité en capital des commanditaires ; à la majorité en capital dans les SARL ; aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales ordinaires dans les SA ; aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales ordinaires cette majorité devant comprendre l'unanimité des commandités pour les SCA ; selon des dispositions de l'article 1844-8 Code Civil pour les sociétés civiles.

143. du président du tribunal de commerce rendue sur requête[523]. L'exercice des droits de la société ne peut se réaliser que par un liquidateur amiable ou, à défaut de désignation, par un liquidateur judiciaire[524], étant fait observer que celui- ci est distinct du mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises de la loi de 1985[525].

Ce principe est constamment rappelé par la Cour de cassation[526], ainsi que par la doctrine, malgré la résistance de quelques cours d'appel[527].

La procédure prévue à l'article L 237-19 du Code de commerce conduira le plus souvent à la nomination de l'ancien dirigeant en qualité de liquidateur. En tout état de cause, il n'apparaît pas possible de confier cette tâche au commissaire à l'exécution du plan[528]. En effet, il apparaît inconciliable qu'une même personne représente des intérêts divergents, à savoir ceux des créanciers de la société et ceux de ses associés. La défense de ces derniers passant par la nomination d'un liquidateur qui représente la société, impose d'étudier son rôle (2).

---

[523] Civ. 2ème 6 mai 1999 D. Aff. 1999 p. 908 « ... *afin de nomination d'un mandataire où d'un administrateur ad hoc chargé de représenter celle-ci* » (la société) ; Com. 16 mars 1999 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Comm. p. 513 et s. note H. Kenfack : « *A défaut le président du tribunal compétent, à la demande de tout interessé, à le pouvoir, en vertu de l'art. 407 de la même loi, de nommer un mandataire ad hoc*. » ; Com. 20 février 2001 Bull. Civ. IV n° 42.

[524] Com. 16 mars 1999 Bull. Civ. IV n° 66l, Civ. IV n° 42.

[525] Il y a coexistence entre le liquidateur issu des articles L 210-1 et s. C.com (ancienne loi du 24 juillet 1966) et les organes de la procédure issus des articles 260-1 et s. C.com (reprenant la loi du 25 janvier 1985) obs. T. Bonneau : Droit des Sociétés août-septembre 1999 n° 125 sous Civ. 2ème 6 mai 1999.

[526] Com 3 juin 1997 R. J. Com. mai 1998 n° 1506 obs. T. Granier.

[527] C.A. Paris 3ème Ch. B 2 juillet 1999 D. Aff. 1999 p. 1462 obs. A. Lienhard rappelant les règles issues de la loi du 24 juillet 1966.

[528] B. Soinne : « Traité des Procédures Collectives » Litec n° 1654.

2 – <u>Le rôle du liquidateur sociétaire</u>

Le périmètre de son action (a) ne doit ne doit pas être réduit du fait de sa qualification (b).

a) – *<u>Le périmètre de son action</u>*

145. L'existence d'un plan de cession ne dispense pas de procéder à la liquidation de la société[529]. Le liquidateur, seul représentant de la société, doit effectuer toutes les mesures de publicités prévues aux articles 290 du décret du 23 mars 1967 et 23 (3) du décret du 30 mai 1984 afin de renseigner les tiers.

Ce liquidateur remplace en tout point les anciens organes de la société, en application de l'article L 237-15 du Code de commerce, étant précisé que les actes que ces derniers accompliraient seraient nuls en application de l'article L 235-1 du Code de commerce[530].

La représentation de la société en liquidation par un liquidateur est une nécessité qui doit durer aussi longtemps que dure la personnalité morale de celle-ci, c'est-à-dire tant que tous les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés. Dès lors, quand bien même la clôture de la liquidation interviendrait, la nomination d'un nouveau liquidateur représentant la société est une obligation, afin qu'elle soit régulièrement assignée. Dans une hypothèse semblable, du fait de la clôture de la liquidation, la Cour de cassation a précisé que le liquidateur n'avait « *plus qualité pour représenter la société en défense ou en demande* »[531].

[529] Y. Chartier : Rev. des Sociétés 2000 p. 817 note sous Civ. 2ème 6 mai 1999 ; P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : Entreprises en difficulté éd. Joly n° 954.
[530] H. Le Nabasque : « les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du Code civil » Actes Pratiques Sociétés, avril 1998 p. 26.
[531] Com. 18 janvier 2000 Dr. des Soc. mai 2000 n°70 obs. T. Bonneau ; Y. Chartier : Rev. des Sociétés 2000 p.817 et s. ; CA Paris 28 mai 1999 Dr. des Soc. octobre 1999 n°141 obs. T. Bonneau.

Ce préalable est donc une condition nécessaire à toute action en justice[532]. S'il ne fait pas de doute, comme nous l'avons vu précédemment que le « débiteur » puisse se constituer partie civile[533], accomplir les actes conservatoires[534] et plus généralement accomplir tous les actes dit « personnels », la jurisprudence semble hostile à l'extension du rôle du liquidateur. En effet, un courant jurisprudentiel refuse qu'une société dissoute puisse agir en qualité de liquidateur d'une autre société[535]. La personnalité morale, qui subsiste pour les besoins de la liquidation (article 1844-8 alinéa 3 du Code civil), autorise le liquidateur à terminer les opérations en cours. En adoptant cette position, la jurisprudence réduit le rayonnement de l'article 1844-8 du Code civil en ce qui concerne l'étendue de la personnalité morale de la société en liquidation. Ce courant, critiqué par une partie de la doctrine[536], n'est pas suivi par toutes les juridictions[537] pour lesquelles, en application de l'article 1844-8 alinéa 3 du Code civil, il n'existe aucune limitation aux attributions de la société en liquidation qui peut être désignée en qualité de liquidateur d'une autre.

Cette conception élargie du maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, doit être retenue en l'absence de toute interdiction. La qualification de représentant de la société ne doit cependant pas réduire son rôle (b).

---

[532] Com. 14 décembre 1999 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 65 et s. La cour admet que la régularisation de l'appel formé par la société non représentée par son liquidateur puisse l'être durant le délai d'appel à défaut de quoi ce dernier est nul ; CA Paris 18 décembre 1996 RPC mars 1999 p. 27 n°17 obs. M. Cadiou, rappelant la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère « que l'inexistence juridique d'une partie appelante constitue une irrégularité de fond résultant du défaut de capacité d'ester en justice qui n'est pas susceptible d'être couverte » et de poursuivre que l'article 120 NCPC autorise le juge de relever d'office la nullité par défaut de capacité d'ester en justice (Soc. 17 janvier 1996 Bull. Civ. V n°12) ; Civ. 3ème 31 mai 2000 Bull. Civ. III n°120.

[533] Crim. 21 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 280 obs. A. Lienhard.

[534] C. Saint-Alary-Houin : « La gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 p. 37 et s. hors série n° 7 et 28 ; C. Saint-Alary-Houin : « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » RPC 1990-1 p. 3 et s. n°19.

[535] CA Paris 28 mai 1999 Dr. des Sociétés octobre 1999 n°141 obs. T. Bonneau : « *une société dissoute ne peut plus agir en qualité de liquidateur d'une autre société dans la mesure où elle n'agit pas pour les besoins de sa propre liquidation* » ; E. Boronad-Lesoin : « La survie de la personne morale dissoute » RTD Com. Janvier-Mars 2003 p. 1 et s. (p. 12).

[536] T. Bonneau : Dr. des Sociétés octobre 1999 n°141 obs. sous CA Paris 28 mai 1999.

[537] CA Versailles 13ème Ch. 30 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 272.

b) – *La qualification*

146. La jurisprudence emploie indifféremment les termes « *liquidateur* » et « *mandataire ad hoc* »[538], ce qui est également confirmé par une partie de la doctrine[539].

Cependant, ces deux termes ne doivent pas être assimilés car ils recouvrent des réalités distinctes.

Le mandataire *ad hoc* est né de la pratique, relayée postérieurement par divers textes sporadiques des lois du 24 juillet 1966, 25 janvier 1985 (désormais codifiées par le Code de commerce) et du décret du 27 décembre 1985[540]. Il en va différemment du liquidateur visé aux articles L 237-2 et suivants du Code de commerce.

La dénomination donnée par la jurisprudence a retenu l'attention de certains auteurs[541], pour qui d'évidence il ne peut s'agir que d'un liquidateur chargé de représenter la société.

La mission du mandataire *ad hoc*, indépendamment de celle d'avoir un objet ponctuel fixé par le juge[542], ne peut englober la diversité des situations que peut rencontrer un liquidateur, dans le cadre de sa mission et qui est expressement prévue par les textes.

---

[538] Com. 16 mars 1999 Bull. Civ.IV n°66, D. 2000 Cah. Dr des Aff. Comm. p. 513 et s. ; Civ. 2ème Ch. 6 mai 1999 D. Aff. p. 908 ; Rev. des Sociétés 2000 p. 817 : CA Douai 2ème Ch. 18 février 1999 Les Annonces de la Seine 12 avril 1999 p. 14 et s. : CA Orléans 9 mars 2000 RJDA 6/00 n° 702 ; Com. 20 février 2001 Bull. Civ.IV n°42

[539] Y. Chaput : Dr. des Sociétés février 2000, Sociétés en difficultés n°27 ; L. Convert : R. J. Com. 2000 n°1554 ; A. Lienhard : D. Aff. 1999 p.1462 et s. ; H. Kenfack : D. 2000 Cah. Dr des Aff. Comm. p. 513 et s. sous Com. 16 mars 1999.

[540] G. Bolard. « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit » JCP éd. G 1995 I, 3882. « *On ne connaît pas de texte édictant ou suggérant un régime général du mandat ad hoc ou de l'administration provisoire* ».

[541] Y. Chartier : Rev. des Sociétés 2000 p. 820 : « *on peut même se demander si en réalité, il n'eût pas été préférable d'évoquer la nomination d'un liquidateur* » au sujet de l'arrêt Civ. 2ème 6 mai 1999 ; T. Bonneau : Droit des Sociétés août-septembre 1999 n°125 toujours au sujet de l'arrêt Civ. 2ème 6 mai 1999 : « *contrairement à ce que la Cour de cassation considère (…), nous ne pensons pas que celui-ci soit un administrateur ad hoc : il doit s'agit du liquidateur prévu par les textes relatifs au droit des sociétés car lui seul est compétent pour représenter la société dissoute tant que sa liquidation n'a fait l'objet d'aucune clôture* ».

[542] G. Bolard : « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit » JCP éd G. 1995 I, 3882 p. 445.

Dès lors il convient de requalifier les termes employés afin de nommer « *liquidateur amiable* » ou « *liquidateur judiciaire* » la personne chargée de représenter la société dissoute pour toute la procédure.

La nomination et la mission de celui- ci[543] sont régies par le droit commun, à l'exclusion des règles régissant le mandat ou l'administration *ad hoc*.

La désignation d'un liquidateur, après la clôture de la liquidation n'apparaît cependant pas nécessaire, lorsque la société en liquidation est créancière[544]. En application de l'article 1844-9 dernier alinéa du Code civil, les règles de l'indivision s'appliquent entre associés conformément aux articles 815-2 et 815-4 du Code civil. En dehors de ce cas, la désignation d'un liquidateur est une nécessité.

147. Au sein de l'entreprise en redressement judiciaire, le chef d'entreprise reste la pierre angulaire qui permet le fonctionnement de celle- ci et dont le rayonnement intéresse directement les tiers. Si la procédure de redressement judiciaire concerne l'entreprise, l'exploitant individuel qui en bénéficie peut-il se voir, en application de la théorie de l'unité du patrimoine, soumis aux dispositions des articles L 620-1 et suivants du Code de commerce ?

Plus précisément, quelles sont les conséquences de la procédure de redressement sur l'entrepreneur qui exerce plusieurs activités dont une seule fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ? (Section II).

[543] H. Le Nabasque : « les pouvoirs des dirigeants dans les sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du Code civil » Actes pratiques sociétés avril 1998 p. 24 et s.
[544] T. Bonneau : Droit des Sociétés juin 2000 n° 86.

Section II - Les pouvoirs propres du débiteur dans le cadre d'une entreprise in bonis

148. L'entrepreneur individuel peut exercer plusieurs activités commerciales dont l'une d'elles est à l'origine de son état de cessation des paiements. Le prononcé d'un redressement judiciaire à son encontre influe nécessairement, du fait du principe de l'unité du patrimoine, sur ses autres activités. Pareillement, à l'occasion de la période d'observation, le chef d'entreprise peut acquérir un nouveau fonds de commerce dont l'activité est distincte de celle à l'origine de sa procédure. Dans ces circonstances, cet entrepreneur, personne physique, se doit de mesurer l'impact de cette nouvelle activité relativement au redressement judiciaire qui le frappe. En ce domaine, le rôle de l'administrateur judiciaire apparaît englober, non seulement l'activité à l'origine de l'état de cessation des paiements mais encore les autres activités, créees avant comme après la date du jugement d'ouverture. La théorie civiliste de l'unité du patrimoine, bien qu'étant sujette à quelques atteintes (§ 1), ne cesse d'être réaffirmée par la jurisprudence (§ 2).

§ 1 - *Le principe de l'unité du patrimoine : du mythe à la réalité*

149. En comparaison des règles propres au redressement judiciaire, le principe de l'unité du patrimoine semble battu en brèche. La rédaction de l'article L 621-23 du Code de commerce aux termes duquel, « 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 sujet à controverses. L'étude du principe de l'unité du patrimoine et les interprétations qui peuvent résulter de cet article (A) ainsi que la décision, moult fois critiquée, du Tribunal de commerce d'Antibes (B).

A - *Le principe de l'unité du patrimoine et les interprétations de l'article L 621-23 du Code de commerce*

Le débiteur continue d'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 peut valablement accomplir des actes de gestion courante qui sont opposables aux tiers de bonne foi. Si le principe de l'unité patrimoniale ne pose guère de difficulté (1), diverses interprétations peuvent être données au regard des termes de l'article L 621-23 du Code de commerce (2).

1 - *Le principe de l'unité du patrimoine*

150. Une personne physique, accomplissant des actes de commerce, réalise, comme toute personne, des actes de nature civile dans le cadre de sa vie non professionnelle, et des actes commerciaux pour les besoins de son entreprise[545]. A l'inverse du particularisme du droit fiscal, qui admet qu'un entrepreneur individuel ait à la fois un patrimoine professionnel

[545] G. Ripert et R. Roblot : « Traité de Droit Commercial » Tome I 14ème éd. LGDJ n° 261 et s ; J. Le Calvez : « les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel » D. 2000 Chron. p. 151 et s.

et un patrimoine privé, le droit civil, comme le droit commercial, fusionne ceux-ci pour n'accorder à la personne qu'un seul patrimoine.

Ce principe qui est celui de l'unité du patrimoine, n'autorise pas un commerçant à affecter certains de ses biens à l'exercice de son entreprise, afin que seuls, ceux-ci, répondent du passif de son activité commerciale. Le principe d'unité du patrimoine de la personne physique, laisse aux créanciers « *un droit de gage* » sur tous ses biens[546].

151. Ce principe d'application générale, doit néanmoins se concilier avec les dispositions de l'article L 621-23 du Code de commerce.

Aux termes de cet article, le débiteur continue d'exercer sur son patrimoine, les actes de disposition et d'administration non compris dans la mission de l'administrateur (à l'exception de ceux visés aux articles L 621-24 et L 621-28 du Code de commerce). Les actes de gestion courante, accomplis par le débiteur seul à l'égard des tiers de bonne foi, sont réputés valables. Comme le souligne un auteur[547], « *quelle que soit l'étendue de la mission de l'administrateur, le débiteur conserve la gestion courante de l'entreprise et ses actes sont opposables aux tiers de bonne foi* ». On peut se demander si le pouvoir ainsi reconnu au débiteur, dans le cadre de son activité en redressement judiciaire, est le même à l'égard d'une autre activité non touchée par la procédure, malgré la nomination d'un administrateur judiciaire ? La notion d'actes de gestion courante semble être la même que celle visée par la loi du 13 juillet 1967 et qui se définissait comme étant « *un acte indispensable au*

[546] M. N. Legrand : « les pouvoirs du débiteur déssaisi » RPC 1991-1 n° 6 : les créanciers « *disposent d'un droit de gage sur le patrimoine du débiteur* » et « *il n'existe pas en droit français de séparation de patrimoine entre l'entreprise individuelle et le commerçant ; le dessaisissement atteint donc l'intégralité du patrimoine du débiteur* » ; F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : Redressement et liquidation judiciaires des entreprises Dalloz 3ème éd. n° 353 ; F. Derrida note sous Com. 27 novembre 1991 D. 92 p. 81.
[547] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 37 n° 27.

rétablissement de l'entreprise »[548]. Ces actes doivent correspondre à l'activité normale de l'entreprise[549], et ne pas porter sur des valeurs trop importantes ou être disproportionnés[550].

Le critère ainsi dégagé, qui reste soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond[551], autorise le débiteur à accomplir des actes de disposition « *dans la mesure où ils rentrent dans l'activité normale de l'entreprise, les autres étant soumis à l'autorisation du juge-commissaire* »[552].

152. La validité de ces actes dépendant de la bonne foi des tiers, cette bonne foi doit s'analyser en leur croyance quant à la réalité des pouvoirs du débiteur. La présomption de bonne foi de l'article 2268 du Code civil s'apprécie au regard des publicités[553] relatives à l'ouverture de la procédure et aux pouvoirs de l'administrateur.

Ainsi, comme le fait remarquer Monsieur le Professeur Bernard Soinne « *la connaissance de l'état de redressement judiciaire par le co-contractant implique présomption simple de connaissance de la limitation des pouvoirs du débiteur* »[554].

Cette atteinte aux droits du débiteur, résultat de l'ouverture à son encontre d'une procédure de redressement judiciaire, a pour fondement l'article L 621-23 du Code de commerce, qui prévoit que celui-ci continue d'exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, de même que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur.

---

[548] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 37 n° 27.
[549] Com. 3 avril 1990 Bull. Civ. IV n° 115 : la nomination d'une personne à un poste de responsabilité dans une entreprise de taille modeste n'est pas un acte de gestion courante ; D. Bachasson : « la représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives » Gaz. Pal. 11, 12 décembre 1998 p. 3.
[550] Com. 23 juin 1981 Bull. Civ. IV n° 291 : le débiteur peut sans l'assistance du syndic, procéder « *aux opérations courantes de commerce à la condition que les modalités de paiement desdites opérations soient conformes aux usages ordinaires de sa profession* ».
[551] Obs. sous T. Com. Lyon 25 octobre 1972 R. J. Com. 1973 n° 691 p. 125.
[552] C. Saint-Alary-Houin : « la répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation » RPC 1990-1 p. 3 n° 22; CA Versailles 13 juin 1996 D. Aff. 1996 p. 1103 : la cession de créances professionnelles est un acte de gestion courante valablement accompli par le débiteur en redressement judiciaire agissant seul ; CA Paris 4 octobre 1996 D. Aff. 1996 p. 1395 : une action en justice en vue du recouvrement d'une créance n'est pas un acte de gestion courante ; Com. 5 janvier 1999 D. 1999 Cah. Dr des Aff. Somm. p. 350.
[553] Articles 21du décret 27 décembre 1985 et 36-1 du décret 30 mai 1984.
[554] B. Soinne : « Traité des Procédures Collectives » Litec 2ème éd. n° 1303.

Ce texte, qui est susceptible de diverses interprétations, se doit d'être examiné à l'aune du principe de l'unité du patrimoine (2).

2 - *Les interprétations doctrinales de l'article L 621-23 du Code de commerce*

153. En disposant que, sous réserve des pouvoirs confiés par le tribunal à l'administrateur, le débiteur accomplit sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, le législateur a manqué de clarté. En effet, cet article est susceptible de plusieurs lectures. D'une part, il est possible de comprendre, que le débiteur ne puisse effectuer d'actes de disposition et d'administration qu'à la condition que ceux-ci ne soient pas compris dans la mission de l'administrateur, qu'ils s'agissent d'actes relevant de son activité personnelle ou professionnelle.

D'autre part, il peut être entendu que le débiteur accomplisse, dans le cadre de son activité personnelle, tous les actes de disposition et d'administration, sans que l'administrateur n'intervienne, alors que pour des actes similaires effectués à l'occasion de la gestion de son entreprise, l'intervention de ce dernier est nécessaire. Bien que les travaux parlementaires renforçassent cette dernière analyse[555], la jurisprudence fit sienne la première approche dans l'interprétation de l'article L 621-23 du Code de commerce[556].

Pour aussi établie que soit actuellement la jurisprudence relative à ce point, un courant jurisprudentiel[557], apparemment contraire, se dessine à l'occasion du prononcé de deux décisions (B).

---

[555] J.O. Déb. Sénat, 6 juin 1984 p. 1333 « *l'administrateur, par définition, n'assume de pouvoir qu'à l'égard de l'entreprise qu'il administre et non à l'égard du patrimoine personnel du chef d'entreprise* » cité par J. Mestre et P. Delebecque RPC 1988 p. 367.

[556] Com. 3 février 1998 Lamy Droit Commercial mars 1998 p. 6 n° 2801-2803 : « *les pouvoirs du débiteur sont donc définis par déduction de ceux de l'administrateur. Encore faut-il, pour refuser au débiteur la décision d'agir, constater que les droits et actions qu'il exerce sont compris dans la mission de l'administrateur* », D. Aff. 1998 p. 479 ; R. J. Com. janvier 2000 n° 247 obs. G. Teillais.

[557] T. Com. Antibes 16 décembre 1986 D. 87 p. 372 obs. F. Derrida, RTD Com. 1989 p. 307 obs. Y. Chaput, RPC 1988 p. 367 obs. J. Mestre et P. Delebecque ; CA Poitiers 1ère Ch. 10 novembre 1987 RPC 1988 p. 367, RTD Com. 1989 p. 307.

B - *L'appréciation jurisprudentielle*

154. Un jugement du Tribunal de commerce d'Antibes a semblé remettre en cause cette théorie de l'unité patrimoniale, lors de la mise en œuvre des dispositions de l'article 32 de la loi de 1985, actuellement figurant à l'article L 621-23 du Code de commerce.

155. Le trouble fut jeté par une décision du Tribunal de commerce d'Antibes en date du 16 décembre 1986, qui donne apparemment une nouvelle interprétation des pouvoirs du débiteur à la lumière de l'article 32 de la loi de 1985. L'espèce visait une personne physique qui avait deux activités indépendantes. L'une fut à l'origine de l'ouverture d'un redressement judiciaire, avec nomination d'un administrateur disposant de la mission d'administrer l'ensemble du patrimoine. Quand arriva l'époque du renouvellement d'un contrat de location-gérance relative à l'activité non touchée par la procédure, l'administrateur s'y opposa.

Saisi par le débiteur, le juge commissaire confirma la position du mandataire judiciaire. Sur recours formé contre l'ordonnance du juge commissaire (article 25 du décret 27 décembre 1985), le Tribunal autorisa la location gérance. Ce jugement qui fut diversement apprécié en doctrine (1), a une portée conforme aux règles civilistes (2).

1 – *Le point de vue de la doctrine*

156. D'évidence les prérogatives du débiteur se sont accrues au détriment de celles de l'administrateur, de sorte que les règles de la procédure de redressement judiciaire ne toucheraient plus le patrimoine personnel du commerçant. De là, une scission s'opère entre d'une part l'activité personnelle, et d'autre part l'activité commerciale de l'entrepreneur

individuel. Ce dernier ne subirait les règles du redressement judiciaire que pour la seule entreprise en redressement judiciaire[558].

Postérieurement un arrêt[559] a retenu la même interprétation selon laquelle « *les articles 31 et 32 de la loi du 25 janvier 1985 définissant les pouvoirs respectifs de l'administrateur et du débiteur dans le régime du redressement judiciaire, il doit être considéré que celui-ci a le pouvoir d'exercer les actions en justice relatives à son patrimoine* ».

Cette nouvelle orientation fut confirmée[560] par la Cour d'appel de Poitiers aux termes d'un raisonnement à la suite duquel « *le débiteur avait le pouvoir d'exercer les actions en justice relatives à son patrimoine personnel, distingué de son patrimoine professionnel* ».

157. Rejoignant le concept développé lors des débats parlementaires[561], la motivation ainsi retenue met à mal le principe de l'unité du patrimoine. Les différents commentateurs, tout en rappelant le principe ci-dessus, considèrent que l'interprétation ainsi donnée est « *hérétique* » de même qu' « *impraticable* ».

En effet, l'article 32 de la loi, ne laisse au débiteur la possibilité d'accomplir les actes de disposition et d'administration que sous réserve de ceux confiés à l'administrateur. Monsieur le Professeur Chaput[562] souligne que la motivation de la décision a pour conséquence l'introduction « *d'une distinction entre la gestion de l'entreprise et la gestion des biens personnels, du fait même de l'autorisation laissée à une personne en redressement judiciaire exerçant deux activités, d'administrer librement celle encore florissante qui n'avait pas été atteinte par le redressement judiciaire* ».

---

[558] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 37 n° 24.
[559] CA Poitiers 1ère Ch. 10 novembre 1987 Juris data 046991 ; J. Mestre et P. Delebecque RPC 1988 p. 367; C. Saint-Alary Houin « Droit des entreprises en diffficultés » éd. Montchrestien n° 507.
[560] CA Poitiers 1ère Ch. 10 novembre 1987 Juris Data 046991 ; RTD Com. 1989 p. 307 obs. Y. Chaput.
[561] J.O. déb. Sénat, 6 juin 1984 p. 1333 « *l'administrateur, par définition, n'assume du pouvoir qu'à l'égard de l'entreprise qu'il administre et non à l'égard du patrimoine personnel du chef d'entreprise* » cité par J. Mestre et P. Delebecque RPC 1988 p. 367.
[562] Y. Chaput: RTD Com. 1989 p. 307.

Madame le Professeur Saint Alary Houin[563] relève que l'interprétation de l'article 32 de la loi de 1985, permettant ainsi au débiteur d'accomplir sur son patrimoine personnel, tous les actes de disposition ou d'administration, sans que l'administrateur n'aît à intervenir, est particulièrement dangeureuse. En effet, cet article doit être interprété uniquement comme permettant au débiteur de n'exercer « *sur ses biens personnels que les droits et actions que ne lui auront pas été expressement retirés* ». Cette théorie a l'agrément de Messieurs les Professeurs Mestre et Delebecque[564] car elle respecte le principe de l'unité du patrimoine.

Pour autant la théorie classique ne semble pas avoir été transgressée par cette jurisprudence, dès lors que l'on analyse les rôles de l'administrateur et du débiteur (2).

2 - *La portée de la solution jurisprudentielle*

158. Evoquées à l'article L 621-22 du Code de commerce, les missions de l'administrateur sont fixées par le tribunal. L'article L 621-23 du Code de commerce, en quelque sorte « par défaut », fixe le périmètre laissé au débiteur. Ce dernier voit l'étendue de ses droits déterminés, par déduction faite de ceux dont dispose l'administrateur sur son patrimoine.

Cette conception se trouve renforcée par les dispositions de l'article L 621-24 alinéa 2 du Code de commerce qui permet au juge commissaire « *d'autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise* ». De cette rédaction, il ressort que les actes de disposition peuvent concerner l'ensemble des biens du débiteur, y compris ceux étrangers à son entreprise.

[563] C. Saint-Alary-Houin : « la gestion de l'entreprise » RTD Com. 1986 hors série p. 37.
[564] RPC 1988 p. 367 et s. pour qui « *si l'arrêt de Poitiers a voulu dire et seulement dire que le débiteur avait toujours le droit d'exercer seul les actions attachées à sa personne, il emporte adhésion* ».

Le principe de l'unité du patrimoine est sauvegardé dans le cadre de cette interprétation car, à l'exception des articles L 621-24 et L 621-23 alinéa 2 du Code de commerce, l'alinéa 1 vise l'ensemble des biens du débiteur. Ce dernier, comme le remarque Monsieur le Professeur Derrida ne dispose que des « *pouvoirs que le tribunal n'a pas transférés à l'administrateur pour l'ensemble de ses biens* »[565]. Cette conception est consacrée par la Cour de cassation[566].

159. Cette analyse, rapportée à la décision du Tribunal de commerce d'Antibes, permet de dégager divers enseignements quant à la qualification de « *courant jurisprudentiel dissident* ».

Bien que l'administrateur se soit vu confier le pouvoir de représenter le débiteur pour l'ensemble de son patrimoine, ce dernier dispose toujours de droits propres[567], dont notamment celui de former recours[568].

Au surplus, la motivation du jugement précise « *que le législateur a, dans l'alinéa 2 de l'article 32, réservé l'application des articles 33 et 37 qui concernent nécessairement l'activité professionnelle du débiteur, ce qui implique que l'article 32 se réfère à cette activité professionnelle, même s'il s'applique également à l'activité non professionnelle* ». Dans le cadre du principe de l'unité du patrimoine, il convient de s'interroger sur le fondement de la décision.

---

[565] F. Derrida : D. 1987 p. 372 sous T. Com. Antibes 16 décembre 1986. Ce point de vue est également repris par A. Lienhard (D. Aff. 1998 p. 674 sous CA Paris 19ème Ch. B 13 mars 1998).

[566] Com. 18 avril 1989 D. 1990 Somm. p. 9 : « *le débiteur en redressement judiciaire soumis au régime général continue à exercer sur son patrimoine les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* » ; Com. 16 février 1999 RDJA 5/99 n°600 ; Com. 3 février 1998 R. J. Com. janvier 2000 obs. G. Teillais n° 247 « les pouvoirs du débiteur sont déterminés par rapport à ceux confiés à l'administrateur » ; Com. 27 novembre 1991 D. 1992 p 81 et s. obs. F. Derrida réaffirmant le principe de l'unité du patrimoine.

[567] J. Mestre et P. Delebecque : RPC 1988 p. 367 et s. visant certains droits propres au débiteur tel celui de conduire librement sa vie, d'introduire toutes les actions concernant sa propre personne et de poursuivre « *si l'arrêt de Poitiers a voulu dire et seulement dire que le débiteur avait toujours le droit d'exercer seul les actions attachées à sa personne, il emporte adhésion* ».

[568] Com. 3 février 1998 D. Aff. 1998 p. 479 ; C.A. Versailles 13ème Ch. 3 décembre 1998 D. Aff. 1999 p. 380.

160. La grande liberté que le législateur octroie au tribunal pour adapter la mission de l'administrateur à la situation individualisée du débiteur[569], semble être la cause des difficultés rencontrées.

En « *dessaisissant* » le débiteur, seul l'administrateur avait compétence pour poursuivre ou non un contrat et, s'agissant d'un contrat de location-gérance il est légitime de se demander si l'autorisation du juge commissaire n'était pas nécessaire du fait du caractère de cet acte[570].

Or, malgré la représentation du débiteur et l'ordonnance du juge commissaire, le tribunal modifia la mission de l'administrateur en la réduisant à une assistance et autorisa le renouvellement du contrat.

La décision rendue, tout en faisant application des règles propres à la modification de la mission de l'administrateur, fait également application du principe constament réaffirmé de l'unité du patrimoine (§ 2).

[569] CA Versailles 13ème Ch. 5 janvier 1988 D. 1990 Somm. p 10 note (2).
[570] Article L 621-24 alinéa 2 C.com et initialement article 33 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985.

§ 2 – *La réaffirmation du principe de l'unité du patrimoine*

Si un doute a pu être émis par une lecture partielle de la décision du Tribunal de commerce d'Antibes, il n'en reste pas moins vrai que cette décision respecte le principe de l'unité du patrimoine (A) confirmé par des décisions postérieures (B).

A - *L'application du principe au regard de la décision rendue*

161. La motivation du jugement, pour obscure quelle puisse paraitre, ne fait qu'appliquer les textes régissant la répartition des pouvoirs entre administrateur et débiteur (1) même si la mise en oeuvre de ces dispositions n'obéit pas aux règles de procédure (2).

1 - *La motivation du Tribunal de commerce d'Antibes*

162. En énonçant qu'il convenait d'autoriser le débiteur, « *assisté de son administrateur* », à renouveler le contrat de location-gérance[571], le tribunal a appliqué les dispositions de l'article 31 al. 4 de la loi[572]. Le tribunal modifia la mission du mandataire, afin que celui-ci assistât le chef d'entreprise en application de l'article 31 (2°) de la loi de 1985.

163. L'article 32 concerne l'ensemble du patrimoine du débiteur[573] et l'article 31, qui le complète, a nécessairement le même champ d'application. Le débiteur n'effectue les actes d'administration et de disposition sur son patrimoine, que si ceux-ci ne sont pas compris dans

[571] T. Com. Antibes 16 décembre 1986 D. 1987 p. 372 : « *il échet, pour tous ces motifs de faire droit à l'opposition de M. Broch et de l'autoriser, assisté de M. Ezavin administrateur...* ».
[572] « *A tout moment, le tribunal peut modifier la mission de l'administrateur sur la demande de celui-ci, du représentant des créanciers, du procureur de la République ou d'office* ».
[573] Y. Chaput : RTD Com. 1989 p. 307 « *le bouleversement des conceptions traditionnelles n'appelait-il pas une disposition expresse (...)* ? ».

la mission de l'administrateur[574]. La modification de la mission de l'administrateur, n'a pas pour effet de créer un patrimoine d'affectation quant à l'activité commerciale de l'entrepreneur individuel. La théorie de l'unité du patrimoine est ainsi sauvegardée.

Pour autant, la mise en oeuvre de la modification de la mission de l'administrateur ne semble pas avoir respecté la procédure prévue par les textes (2).

2 – *La mise en oeuvre de la motivation*

164. Le point essentiel de la motivation étant la modification de la mission de l'administrateur, cette dernière, qui est une action attitrée[575], ne semble pas avoir respecté la procédure qui la régit.

L'article 54 du décret du 27 décembre 1985 précise que la demande de modification de la mission de l'administrateur est adressée au tribunal, par requête de l'une des personnes visée à l'article 31 alinéa 4 (désormais article L 621-22 IV du Code de commerce) c'est-à-dire l'administrateur, le représentant des créanciers, ou le procureur de la République. Le tribunal, qui peut également se saisir d'office, statue après avoir recueilli les observations du débiteur, ainsi que celles des autres personnes visées par cet article, qu'elles soient ou non demanderesses.

En l'espèce ce n'est qu'à l'occasion d'un recours à l'encontre d'une ordonnance du juge commissaire, que le tribunal s'est prononcé sur la modification de la mission.

Les conditions tant légales que réglementaires, bien que n'étant pas remplies, n'ont cependant pas empêché le tribunal de se prononcer sur la question.

[574] Com. 3 février 1998 R. J. Com. janvier 2000 n° 247 obs. G. Teilliais, D. Aff. 1998 p. 479; Lamy Droit Commercial mars 1998 p. 6 n° 2801-2803 : « *les pouvoirs du débiteur sont donc définis par déduction de ceux de l'administrateur* ».
[575] Art L 621-22 IV C.com (ancien art. 31 al. 4 de la loi de 1985).

En l'espèce, toutes les personnes intéressées étaient présentes à l'audience, ce qui permettait dès lors au tribunal de disposer d'une information suffisante sur la cause, et d'assurer le respect des droits de la défense.

165. Un auteur[576] souligne le pragmatisme de la décision qui « *mérite une entière approbation tant sur le terrain de la procédure que sur celui du fond, tant au point de vue juridique que de celui de l'opportunité* ».

En effet, les dispositions des articles 31 alinéa 4 de la loi et 54 du décret furent dans leur esprit respectées, les personnes mentionnées à ces articles étant présentes à l'audience. En recueillant leurs observations, le tribunal a agi de la même manière que s'il s'était saisi d'office.

Le principe de l'unité du patrimoine n'a donc pas subi d'atteinte, et le doute possible quant à l'existence d'un patrimoine d'affectation pour une personne physique s'est estompé, comme le prouve la jurisprudence ultérieure (B).

B - *La confirmation du principe par la jurisprudence*

166. Aucune décision, ne dément l'application du principe de l'unité du patrimoine (1) ce qui n'empêche nullement le débiteur en redressement d'exercer une nouvelle activité (2).

[576] F. Derrida : note sous T. Com. Antibes 16 décembre 1986 D. 1987 p. 372 et s.

1 - *Un principe constant*

167. La Cour de cassation a confirmé ce principe[577], en rappelant que la procédure de redressement judiciaire s'étend à tous les biens du débiteur, même à ceux qui sont étrangers à son entreprise. Cette jurisprudence constante[578], relative à l'application de l'article 32 (désormais article L 621-23 du Code de commerce) et au principe de l'unité du patrimoine est conforme au droit civil[579].

L'unité du patrimoine du chef d'entreprise est également visée à l'article L 621-2 du Code de commerce. Ce texte dispose que « *la procédure peut également être ouverte sur*

[577] Com. 27 novembre 1991 D. 1992 p. 81 obs. F. Derrida : « *la Cour d'appel a fait l'exacte application du principe de l'unité du patrimoine en décidant que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire (...) avait interdit l'exercice par les créanciers dont la créance avait son origine antérieure à ce jugement de toute voie d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles peu important qu'en l'espèce la créance invoquée trouve son origine dans une activité distincte de celle ayant donné lieu à l'ouverture d'une procédure collective* ».

[578] Com. 22 février 1994 Bull. Civ. IV n° 76 ; Com. 16 février 1999 RJDA 5/99 n° 600 ; Civ. 1ère 19 novembre 2002 RTD Com. 2003 p. 169 et s. obs. J. L. Vallens, Act. Proc. Coll. 17 janvier 2003 n°10, D. 2003 Cah. Dr des Aff. Somm. Comm. « Procédures collectives » par F. X. Lucas et P. M. Le Corre obs. C. Henry p. 1625 et s , D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 3341 obs. A. Lienhard, le principe d'universalité postule « que le redressement judiciaire prononcé en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens » de sorte que l'effet réel de la procédure se conjugue avec le principe de l'unité du patrimoine; JCP éd. G 2002 II, 10201 conclusions de M. l'Avocat Général Jerry Sainte Rose « la procédure collective est envisagée comme ayant une portée universelle, c'est-à-dire qu'elle vise tous les biens du débiteur, qu'ils soient situés en France ou à l'étranger » ; M. Menjucq : « le principe de l'universalité de la faillite » Act. Proc. Coll. 17 janvier 2003 p.1. Cette jurisprudence, étend la portée du règlement communautaire du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité aux pays non mentionnés par ce dernier. Sur ce point : Règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité JOCE n° L 160, 30 juin 2000 p.1 ; RPC n° 4 septembre 2000 p.141 et s. ; JCP éd. G 2000 Act. p. 1591 ; J. Cl. Procédures décembre 2000 « procédures spécifiques » par H. Croze et C. Laporte n°236 ; Y. Chaput « l'entrée en vigueur d'un droit communautaire de la faillite » ; Dr. des Sociétés novembre 2000 Chron. p. 4 ; L. Idot « un nouveau droit communautaire des procédures collectives » JCP éd. E 2000 n°42 p. 1648 et s ; J. L. Vallens : « La mise en œuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédures » D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Chron. p. 1421 et s ; CA Versailles (24ème Ch.) 4 septembre 2003 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. p. 2352 et s. note J. L. Vallens ; JCP éd. G 2003 Act. n°482 ; Act. Proc. Coll. 31 octobre 2003 n°224 obs. J. P. Dom.

[579] J. Le Calvez : « les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel » D. 2000 Chron. p. 151 et s. le droit fiscal admet, quant à lui, « *que l'entrepreneur individuel dispose nécessairement d'un patrimoine professionnel et d'un patrimoine privé* » ; TGI Metz 20 novembre 1996 RPC juin 1999 p. 103 obs. P. Canet pour le cas d'un liquidateur judiciaire, le liquidateur peut appréhender les salaires du débiteur ayant une activité nouvelle, même sans titre exécutoire ; Com. 19 février 2002 Act. Proc. Coll. 29 mars 2002 n°68 ; Com. 7 avril 2004 D. 2004 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 1384 ; « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » par un auteur anonyme D. 2003 Cah. Dr. des Aff. p. 1898 et s. à propos de la loi sur l'initiative économique qui permet à l'entrepreneur individuel de limiter sa responsabilité financière, pour son activité professionnelle, en excluant du gage de ses créanciers sa résidence principale, sous réserve d'accomplir certaines formalités ; loi du 1er août 2003 JO 5 août 2003 p. 13449 insérant les articles L 526-1 et L 526-4 au Code de commerce ; S. Piedelièvre : « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel – Loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique » JCP éd. G 2003 I, 165 qui précise que « *le législateur n'a pas été jusqu'au bout de sa logique, car il n'a pas autorisé l'existence de patrimoine d'affectation* » ; F. Vauville : « Déclaration notariée d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant » Act. Proc. Coll. 31 octobre 2003 p. 1.

l'assignation d'un créancier quelle que soit la nature de sa créance ». Autrement dit, que la créance se rapporte à l'activité commerciale où à l'activité personnelle, elle est suffisante au prononcé d'un redressement judiciaire, peu importe sa nature. Ainsi comme le rappelle un auteur[580] « *il ne s'agit là que d'une maladresse du législateur, que la Cour de cassation au demeurant corrige* ». Il ne fait pas de doute que la dette civile, même contractée avant l'exercice d'une activité commerciale, grève le patrimoine du chef d'entreprise et qu'en application du principe de l'unité du patrimoine, elle permet l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire[581].

Quoi qu'il en soit, le débiteur en redressement judiciaire peut exploiter une nouvelle activité (2).

2 - *L'exercice d'une activité nouvelle par le débiteur en redressement judiciaire*

168. Hormis les cas prévus aux articles L 625-1 et suivants du Code de commerce, le débiteur en redressement peut exercer une nouvelle activité.

Celle-ci se doit de respecter certaines conditions relatives à sa création, car les conséquences de son existence intéressent directement les créanciers antérieurs.

L'activité nouvelle ne doit pas employer de moyens provenant de l'exploitation antérieure, objet de la procédure collective et, dans le cas ou un administrateur aurait été nommé, celui-ci aurait compétence pour gérer l'entreprise et les biens existant au jour du jugement d'ouverture.

Dans le cas d'une activité nouvelle, celle-ci ne serait donc pas touchée par les pouvoirs de l'administrateur, *a fortiori,* si le débiteur en redressement judiciaire est associé-dirigeant d'une personne morale constituée en vue de l'exploitation de cette nouvelle activité. A l'instar des régimes matrimoniaux et de la distinction du titre et de la finance, l'impact de la

[580] V. Avena-Robardet D. Aff. 1998 p. 384.
[581] Com. 3 février 1998 D. Aff. 1998 p. 383 : « *la nature de la dette important peu* ».

procédure collective prononcée à l'encontre le dirigeant-associé est des plus faibles par rapport à l'activité nouvelle. En effet, la fonction de dirigeant, qui est une activité personnelle et non l'exercice d'un droit patrimonial, n'autorise pas l'administrateur judiciaire à interférer dans la direction de l'entreprise[582]. Certes, la mise en œuvre des prérogatives patrimoniales du droit d'associé (affectation du résultat) fait que l'administrateur judiciaire, en fonction de sa mission, ou à défaut le représentant des créanciers, interviendra à l'acte. Cependant, pour l'exercice des droits extra patrimoniaux liés à sa qualité d'associé, il les exercera pleinement, puisqu'ils relèvent de la catégorie relevant de ses droits propres.

145. 169. Dans la logique du principe de l'unité du patrimoine, les revenus que va toucher le débiteur vont servir à faire face aux engagements passés et nouveaux[583]. L'actif recueilli dans le cadre de l'activité nouvelle va entrer dans le patrimoine du chef d'entreprise et aura pour effet de faire concourir ses créanciers, anciens comme nouveaux. Cette situation sera d'autant plus visible que le tribunal aura confié à l'administrateur une mission de représentation[584].

170. Les bénéfices dégagés par l'activité nouvelle vont intéresser directement les créanciers du débiteur, qu'ils s'agissent des créanciers de l'activité à l'origine du redressement comme de la nouvelle. Ils vont en effet bénéficier des dispositions de l'article L 621-32 du Code de commerce, qui ne distingue pas l'origine de ces créances ; cela va avoir pour conséquence que leurs droits porteront sur tous les biens de l'entrepreneur.

Les créanciers postérieurs au jugement de redressement, peu importe qu'il s'agisse de ceux issus de l'activité d'origine ou de la nouvelle, par application du principe de l'unité du patrimoine, pourront exercer leur droit de préférence sur tous les biens qui appartiennent au

[582] Com. 27 novembre 2001 Act. Proc. Coll. 18 janvier 2002 n°12 obs. J. Vallansan.
[583] G. Teboul : « A propos de la cessation des paiements » R. J. Com. Mai 1998 p.174.
[584] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » Dalloz 3ème éd. n°353 ; Com 5 juillet 2005 D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p 2146, obs A. Lienhard, « Le dessaissement d'un débiteur ne l'empêche pas d'exercer une activité professionnelle».

débiteur. Ce principe s'applique aux actifs provenant de l'activité nouvelle du débiteur, alors même que cette dernière est totalement extérieure à la procédure. Leur droit de préférence lié à l'actif existant au jour du jugement d'ouverture et à celui obtenu au cours de la poursuite de l'activité ancienne, se conforme à la règle de l'unité du patrimoine[585].

[585] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » Dalloz 3ème éd. n°353 ; Com. 19 février 2002 D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 958.

Conclusion Chapitre I

L'entreprise, qui n'a pas de définition légale, constitue la clé de voute des procédures collectives élaborées par le législateur. Qu'il s'agisse d'une structure individuelle ou sociétaire, la place du dirigeant resurgit toujours derrière la notion d'entreprise afin de déterminer les pouvoirs propres dont ce dernier dispose.

Dans le cadre de l'entreprise en redressement judiciaire, il dispose de la faculté d'accomplir les actes conservatoires nécessaire à cette dernière, tout comme ceux de gestion courante. Dans le cas d'une structure sociétaire ayant fait l'objet d'une cession totale de ses actifs, la représentation de celle-ci par son ancien dirigeant se pose. Face à l'article 1844-7(7) du Code civil, l'ancien dirigeant, hormis le cas prévu à l'article 534 du NCPC, ne dispose plus de la capacité de la représenter. La désignation d'un liquidateur amiable chargé de cette tache s'effectuera selon les statuts et, à défaut, par désignation judiciaire. Dans les faits, ce rôle sera confié à l'ancien dirigeant dont la connaissance de l'entreprise est la plus étendue.

Dans le cadre d'une entreprise *in bonis,* constituée par l'entrepreneur postérieurement à son redressement judiciaire, l'étendue de ses prérogatives est déterminée par retranchement de celles dévolues à l'administrateur judiciaire. La règle de l'unité du patrimoine se combine à celle de l'article L 621-22 du Code de commerce afin de laisser au chef d'entreprise l'administration de ses biens, dès lors qu'elle n'entrera pas dans le cadre de la mission de l'administrateur judiciaire. Ces pouvoirs propres du débiteur, face à la notion d'entreprise, se renforcent pour l'exercice des voies de recours.

171. Le redressement judiciaire, s'il ne supprime toutes les prérogatives du « débiteur » dans l'entreprise, réduit cependant certains de ses pouvoirs, du fait même de sa finalité. Pour autant, le principe des voies de recours, tout en subissant quelques limitations, reste le domaine dans lequel le chef d'entreprise conserve ses attributs. En cette matière, les

dispositions internationales viennent renforcer celles du droit interne, faisant ainsi écho à une jurisprudence favorable à la personne en redressement judiciaire (Chapitre II).

Chapitre II – Les pouvoirs propres du débiteur quant aux voies de recours

172. Enoncées et visées aux articles L 623-1 et suivants du Code de commerce, les voies de recours demeurent restreintes car elles sont liées aux nécessités propres de la procédure de redressement judiciaire. Malgré tout, elles font l'objet d'une lecture favorable par la jurisprudence (Section I) dans le cadre du respect de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Section II).

Section I – Les voies de recours

173. Si, comme le rappelle le Professeur Bolard[586], l'étude des voies de recours « *relève de la témérité* », il n'empêche qu'elles doivent être mises en évidence en ce qu'elles concernent la personne du « *débiteur* ». Les voies de recours étant limitées dans le cadre de la procédure visée aux articles L 620-1 et suivants du Code de commerce, tant vis à vis des personnes pouvant y prétendre que face aux délais[587], le respect des droits de la défense doit néanmoins rester l'une des pierres angulaires de cette procédure[588]. Le chef d'entreprise en redressement judiciaire peut exercer seul toutes les actions d'ordre personnel, ainsi que les voies de recours relatives à celles-ci[589], à l'instar de l'auteur qui seul également peut invoquer l'atteinte au droit moral qu'il subit sur son oeuvre[590].

---

[586] G. Bolard : « Les voies de recours », in : « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire » - Sirey 1987 Tome 2 p. 55 et s ; L. Cadiet : « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises » - RPC 1989-3 p.371.

[587] L. Cadiet: « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises » - RPC 1989-3 p. 371 et s. n°11 ; N. Fricero : « L'appel du débiteur contre le jugement arrêtant le plan de cession » - Act. Proc. Coll. 24 septembre 1999 p.1; J. M. Deleneuville : « L'exécution provisoire, l'appel et la publicité des jugements » RPC mars 1999 p. 1.

[588] G. Bolard : « Les voies de recours », in : « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire » - Sirey 1987 Tome 2 p. 55 et s ; L. Cadiet : « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises » - RPC 1989-3 p. 371 et s. n°11.

[589] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur dessaisi » - RPC 1991-1 p. 11 et s. n° 53 ; Com. 15 février 2000 (2 espèces) Act. Proc. Coll. 29 avril 2000 n° 83 et 84.

[590] CA Paris 3ème Ch. Sect. C 30 mai 1997 - RPC 1998-1 p. 55 n° 24 note M. Cadiou.

Faisant partie des garanties essentielles pour les plaideurs, toute limitation légale doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, faute de quoi « *on voit surgir des tentatives de désespoir, ou de révolte, de plaideurs rebelles aux restrictions légales* »[591].

Dès lors face au particularisme des textes (§ 1), un courant jurisprudentiel favorable au débiteur se dessine (§ 2).

§ 1 *: Les dispositions légales*

174. Les voies de recours impliquent d'une part de définir les conditions ainsi que les modalités propres à leur exercice (A) et d'autre part d'étudier les différents recours dont dispose le chef d'entreprise (B).

A – *Les conditions et modalités propres aux recours*

175. L'exercice des voies de recours par le débiteur nécessite l'étude de leur régime général (1), puis ensuite l'examen de l'intervention en justice des mandataires judiciaires (2). Ces derniers se doivent d'agir, en fonction de leurs missions, afin que le recours formé par l'entreprise puisse prospérer.

1 - *Conditions nécessaires à la formation d'un recours*

176. En l'absence de disposition particulière, le régime de droit commun du nouveau code de procédure civile trouve application. Ainsi l'objet du litige est selon l'article 4 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile « *déterminé par les prétentions respectives des parties* ». L'article 31 du même code précise que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un*

[591] G. Bolard : « Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites » - RPC 1991-1 p. 1 n°3 ; N. Fricero : « AGS et tierce-opposition » - Act. Proc. Coll. 27 janvier 2000 p. 1.

intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention », sous réserve des actions attitrées propres aux procédures collectives qui s'appliquent à la personne en redressement judiciaire. La prétention confère à celui qui la formule la qualité de partie. Si les règles relatives aux procédures collectives imposent, pour certaines décisions, de recueillir des avis ou observations de la part d'intervenants, la qualification de prétention ne semble pas pouvoir leur être donnée. Le critère permettant de retenir la qualité de partie réside dans la possibilité, pour une personne, de faire valoir une prétention en justice.

Appliqué aux règles du redressement judiciaire, ce critère exclut de la catégorie des parties le contrôleur[592] , de même que le candidat évincé lors d'une offre de reprise[593]. En ce qui concerne le ministère public, la possibilité qu'il a de former un recours doit être envisagée et varie selon qu'il intervient en tant que partie principale ou en tant que partie jointe[594]. Dès lors, du fait des applications combinées des dispositions des articles 421 et 546 du nouveau code de procédure civile et L 623-1, L 623-6, L 623-7 du Code de commerce, la qualité de partie *stricto sensu* ne lui est reconnue que lorsqu'il agit en tant que partie principale[595]. A l'inverse, quand il ne fait que donner un avis (partie jointe), il ne peut pas être considéré comme partie[596] et ainsi bénéficier des voies de recours, hormis les cas visés aux articles L 623-1, L 623-6, L 623-7 du Code de commerce. Tout recours de la part du Ministère public se heurterait à une fin de non-recevoir[597], à moins qu'il n'intervienne pour la défense de l'ordre

[592] Com. 23 juin 1998 RJDA 11/98 n° 1262 ; Com. 6 juin 2000 RJDA 11/00 n° 1005 ; Act. Proc. Coll. 6 octobre 2000 n° 185 ; CA Paris 19 décembre 1995 RPC 1999 p. 177 n°4 note P. Canet.
[593] Com. 22 mars 1988 D. 88, p. 375 note F. Derrida et P. Julien ; P. A. 19 novembre 1999 n° 35 p. 9 et s. note F. Derrida sous CA Aix-en-Provence 19 février 1999 ; Com. 8 novembre 1988 Bull. Civ. IV n° 295.
[594] Com. 20 janvier 1998 R. J. Com. janvier 2000 n° 246 ; D. 1998 p. 125.
[595] F. Derrida : « La recevabilité du pourvoi en cassation du ministère public partie jointe en cas de report de la date de cessation des paiements » sous Com. 13 avril 1999 P. A. 27 août 1999 p. 10 et s ; D. 1999 p.490 et s. obs. F. Derrida.
[596] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises » Dalloz 3ème éd. n° 593.
[597] Rapport de Mme Pasturel, Conseiller à la Cour de cassation – D. 1998 p. 125 - relatif à Com. 20 janvier 1998.

public, à l'occasion de faits lui portant atteinte en application des articles 423 et 546 du Nouveau code de procédure civile[598].

177. La notion de « *prétention* » renvoie à celle « *d'intérêt à agir* »[599] qui est différente des « *avis* », « *observations* », « *consultations* », qui n'autorisent pas leurs bénéficiaires à se prévaloir de la qualité de « *parties à l'instance* »[600]. Cet attribut s'applique au chef d'entreprise en redressement judiciaire, de même qu'aux mandataires nommés par le tribunal qui, possédant la qualité de « *partie nécessaire* » à l'instance, peuvent exercer des voies de recours. Ces dernières, fortement dérogatoires au droit commun[601], n'excluent cependant nullement l'application du régime du Nouveau code de procédure civile. Etant de droit strict, les voies de recours propres aux procédures collectives doivent donner lieu à une interprétation restrictive de leurs dispositions spéciales. Cette notion apparaît, également, dans le cadre des articles 329 et suivants du Nouveau code de procédure civile propres au domaine de l'intervention en justice.

2 - *L'intervention en justice*

178. L'intervention devant une juridiction peut être soit principale, soit accessoire. Dans le premier cas, elle élève une prétention au profit de celui qui la forme (article 329 du Nouveau code de procédure civile) ; dans le second cas, elle appuie les prétentions d'une autre partie (article 330 du Nouveau code de procédure civile). Le droit des procédures collectives limite l'exercice de l'action à certains titulaires qui ne peuvent agir « *afin de permettre*

[598] G. Teillais : R. J. Com. janvier 2000 n° 246 à propos de Com. 20 janvier 1998 ; Com. 3 février 1998 RPC p.31 n° 25 note M. Cadiou ; Com. 13 avril 1999 D. 1999 p. 490 et s. obs. F. Derrida.
[599] Com. 10 mars 1987 Bull.Civ. IV n° 68 : « *l'appréciation de cette notion doit être faite par les juges du fond* ».
[600] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 630 p. 436 : « *le tribunal n'est pas tenu de procéder à l'audition des candidats repreneurs...ils n'ont pas de « prétention » à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Nouveau code de procédure civile* ».
[601] A. Lienhard D. Aff. 1999 p. 718 et s. sous Com. 16 mars 1999.

l'intervention d'autres personnes »[602]. Celui qui agit doit avoir un intérêt personnel et direct, qui se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant (article 325 du Nouveau code de procédure civile). L'intervention principale introduit dans la cause une nouvelle action autonome, qui doit respecter les règles procédurales. Dans le cadre du redressement judiciaire, cet aspect est de toute première importance car les mandataires, nommés par le tribunal, interviennent à différents stades de la procédure et à l'occasion de missions strictement définies. C'est ainsi que l'intervention du liquidateur effectuée après l'expiration du délai d'appel interjeté par l'administrateur est inopérante.[603] Ce dernier, n'ayant plus la capacité d'agir, une régularisation de la procédure par l'intervention du liquidateur est inopérante.

Cette interprétation est approuvée par la Cour de cassation[604] et par une partie de la doctrine[605].

179. L'intervention accessoire, quant à elle, n'introduit dans l'instance aucune nouvelle prétention ; elle ne fait qu'appuyer les prétentions d'une partie. Sa recevabilité est néanmoins conditionnée par le fait que son auteur doit avoir un intérêt pour la conservation de ses droits[606].

---

[602] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°630 p. 430.
[603] CA Reims 7 mai 1997 RPC 1998-1 p. 51 n° 18.
[604] Com. 22 juin 1993 RPC 1993-1 p.52.
[605] R. Perrot : D. 76 p. 67 sous Com. 17 juin 1975 : « *la régularisation n'est efficace que si le liquidateur fait siennes les conclusions du débiteur...s'il y ajoutait de nouvelles prétentions, il ferait lui-même un acte d'appel et dans cette mesure où retomberait alors sur une forclusion irréversible. L'intervenant justifie d'un droit propre et personnel, distinct de celui du demandeur principal et dispose du droit de faire juger l'instance à son profit ; il en est différemment lorsqu'il a encouru la déchéance de son droit en raison de l'expiration du délai qui lui a été prescrit pour l'exercer. L'intervenant ne peut invoquer au titre d'une demande principale un droit individuel s'il y a désistement des réclamants* ».
[606] CA Riom 26 mars 1997 RPC 1998-1 p. 50 n° 95 note B. Soinne qui précise « *que l'intérêt dont il s'agit ne saurait être identique à celui qui permettrait de mettre en mouvement l'action elle-même puisque cette intervention n'ouvre pas d'action...L'intérêt doit ainsi se rapporter à la conservation des droits de l'intervenant et non à la simple conservation des droits de la partie principale que l'on soutient. Il doit exister un intérêt propre de l'intervenant par rapport à la prétention de la partie principale qui agit* ».

180. Les principes ainsi énoncés, lorsqu'ils sont mis en œuvre, soulignent les interactions qui existent entre le débiteur et les mandataires judiciaires. La répartition des pouvoirs ne reste pas sans influence dans l'exercice de ses différents recours (B)

B - *Les différents recours dont dispose le débiteur*

181. Le chef d'entreprise en redressement judiciaire est considéré comme étant une partie « *nécessaire* » ou « *obligée* » en première instance[607]. En conséquence, n'étant pas un tiers à l'instance, les voies de l'opposition et de la tierce-opposition lui sont fermées[608] au profit de deux voies de recours : l'appel et le pourvoi en cassation (1). De plus, en matière de procédures collectives, les ordonnances et jugements étant exécutoires de plein droit à titre provisoire, sauf dispositions particulières, le « *débiteur en redressement judiciaire* » est ainsi autorisé à en demander la suspension (2).

1 - *L'appel et le pourvoi en cassation*

182. Ne pouvant bénéficier qu'aux parties en première instance, la voie de l'appel (article 547 du Nouveau code de procédure civile) est un droit reconnu au chef d'entreprise en redressement judiciaire, sauf exceptions prévues aux articles L 623-1 et suivants du Code de commerce. Il convient de préciser que le chef d'entreprise ne peut être considéré comme un tiers quand bien même il n'aurait pas été entendu ni appelé[609].

[607] B. Soinne : note sous CA Riom 26 mars 1997 RPC 1998-1 p. 50 n° 15 « *même s'il n'a pas été entendu ou dûment appelé* ».
[608] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n° 1126.
[609] Com. 17 juin 1975 D. 1976, 67 : « *que le débiteur n'est pas un tiers, même s'il n'a pas été entendu ou dûment appelé* ».

Cette jurisprudence, critiquée par une partie de la doctrine[610], est strictement circonscrite à la procédure de redressement judiciaire.

183. Rapportées aux procédures collectives, les décisions susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation sont énumérées à l'article L 623-1 du Code de commerce. L'articulation entre ces deux recours fait que le pourvoi en cassation est irrecevable dès lors que la voie de l'appel est ouverte, par application de l'article 605 du Nouveau Code de Procédure Civile. Pour l'un comme pour l'autre, il s'agit de l'exercice d'un droit propre au débiteur[611]. Les dispositions spécifiques de l'article L 623-1 du Code de commerce constituent des dérogations, d'interprétation stricte. En cas de silence des textes spéciaux, les voies de recours de droit commun sont ouvertes[612] dans les conditions habituelles. En reprenant le plan des rédacteurs du Nouveau code de procédure civile, il convient d'examiner les règles propres à l'appel (a) avant d'examiner celles relatives au pourvoi en cassation (b).

[610] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 631 p. 439 : cette notion de partie nécessaire est « *contraire à l'exigence d'un double degré de juridiction* ».

[611] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » éd. Joly n° 1122 ; B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 668 ; Com. 22 mai 1990 D. 1990 p. 415 : « *Mais attendu qu'en vertu du droit propre qu'il tient de l'article 171-2 de la loi du 25 janvier 1985, le débiteur peut, même lorsqu'un administrateur a été désigné en application de l'article 31 de cette loi avec mission d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise, former un recours en cassation contre les décisions arrêtant ou rejetant un plan de continuation* » ; Com. 22 février 1994 JCP éd. G 1994 IV n° 1115 ; CA Versailles 13ème Ch. 3 décembre 1998 D. Aff. 1999 p. 380 ; Com. 2 avril 1996 RPC 1997 p. 482 obs. P. Canet ; CA Paris 21 juin 1994 RPC 1999 p. 177 obs P. Canet.

[612] Com. 1er juillet 1997 D. Aff. 1997 p. 934 ; Com. 17 juillet 2001 Bull. Civ. IV n°149 relatif au recours du débiteur contre le jugement modifiant la mission de l'administrateur et statuant sur la période d'observation, cet aspect ne pouvant faire l'objet d'aucun recours de la part du débiteur ; Act. Proc. Coll. 21 septembre 2001 n°185 ; D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur p. 2677 et s. obs. A. Lienhard ; Droit des Sociétés janvier 2002 « Sociétés en difficultés » par J. P. Legros p.20 n° 8 ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises » JCP éd. G 2002 I, 109 p. 235 ; A. Honorat : « Redressement et liquidation judiciaires » D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 1479 approuvant la décision de la Chambre commerciale car elle assure la protection du débiteur à l'occasion d'une décision lourde de conséquences face au mutisme de la loi de 1985 relative au recours.

a) - *Les règles propres à l'appel*

184. Les textes spéciaux étant d'interprétation stricte, le régime de droit commun retrouve son empire à défaut de disposition contraire[613]. L'appel d'une décision implique que toutes les personnes, parties en première instance, soient appelées en cause[614].

185. Le délai d'appel pour les parties est de 10 jours à compter de la notification de la décision faite par le greffe (articles 25 et 127 du décret du 27 décembre 1985) et à défaut de laquelle aucune forclusion ne peut leur être appliquée[615]. L'appel concerne tant les jugements que certaines ordonnances rendue par le juge-commissaire.

En ce qui concerne les ordonnances, l'appel se cantonne au relevé de forclusion, à l'admission d'une créance, à la substitution de garantie ainsi qu'aux jugements statuant sur recours d'une ordonnance du juge-commissaire relative à une revendication[616]. Hormis ces quatre cas, le recours à l'encontre des ordonnances s'effectue devant le tribunal.

186. La déclaration d'appel remet la chose jugée en question afin qu'il soit statué à nouveau en fait et en droit (article 561 du Nouveau code de procédure civile) ; l'effet dévolutif de l'appel n'autorise plus la juridiction du premier degré à en connaître à nouveau.

---

[613] CA Agen 1ère Ch. 23 juin 1997 RPC 1998-1 p. 49-50 n° 13 obs. M. Cadiou quant à l'appel d'un jugement ayant reporté la date de cessation des paiements : « *les articles 171 à 175 ne font aucune allusion au jugement de report de la date de cessation des paiements. En l'absence de texte limitant l'appel, cette voie de recours est ouverte pour les intéressés qui ont été parties ou représentés en première instance* ».

[614] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°671 : « *l'appel formé par le débiteur sans que soient intimés tous les créanciers poursuivants serait irrecevable* ».

[615] Com. 9 juin 1998 D. 1999 Somm. Comm « Redressement et liquidation judiciaires » par A. Honorat p. 70. Si le régime des notifications des jugements est d'application générale (art. 680 NCPC) quant à l'existence, le délai et la modalité du recours, il n'en va pas de même du recours nullité qui n'a pas à être mentionné et dont l'absence dans la rédaction de l'acte de notification n'entraîne pas la nullité de cette dernière, en application de l'article 693 du Nouveau code de procédure civile ; D. Aff. 1999 p. 1449 obs. A. Lienhard.

[616] Com. 9 juin 1996 D. Aff. 1996 p. 687 concernant les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances du juge-commissaire relatives aux revendications.

Dans le cadre des revendications, il s'agit d'une exception à la règle selon laquelle il ne peut y avoir d'appel du jugement statuant sur le recours contre une ordonnance du juge-commissaire[617].

L'appel peut être introduit par le débiteur seul, mais la régularisation par l'administrateur disposant d'une mission d'assistance doit s'opérer avant l'expiration du délai légal, que la signification de la décision à ce dernier a fait courir[618]. En ce domaine, la mission générale de l'administrateur prime le caractère conservatoire de l'acte d'appel accompli par le débiteur, ce qui implique l'intervention du mandataire. Pour la Cour de cassation, la qualification d'acte conservatoire n'est pas prise en compte, ce qui a pour effet de restreindre les pouvoirs du débiteur en conférant à l'administrateur seul cette faculté de recours. De même, pour les sociétés ayant fait l'objet d'un plan de cession total, la régularité de l'appel contre cette décision est conditionnée par la nomination d'un représentant légal, qui doit intervenir dans un certain délai[619].

187. Pour autant, à l'instar de l'article L 621-105 du Code de commerce (article 102 de la loi de 1985), et en matière d'admission des créances, le recours contre les ordonnances du juge-commissaire s'effectue devant la cour d'appel lorsque le montant de la créance, admise ou rejetée, est supérieur au taux du dernier ressort. Si la créance est inférieure à ce

[617] F. Pérochon et R. Bonhomme : « Entreprises en difficultés - Instruments de crédit et de paiement » LGDJ 3ème éd. n°142 : « *le jugement statuant sur ce recours ne peut en général faire l'objet de recours sauf en matière de revendication* ».

[618] Com. 12 juin 2001 RTD Com. juillet- septembre 2001 p. 775 obs. J. L. Vallens D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p.2301 et s. obs. A. Lienhard ; M. Cabrillac et P. Petel JCP éd. G 2002 I, 109 p. 236.

[619] Com. 14 décembre 1999 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 65 qui rappelle les règles quant à la régularisation d'un acte de procédure atteint par une irrégularité de fond (non désignation d'un représentant de la société en application de l'article 1844-7(7) C.civ.). Deux conceptions sont envisageables : d'une part la nullité peut être couverte tant que le juge n'a pas statué en application de l'article 121 du Nouveau code de procédure civile ; d'autre part, la régularisation doit intervenir avant l'expiration du délai d'appel. Si la Chambre commerciale infléchit sa jurisprudence en optant pour cette seconde voie, un flottement apparaît à la lecture des arrêts de la Cour de cassation. La 3ème Chambre civile autorise la régularisation à tout moment au cours de l'instance (Civ 3ème 31 mai 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 355 obs. M. Boizard ; Droit des Sociétés octobre 2000 n° 134 obs. T. Bonneau ; Bull. Civ. III n° 120).

seuil (article L 621-106 du Code de commerce), seul le pourvoi en cassation est recevable (article 605 du Nouveau code de procédure civile)[620](b).

b) - *Les règles propres au pourvoi en cassation*

188. A l'image de l'appel, le pourvoi en cassation oblige à mettre en cause toutes les parties présentes lors du jugement si le tribunal a statué en dernière instance, ou lors de l'arrêt (article 615 du Nouveau code de procédure civile) dans les autres cas. Examiné à travers la personne du débiteur, le pourvoi en cassation peut être exercé par lui seul, à la condition que la décision contestée relève du domaine purement personnel. Dans ce cas, l'exercice de ce recours se fait hors de toute assistance ou représentation de la part de l'administrateur. Pour autant, dans les autres cas, le pourvoi n'est recevable qu'à la condition que l'administrateur intervienne dans le cadre de la mission que le tribunal lui a confiée[621]. La jurisprudence, notamment avec l'arrêt Finabel[622], illustre cet aspect en reconnaissant au débiteur en redressement judiciaire un droit propre à l'exercice de ce recours.

189. Les prérogatives du débiteur n'étant pas uniquement limitées à la réformation de la décision précédemment prononcée, il dispose aussi de la faculté de demander la suspension de l'exécution provisoire (2).

---

[620] L'ordonnance du 18 septembre 2000 ayant supprimé l'article 639 du Code de commerce relatif aux taux de compétence, l'article 543 du Nouveau code de procédure civile s'applique, rendant possible tout appel dès le premier franc : CA Paris 3ème Ch. A 9 octobre 2001 D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 3196 et s. obs. A. Lienhard. Le décret du 3 décembre 2002 insère dans le Code de l'organisation judiciaire l'article R 411-4 qui fixe à 3.800 € le taux de compétence en dernier ressort du tribunal de commerce : D. 2003 Dern. Act. p. 11 ; D. 2003 Leg. p. 44.

[621] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 681 : « *que celui-ci soit assisté ou représenté suivant les règles relatives à l'administration contrôlée en matière de redressement judiciaire* ».

[622] Com. 22 mai 1990 D. 1990 p. 415 : le débiteur pourrait « *même lorsqu'un administrateur a été désigné en application de l'article 31(...)avec mission d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise, former un recours en cassation...* ».

2 - *La suspension de l'exécution provisoire*

La mise en oeuvre de celle-ci, dérogatoire au droit commun (a), souffre toutefois une exception (b).

a) - *Le principe*

190. En disposant que les jugements et ordonnances rendus en matière de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire sont exécutoires de plein droit à titre provisoire, sauf les exceptions prévues au texte, l'article 155 du décret du 27 décembre 1985 envisage la suspension de cette mesure. Aux termes du 2ème alinéa de cet article, seul le premier président de la cour d'appel, statuant en référé, peut l'arrêter lorsqu'elle a trait aux jugements visés aux articles L 623-9 alinéa 2, L 624-3, L 624-5 du Code de commerce, et à condition que les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux[623].

Si l'appel de la décision est une condition nécessaire à la demande de suspension de l'exécution provisoire, la décision du premier président qui y met fin en référé peut faire l'objet d'un pourvoi[624]. La décision ainsi prise trouve sa source dans les moyens motivant cette suspension de l'exécution provisoire, qui est exclusive de tout examen concernant le fond du litige[625].

191. Le débiteur, qui dispose de la faculté de présenter cette demande, pour les décisions visées à l'article 155 alinéa 2 du décret, doit-il recourir au droit commun du Nouveau code de procédure civile ?

---

[623] Seul l'appel du ministère public est suspensif : art. L. 623-1 C.com. (art. 171 loi 25.1.85).
[624] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°640 ; Com. 14 mai 1996 D. Aff. 1996 p. 814 relatif à un jugement statuant sur un plan de cession ; Com. 23 juin 1998 D. 1999 Somm. Comm. « Redressement et liquidation judiciaires » par A. Honorat p. 71 : Crim. 1er mars 2000 RJDA 6/00 n°706 relatif au pourvoi en cassation, voie de recours extraordinaire qui, aux termes de l'article 579 du Nouveau code de procédure civile, n'est pas suspensif sauf si la loi en dispose autrement ; que tel n'est pas le cas de la loi du 25 janvier 1985 et de son décret d'application.
[625] CA Paris ord. 25 mars 1988 RPC 1989-4 p. 510 n°6.

D'une part les articles 521, 522, 524 du Nouveau code de procédure civile régissent le droit commun de la suspension de l'exécution provisoire, faisant naître une différence de critère entre l'article 524 de ce code et l'article 155 du décret de 1985. En effet, le terme de conséquences « *manifestement excessives* » visé à l'article 524 du Nouveau code de procédure civile[626] déroge à celui de l'article 155 du décret de 1985. Si l'interprétation des conditions de mise en oeuvre de ce dernier parait moins rigoureuse que celle du droit commun[627], une partie de la doctrine a contesté celle-ci[628]. La Cour de cassation[629] a précisé que les dispositions du droit commun (article 524 dernier alinéa du Nouveau code de procédure civile) autorisaient l'aménagement mais non l'arrêt de l'exécution provisoire et souffraient de l'exception prévue à l'article 155 du décret du 27 décembre 1985. Pour autant, cette dérogation au principe de la suspension provisoire de droit se restreint aux cas expressément mentionnés à l'article 155 du décret du 27 décembre 1985. Toutefois, le Décret du 20 Août 2004 généralise l'arrêt de l'exécution provisoire et tend à unifier le droit commun avec celui des procédures collectives[630].

D'autre part, les décisions non mentionnées par un texte spécial propre aux procédures collectives trouvent-elles, dans le régime du Nouveau code de procédure civile, leur fondement quant à la suspension de leur exécution provisoire ? (b)

---

[626] Ass. Plén. 2 novembre 1990 JCP éd. G 1991 II, 21631 : « *les conséquences « manifestement excessives » de l'article 524 du Nouveau code de procédure civile ne peuvent s'apprécier qu'au regard de la situation économique du débiteur ou des facultés de restitution du créancier de la condamnation* » ; CA Lyon 10 juin 1997 (2 esp.) Gaz. Pal. 20-21 mars 1998 p.14 note H. Vray, suspendant l'exécution provisoire pour violation des droits de la défense relevant de « *l'ordre public* ».

[627] CA Lyon (ord.réf.) 12 novembre 1996 Gaz. Pal. 6-7 mars 1998 p. 9 soulignant qu'il n'est pas nécessaire que l'exécution provisoire entraîne des conséquences manifestement excessives telles que visées à l'article 524 du Nouveau code de procédure civile, il suffit que les moyens apparaissent sérieux.

[628] M. Cabrillac et P. Petel : JCP éd. G 1994 I, 3799 n°2 : les dispositions du droit commun ne permettent l'arrêt de l'exécution provisoire que « *lorsque celle-ci a été ordonnée judiciairement mais non lorsqu'elle est de droit* ».

[629] Com. 22 février 1994 JCP éd. G 1994 I, 3799 n°2 refusant la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement non visé à l'article 155 alinéa 2 du décret du 27.12.85.

[630] Décret n°2004-836 du 20 Août 2004 applicable au 1er janvier 2005 qui complète l'article 524 NCPC d'un sixième alinéa « le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement exécives » ; RTD Com octobre 2004 p 815 et s obs J. L. Vallens.

b) – *Les exceptions*

192. Le droit de la « *faillite* » rend exécutoire de plein droit, à titre provisoire, toutes les décisions prononcées en matière de redressement et de liquidation judiciaires (à l'exception de la substitution de garantie ou de la faillite comme de l'un de ses démembrements)[631].

La suspension de l'exécution provisoire est limitativement envisagée par l'article 155 du décret du 27 décembre 1985 dans les cas suivants : les décisions relatives à la liquidation judiciaire, l'arrêt comme le rejet du plan de continuation ou de cession, ainsi que le « *comblement de passif* » et le redressement ou la liquidation judiciaire du dirigeant de la personne morale en procédure.

Hormis ces différents cas, le chef d'entreprise en redressement judiciaire ne peut demander la suspension de celle-ci.

En effet, le but recherché par le législateur est d'empêcher « *le débiteur de faire disparaître ce qui reste de son actif* »[632] et d'éviter qu'il ne se soustraie à ses obligations en exerçant un recours dilatoire[633]. Dès lors les exceptions envisagées par l'article 155 du décret de 1985 ne peuvent être étendues, du fait même de la finalité de la procédure de redressement, et le régime de droit commun ne peut être invoqué.

Pour autant, malgré la position ferme de la Cour de cassation, une partie de la doctrine[634], de même que des juridictions du second degré résistent à cette conception, notamment en cas de violation d'un principe fondamental de procédure ou d'excès de pouvoir,

---

[631] J. M. Deleneuville : « L'exécution provisoire, l'appel et la publicité des jugements rendus en matière de redressement et de liquidation judiciaires » RPC mars 1999 p. 1 et s ; Com. 11 mai 1999 RJDA 8-9/99 n°973 qui suspend l'exécution provisoire du jugement étendant la procédure de liquidation judiciaire d'une autre personne car l'assimilant à un jugement statuant sur la liquidation judiciaire, D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. Redressement et liquidation judiciaires par A. Honorat p. 98 et s ; Gaz. Pal. 26-28 septembre 1999 Pan. p. 201.
[632] G. Ripert et R. Roblot : « Traité élémentaire de droit commercial » LGDJ 13ème éd. n° 2909.
[633] J. L. Vallens : « L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire » D. 1997 Chron. p. 111 et s. : « *en conséquence, la prise d'effet du jugement, indépendante de sa signification, est également détachée des mesures de publicité...* ».
[634] J. L. Vallens: v. supra n° 618.

à l'instar des recours nullité. Le décret du 20 Août 2004 atténue la rigidité des règles des procédures collectives et permet, sous certaines conditions, d'arrêter l'exécution provisoire.

193. Avant ce décret, la Cour de cassation, hostile à l'extension du domaine de la suspension de l'exécution provisoire[635] prévue à l'article 155 du décret de 1985, écartait toute référence à l'esprit des textes, afin de justifier la mesure de suspension [636].

Cette interprétation littérale, bien que critiquée[637], reste d'actualité malgré des conséquences qui peuvent être lourdes pour le débiteur[638]. En l'absence de possibilité d'un quelconque raisonnement par analogie, l'entrepreneur en redressement judiciaire peut former un recours suite à la décision rendue, sans pour autant en neutraliser ses effets. Si les intérêts en présence peuvent expliquer cette limitation visée à l'article 155 du décret, ce dernier ne doit pas leur nuire à cause d'une rédaction trop stricte. En ce domaine, le nouvel alinéa 6 de l'article 524 du Nouveau Code de Procédure Civile tempère les restrictions visées à l'article 155 du décret du 27 Décembre 1985, comme l'ont fait certaines Cours d'appel. Cependant, l'article 155 de ce Décret n'est pas caduc et l'exécution provisoire ne peut être arrêtée que si les moyens apparaissent sérieux. La règle de l'article 524 alinéa 6 du Nouveau Code de Procédure Civile ne s'applique qu'aux décisions non mentionnées par l'article 155 du décret du 27 Décembre 1985. En ce domaine, la jurisprudence doit intervenir comme elle l'a précédemment fait, que ce soit dans le cadre des recours nullité ou des décisions mixtes. Cette jurisprudence favorable au débiteur (§ 2) peut également l'être pour les créanciers de même que pour les salariés de l'entreprise en redressement judiciaire.

---

[635] Ass. Plén. 2 novembre 1990 Bull. Civ. Ass. Plén. n°11.
[636] A. Honorat : « Redressement et liquidation judiciaires » D. 1999 Somm. Comm. p.71 et s.
[637] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n° 637 favorable à un raisonement par analogie autorisant la suspension de l'exécution provisoire pour tous les jugements qui « *participent de la nature même du jugement d'arrêté du plan* ».
[638] Com. 23 juin 1998 RJDA 11/98 n° 1263 ; D. Aff. 1998 p. 1535 obs. A. Lienhard quant à la résolution d'un plan de continuation, la Cour de cassation refuse la possibilité d'une suspension de l'exécution provisoire car elle n'est pas prévue par l'article 155 du décret du 27 décembre 1985.

§ 2 - ***Une jurisprudence favorable au débiteur***

194. Face aux dispositions spéciales des procédures collectives qui restreignent les voies de recours, la jurisprudence tempère les effets de celles-ci. Par souci d'offrir à tout plaideur le maximum de facultés, la jurisprudence adopte une lecture des textes en faveur du débiteur. Cet élan se traduit par la possibilité laissée à ce dernier de former un recours tant à l'occasion de l'adoption d'un plan de redressement (A) qu'en présence de « *vices* » particulièrement graves entachant une décision judiciaire (B).

A – ***Les recours du débiteur suite à l'adoption d'un plan***

195. la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, applicable au 1er janvier 2006, offre au débiteur la possibilité de faire appel du jugement qui arrête ou rejette le plan de redressement. L'article L 661-6 II du Code de commerce permet à l'entrepreneur[639] d'agir à l'encontre d'une décision qui porte atteinte à son droit de propriété et qui réalise une forme d'expropriation. Actuellement, à l'occasion d'une décision relative à un plan de cession, les dispositions de l'article L 623-6 du Code de commerce n'accordent de recours en appel qu'au ministère public, au cessionnaire et au cocontractant visé à l'article L 621-88 du Code de commerce. Le chef d'entreprise en redressement judiciaire, mis à l'écart par le législateur de 1985, se retrouve (partiellement) titulaire de cette faculté grâce à la jurisprudence. Celle-ci, par une interprétation exégétique des textes, pallie cette règle draconienne en cas de « décision mixte », lorsqu'un plan de continuation est présenté en même temps qu'un plan de cession (A). De même, à défaut de règle spéciale, l'application du

[639] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) » D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p. 2301 ; Gaz. Pal. 31 Août-1er Septembre 2005, p. 41.

droit commun permet de redonner au débiteur ses prérogatives notamment à l'occasion de la cession forcée de ses actions ou parts sociales (B).

1 – ***Les « décisions mixtes »***

196. Les dispositions de l'article L 623-6 du Code de commerce furent critiquées aux motifs que le débiteur ne pouvait contester la décision qui arrêtait le plan de cession de son entreprise et qui s'apparentait à une expropriation forcée[640]. Face à cette sévérité, la jurisprudence dans le silence des textes, favorable aux droits du débiteur, lui ouvre des voies de recours sur le fondement que l'adoption d'un plan de cession en compétition avec un plan de continuation implique nécessairement le rejet de ce dernier[641]. L'article L 623-1 du Code de commerce, qui autorise le « *débiteur* » à faire appel des jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de continuation, lui permet de faire appel de la décision rejettant ce dernier au profit d'un plan de cession. Il appert que si différentes approches de l'article L 623-6 du Code de commerce peuvent être faites (a), l'exercice des voies de recours par le débiteur demeure une réalité (b).

a) - ***La problèmatique issue de l'article L 623-6 du Code de commerce***

197. L'éviction du débiteur de tout recours lorsqu'un plan de cession est arrêté[642], entraine que le législateur ferme à une partie à l'instance une possibilité de faire rejuger la

[640] L. Cadiet : « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises » RPC 1989-3 n°34.
[641] Com. 6 mars 1990 JCP éd.G 1990 II, 21513 ; Com. 17 juillet 2001 Bull. Civ. IV n°149 pour un recours contre le jugement étendant la mission de l'administrateur et se prononçant sur la période d'observation, cet aspect ne pouvant faire l'objet d'un recours de la part du débiteur.
[642] Com. 10 mai 2000 Bull. Civ. IV n°97 ; RJDA 9-10/00 n° 894 ; Act. Proc. Coll. 30 juin 2000 n°143 : « *si sont recevables les critiques à l'encontre de la décision prononçant la liquidation judiciaire, les parties ne peuvent se borner à former des griefs à l'encontre des dispositions rejetant le plan de cession* » ; P. Cagnoli : « Liquidation judiciaire et motivation de la contestation par le débiteur » Act. Proc. Coll. 30 juin 2000 p. 1.

cause[643] et porte ainsi atteinte au principe des droits de la défense. Ce principe qui est une des garanties essentielles des plaideurs doit être préservé[644]. Dès lors les dispositions restrictives de l'article L 623-6 du Code de commerce doivent laisser place à celles de l'article L 623-1 du même Code lorsqu'un plan de continuation est rejeté au profit d'un plan de cession.

La Cour de cassation fait sienne cette approche[645] ; les dispositions des articles L 623-1 et L 623-6 du Code de commerce ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Cette solution retenue, il convient d'en étudier les conséquences au regard des pouvoirs du « *débiteur* ».

b) - *Les pouvoirs du débiteur*

198. Placés sous l'angle des voies de recours, les pouvoirs du débiteur s'analyseront face à l'appel et au pourvoi en cassation.

La distinction faite par le législateur entre le plan de cession et le plan de continuation vis-à-vis des voies de recours ne semble pas logique dès lors qu'il est fait application des dispositions des articles L 621-58 et L 621-59 du Code de commerce, dans l'optique de présentation d'un plan de continuation. Cette modalité permet de réaliser une cession d'actions

[643] Hormis la possibilité du recours en révision des articles 593 et suivants du Nouveau code de procédure civile : J. Heron « Droit judiciaire privé » éd. Montchrétien n° 779 et s. ; Com. 2 avril 1996 Bull. Civ. IV n°107 ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 1996 I, 3960 n°1 : « *le recours en révision est ouvert contre tout jugement passé en force de chose jugée ; qu'aucune disposition n'interdit l'exercice d'un tel recours contre le jugement rendu en application de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 qui arrête ou rejette le plan de cession* » ; en l'espèce, le recours émanait du débiteur. L'interprétation restrictive des voies de recours propres aux procédures collectives autorise ce recours extraordinaire au profit du débiteur dès lors que la fraude au jugement arrêtant le plan de cession est retenue.

[644] G. Bolard note sous Com. 6 mars 1990 JCP éd. G 1990 II, 21513 « *toute limitation des voies de recours doit faire l'objet d'une interprétation restrictive (...) et il n'appartient pas au juge, ni à quiconque, d'ajouter aux restrictions légales* ».

[645] Com. 6 mars 1990 JCP éd. G 1990 II, 21513 : « *qu'en arrêtant le plan de cession proposé par la société Faucheux, le tribunal avait par là-même rejeté le plan de continuation, de sorte qu'en application de l'article 171(2) de la loi du 25 janvier 1985, l'appel du débiteur était recevable* » ; P. Cagnoli : « Liquidation judiciaire et motivation de la contestation par le débiteur » Act. Proc. Coll. 30 juin 2000 p. 1 pour qui la combinaison des articles (171 et 174 de la loi de 1985) s'impose, légitimant dans le cas d'une liquidation judiciaire qui écarte un plan de cession, un appel à la condition que le débiteur ne formule aucune critique à l'encontre du rejet du plan de cession.

ou de parts sociales au profit de nouveaux associés au sein de l'entreprise en redressement[646]. Les conséquences de cette faculté sont voisines de celles résultant d'un plan de cession.

Ces deux techniques qui permettent le même résultat (la cession d'une entreprise), ne devraient pas faire l'objet d'une différence en ce qui concerne les voies de recours. La position de la Cour de cassation[647] est à approuver en ce qu'elle autorise le « *débiteur* » à former appel du jugement qui arrête le plan de cession tout en rejetant celui de continuation[648]. Cependant, la présentation par le débiteur d'un plan de continuation reste une condition nécessaire qui lui permettra d'interjeter appel de la décision rejetant celui-ci au profit d'une offre de cession.

199. Corollaire de l'irrecevabilité de l'appel du jugement arrêtant un plan de cession, le pourvoi en cassation obéit à la même règle[649]. Cependant, le pourvoi demeure possible lorsqu'il porte sur la recevabilité de l'appel[650]. Malgré les dispositions strictes de l'article L 623-7 du Code de commerce, la jurisprudence ne les applique pas littéralement[651] dans un souci de préserver au maximum les droits de la défense en la personne de l'entrepreneur en redressement[652].

---

[646] G. Bolard : « Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites » RPC 1991-1 p.1 n°7 et s. ; N. Fricero : « L'appel du débiteur contre le jugement arrêtant un plan de cession » Act. Proc. Coll. 24 septembre 1999 p. 1 : l'appel est irrecevable « *s'il émane d'une personne qui a présenté un plan de continuation par reprise interne, mais qui n'est pas le débiteur* » ; Com. 6 juillet 1999 RJDA 11/99 n°1233, Act. Proc. Coll. 24 septembre 1999 n°197 ; RTD Com. oct-déc 1999 p. 987 obs. J. L. Vallens.

[647] Com. 6 mars 1990 JCP éd. G 1990 II, 21513.

[648] G. Bolard : « Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites » RPC 1991-1 p. 1 n°9 : la solution de la Cour de cassation est à approuver car elle « *n'est pas seulement la victoire des plaideurs rebelles à la résignation, elle satisfait aussi une évidente logique économique* » ; P. Cagnoli : « Liquidation judiciaire et motivation de la contestation par le débiteur » Act. Proc. Coll. 30 juin 2000 p. 1 : « *la seule façon pour le débiteur de remettre en cause le jugement qui prononce sa liquidation judiciaire consiste à présenter un plan de continuation (...) celui-ci peut même proposer un tel plan pour la première fois en instance d'appel* ».

[649] Com. 20 décembre 1988 RPC 1989-4 p. 510 n°4 : « *...de la combinaison des articles 174 alinéa 2 et 175 de la loi du 25 janvier 1985 (il résulte) qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les jugements ou arrêts qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise en redressement judiciaire* » ; Com. 11 mai 1999 Bull. Civ. IV n°100, RJDA 8-9/99 n°977, D. 1999 IR p. 153.

[650] Com. 6 mars 1990 JCP éd. G 1990 I, 21513 note G. Bolard : cette approche confère « *une solution absolument nécessaire puisqu'à défaut, les cours d'appel seraient souveraines pour rejeter comme irrecevable, sans contrôle aucun, tout appel quelqu'il soit* ».

[651] Com. 6 mars 1990 JCP éd. G 1990 I, 21513 acceptant le pourvoi du cessionnaire dont l'offre fut acceptée en première instance et rejetée en appel.

[652] N. Fricero : « L'appel du débiteur contre le jugement arrêtant un plan de cession » Act. Proc. Coll. 24 septembre 1999 p. 1.

Cette préoccupation majeure se retrouve également à l'occasion de la cession forcée des actions ou parts sociales dans le cadre d'un plan de continuation (2).

2 - *La cession forcée visée à l'article L 621-59 du Code de commerce*

200. Cette disposition, relative à la cession forcée d'actions ou de parts sociales des dirigeants de droit ou de fait de l'entreprise, se limite aux personnes morales. Les dirigeants de ces dernières, deviennent ainsi victimes d'une véritable expropriation[653], qui ne les laisse toutefois pas sans recours. Si en ce domaine la jurisprudence n'a pas cessé d'évoluer (a), son but demeure la protection du dirigeant (b).

a) - *L'évolution jurisprudentielle*

201. L'application des dispositions de l'article L 621-59 du Code de commerce aux dirigeants de la personne morale doit leur donner la faculté d'exercer un recours[654]. L'appel ainsi formé par les « *expropriés* » est valable dès lors qu'il est limité aux modalités de la cession entre les parties[655], celles-ci étant détachables du plan de continuation.

En effet, seules les personnes mentionnées à l'article L 623-1 du Code de commerce peuvent former un appel ou un pourvoi en cassation, notamment à l'encontre d'une décision arrêtant un plan de continuation. Cependant, les dirigeants ne sont pas visés par cette disposition[656]. Toutefois, certaines cours d'appel résistent à cette approche tendant à

[653] Com 12 juillet 2005 D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2071, obs A. Lienhard. Cette jurisprudence considère que la cession forcée des titres, justifiée par l'intérêt général n'est pas contraire aux articles 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 544 du Code civil.
[654] P. Cordier : « Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire » RJDA 2/00 Chronique p. 95 et s. n° 13, 21,55.
[655] Com. 1er juillet 1997 RJDA 12/97 n°1546.
[656] M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 1998 I, 111 p. 273 « *La dissociation (...) est suggérée par les textes : l'article 23 présente cette mesure comme un préalable*

différencier les voies de recours, eu égard à la possible mise en œuvre de l'article L 621-59 du Code de commerce[657].

Pour celles-ci, la cession forcée, préalable à l'adoption d'un plan de continuation, n'est pas une disposition dissociable de ce dernier, de sorte que l'appel demeure possible de la part du dirigeant[658]. En la matière, la Cour de cassation a franchi un nouveau pas en se fondant sur l'article 543 du Nouveau code de procédure civile. En faisant prévaloir le droit commun, dès lors qu'il n'en est pas autrement disposé par des textes spéciaux, la Cour de cassation ne s'arrête plus aux modalités d'application de la cession forcée mais s'attache au principe même de la cession. S'il est regrettable que la Cour ne se soit pas prononcée sur le lien entre cession et mise en œuvre de celle-ci, il n'en demeure pas moins que la solution obtenue assure la protection des dirigeants (b).

b) – *La protection du dirigeant*

202. Le but poursuivi par la Cour de cassation, qui est de permettre au dirigeant « exproprié » de former appel du jugement ordonnant la cession de ses titres, se justifie dès lors que le jugement qui arrête le plan est postérieur à celui qui a ordonné la cession. La rédaction de l'article L 621-59 du Code de commerce suppose nécessairement un lien entre la cession forcée et l'adoption du plan de continuation par le tribunal. Les dirigeants

---

auquel peut être subordonné l'adoption du plan ; (...) ayant vocation à faire l'objet d'un jugement distinct de celui qui arrête le plan » ; F. Derrida : « La notion de tiers admis, aux termes de l'article 21 de la loi du 25 janvier 1985, à présenter une offre de reprise » P. A. 19 février 1999 n°36 p. 9 et s. sous CA Aix-en-Provence 19 novembre 1998 p. 11 note 1; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2002 I, 109 p. 237 : « *préalable à l'adoption du plan, elle en est détachable (...) qui échapperaient au régime restrictif de l'article L 623-1 du Code de commerce* » ; Y. Chaput : « Droit des sociétés » janvier 2000 p. 11 n°5.

[657] CA Rennes 2ème Ch. 24 juin 1998 J. Cl. Droit des Sociétés janvier 2000 p. 11 n°5 obs. Y. Chaput : « *il n'est pas certain que la décision soit indissociable quant à l'exercice des voies de recours de celle relative au plan lui-même* ».

[658] Com. 26 juin 2001 Bull. Civ. IV n° 127 ; D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2299 et s ; RJDA 12/01 n° 1232 ; Droit des sociétés décembre 2001 par J. P. Legros n°175 ; A. Honorat : Redressement et liquidation judiciaires D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 1482 faisant que les textes limitant l'exercice des voies de recours devront être examinés sous l'angle de l'article 543 du Nouveau code de procédure civile.

« expropriés » n'ayant pas la faculté, aux termes de l'article L 623-1 du Code de commerce, de former un recours à l'encontre de ces décisions, à l'inverse de ce qui existe pour l'arrêt ou le rejet du plan de continuation, se voient ainsi privés de garantie. Pour autant, la mise en œuvre de ces mesures nécessite préalablement au jugement arrêtant le plan, la cession des titres des dirigeants, et constitue dès lors une disposition autonome vis-à-vis du plan, bien que non dépourvue de tout lien avec ce dernier. Cette conception est du reste consacrée par la Cour de cassation.

203. Cette dernière, manifestement sensible à la gravité de la mesure tendant à « exproprier » les dirigeants, a voulu pallier la carence législative qui ne mentionne pas ceux-ci à l'article L 621-3 du Code de commerce[659].

L'omission est réparée par la Cour de cassation qui s'appuie sur les dispositions de droit commun de l'article 543 du Nouveau code de procédure civile. Cette position conforte l'approche selon laquelle le régime dérogatoire des procédures collectives doit s'appliquer strictement, de telle sorte que les décisions non visées par ces textes demeurent soumises au droit commun. La volonté de la Cour de cassation qui tend au respect strict des principes généraux du droit processuel (second degré de juridiction), est éclatante. En posant le principe qu'à défaut de dispositions expresses, le droit commun trouve application, la Cour de cassation œuvre dans le sens d'un élargissement des voies de recours notamment par le biais des recours nullité[660] (B).

[659] Com. 26 juin 2001 Bull. Civ. IV n°127 ; Act. Proc. Coll. 21 septembre 2001 n° 186 obs. C. Regnaut-Moutier ; D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p.2299 et s. obs. A. Lienhard ; RTD Com. Juillet-septembre 2001 p.778 et s. obs. J. L. Vallens pour qui les juges d'appel doivent apprécier la recevabilité de l'appel « en fonction de l'économie générale du jugement qui leur est déféré, pour juger selon le cas que la disposition critiquée est ou non détachable du plan » ; A. Honorat : Redressement et liquidation judiciaires D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 1482 autorisant l'appel du débiteur pour des cas non prévus expressément par la loi, comme pour des dispositions « détachables » du jugement querellé dont les voies de recours concernent ce dernier.
[660] Com. 27 avril 1993 D. 1995 Somm.p. 3 accordant l'appel nullité à un associé qui se voyait appliquer les dispositions de l'article 23 de la loi de 1985 alors qu'il n'était plus dirigeant.

B – *Le recours nullité*

204. Les règles concernant les voies de recours étant particulièrement strictes en matière de procédures collectives[661], certains plaideurs ont cherché à contourner les textes. Cette tentative a reçu un accueil favorable de la part des cours grâce aux recours nullité. Désormais, en l'absence de voie de recours octroyée par le législateur, les parties disposent de cette faculté dont les conditions de mise en œuvre restent limitées (1) et contrôlées par la Cour de cassation (2).

1 – *Les conditions propres au recours nullité*

L'étendue du domaine du recours nullité (a) n'occulte pas les règles propres à l'effet dévolutif (b).

a) – *Le champ d'application*

205. Destinée à sanctionner des vices particulièrement graves entachant une décision de justice, cette voie permet d'obtenir la réformation de la décision malgré l'absence de recours prévu par le législateur[662]. Cette possibilité n'est toutefois recevable que si l'appelant ne dispose d'aucune autre voie de recours[663]. Ce dernier doit être partie au litige[664],

[661] P. Cagnoli : « Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté » Thèse Caen 1999 n°383 et s.
[662] G. Bolard : « Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites » RPC 1991-1 n°15 ; CA Paris 15 septembre 1995 D. Aff. 1995 p.138 concernant un appel nullité formé à l'encontre d'une ordonnance du juge-commissaire ; L. Maupas : « l'appel nullité et les procédures collectives » RPC décembre 2002 p. 229 et s.
[663] L. Cadiet : « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises » RPC 1989-3 p.371 n°18 ; J. Heron : « Droit judiciaire privé » éd. Montchrétien n°614 ; CA Dijon 1ère Ch. 1ère Sect. 4 juillet 1995 Gaz. Pal. 6-7 mars 1998 p. 10.
[664] Com. 19 novembre 1996 D. Aff. 1997 p. 131 : « *l'appel nullité ne peut être formé que par une partie au procès* »; Com. 9 juin 1998 D. Aff. 1998 p. 1449 : la notification des décisions n'a pas à mentionner la possibilité d'exercer un appel nullité ni même le délai et les modalités de ce dernier.

et se voit fermer la voie de l'appel réformation. Ce recours exceptionnel, propre à sanctionner un excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure, s'accompagne comme en droit commun, d'un effet dévolutif (b).

b) - *L'effet dévolutif*

206. Une partie de la doctrine[665], malgré les dispositions de l'article 562 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, considère que l'appel nullité est dépourvu d'effet dévolutif, celui-ci ne jouant que pour l'appel réformation. La fonction disciplinaire de l'appel nullité ne permet pas de lui reconnaître cet aspect.

La loi ne faisant pas de distinction entre ces deux recours, la Cour de cassation applique, pour sa part, les dispositions de l'article 562 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile à l'appel nullité, l'assortissant ainsi de l'effet dévolutif[666], ce que prônait une partie de la doctrine[667]. Cependant, la jurisprudence, en donnant au juge du second degré la possibilité de statuer sur des litiges qui auraient dû lui échapper, ne tire pas toutes les conséquences qui découlent de cet article[668]. Lors de l'exercice de ce recours, le débiteur sera bien inspiré de ne critiquer que les griefs propres à la forme sans aborder, même à titre subsidiaire, ceux relatifs au fond, afin d'éviter le jeu de l'article 562 du Nouveau code de procédure civile. En ce domaine, la volonté de protéger le débiteur se retourne contre ce dernier en ne conférant pas à ses conclusions subsidiaires toute leur portée.

---

[665] L. Cadiet : « L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises » RPC 1989-3 p. 371 n°39.

[666] Civ 2ème. 1er octobre 1997 RPC 1998-1 p. 57 n° 27 et 30 « *...ayant conclu au fond devant la cour d'appel, celle-ci était par l'effet dévolutif saisie de l'entier litige* » ; Com. 28 mai 1996 D. Aff. 1996 p. 779 quant à un jugement statuant sur le recours formé contre une ordonnance du juge-commissaire ; L. Maupas : « l'appel nullité et les procédures collectives » RPC décembre 2002 p. 233.

[667] R. Perrot RTD Civ. 1996 p. 985 et s. sous Com. 28 mai 1996 ; J. Heron « Droit judiciaire privé » éd. Montchrétien n° 614.

[668] Com. 26 mai 1999 J. Cl. Procédures février 2000 p. 6 obs. R. Perrot : le débiteur « *qui a des raisons sérieuses de penser que l'acte introductif d'instance est entaché de nullité et qui souhaite conserver le bénéfice du double degré de juridiction ne doit pas de lui-même conclure au fond devant le juge d'appel* ».

Le contrôle exercé par la Cour de cassation, pour aussi réel qu'il soit, ne demeure pas à l'abri de critiques (2).

2 - *Le contrôle de la Cour de cassation quant au recours nullité*

207. Si la Cour de cassation demeure la garante des droits du chef d'entreprise en redressement en ce qui concerne l'exercice de tout recours nullité (a), il semble qu'elle fasse preuve d'un certain laxisme envers lui (b).

a) - *Le principe*

208. Si un doute pouvait planer à la lecture des premiers arrêts de la Cour de cassation quant au domaine d'appréciation de la notion de recours nullité[669], et la possibilité de former un pourvoi en cassation, il en est désormais différemment ; le recours s'exerce en cas d'excès de pouvoir[670] ou de méconnaissance grave de règles de procédure[671]. Cette volonté, qui tend au respect des principes essentiels de procédure, autorise ce recours exceptionnel malgré les limitations apportées par le législateur. Sa mise en oeuvre s'effectue, notamment, lors de la violation du principe du contradictoire[672], des modalités propres aux recours[673], des règles de compétences juridictionnelles[674]. Si la vigilance des juridictions

[669] Com. 14 mars 1989 RPC 1989-4 p. 510 n°4.
[670] Com. 1er juillet 1997 RPC 1998-1 p. 56 n°26 ; Com. 26 octobre 1999 Bull. Civ. IV n°191 D. Aff. 1999 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 95 ; Com. 16 mars 1999 D. 99 IR p. 103 et s. et Gaz. Pal. 4-6 juillet 1999 Pan. p. 154, Act. Proc. Coll. 16 avril 1999 n°99 pour une modification substantielle d'une ordonnance sous couvert d'une interprétation ; Com. 14 mars 2000 Bull. Civ. IV n° 62 et Dict.perm. difficultés des entreprises 10 avril 2000 n° 11 p. 6299 quant à l'obligation pour un propriétaire de concéder un bail rural en l'absence de disposition permettant au juge de l'imposer.
[671] CA Paris 24 juin 1997 RPC 1998-1 p. 53 n°21 pour une composition différente à l'audience et au délibéré ; Com. 28 mai 1996 Dict. perm. difficultés des entreprises p.753 n° 46; Com. 26 avril 2000 Act. Proc. Coll. 30 juin 2000 n° 144 pour un recours formé à l'encontre des dispositions du décret du 27 décembre 1985.
[672] CA Riom 15 juin 1994 RPC 1998-1 p. 54 n°23 pour un fait non débattu contradictoirement et postérieur à la mise en délibéré en violation de l'article 16 du Nouveau code de procédure civile ; CA Poitiers 29 avril 1997 RPC 1998-1 p. 54 n°23 pour l'absence de convocation du débiteur à l'audience statuant sur la résolution de son plan ; CA Montpellier 18 février 1997 D. 1998 p. 227 note J. J. Bourdillat.
[673] Com. 16 mars 1999 Act. Proc. Coll. 16 avril 1999 n°100, l'absence de notification ne fait pas courir le délai de recours ; Com. 7 décembre 1999 Act. Proc. Coll. 10 mars 2000 n°58 ; Com. 30 mars 1999 Act. Proc. Coll. 28 mai 1999 n°126.
[674] Com. 22 avril 1996 D. 1997 Somm. p. 77 et s. « Redressement et liquidation judiciaires » par A. Honorat p. 80 pour l'absence de pouvoir juridictionnel afin de statuer dans une matière réservée à la cour d'appel (recours

permet le respect de ces principes, malgré l'absence de voie de recours instituée par le législateur, certains aspects procéduraux échappent à cette dernière (b).

b) - *L'exception au principe*

209. Le courant jurisprudentiel qui a ouvert les voies de recours au débiteur en redressement judiciaire, ne tire cependant pas toutes les conséquences logiques de certaines pratiques. Le respect des règles procédurales envers le chef d'entreprise, semble avoir été mis à mal à l'occasion notamment des modalités relatives au report de la date de cessation des paiements[675]. Pour la Cour de cassation, cette demande ne nécessite pas l'assignation du débiteur, cette formalité n'étant pas prévue par les textes, la convocation de ce dernier par voie de requête est valable, dès lors qu'il est présent à l'audience tout en ayant connaissance de l'objet de cette dernière. En ce domaine, les droits de la défense sont en jeu et les modalités de saisine de la juridiction en sont ses garantes.

210. La notification d'un acte ou sa signification (si elle est effectuée par un huissier de justice) a pour but de le porter à la connaissance de l'intéressé, ce qui est différent de l'assignation où le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge[676].

Cette dernière forme offre la garantie la plus grande au débiteur quant à la demande présentée. Cependant, la Cour de cassation précise que d'autres modalités sont recevables pourvu qu'elles ne lèsent pas les intérêts du débiteur, rejoignant ainsi une partie de la

---

contre l'ordonnance d'admission d'une créance, l'article 25 du décret de 1985 ne s'applique pas) ; Com. 19 janvier 1999 Act. Proc. Coll. 28 mai 1999 n°127 (incompétence du juge-commissaire pour statuer dans une matière réservée au conseil des prud'hommes).

[675] Com. 16 février 1999 D. Aff. 1999 p.3 92 ; RJDA 4/99 n°439 ; Act. Proc. Coll. 12 mars 1999 n°74 ; RTD Com. avril- juin 1999 p. 511 obs. J. L. Vallens.

[676] Com. 30 mars 1999 Bull. Civ. IV n°76, RJDA 5/99 n° 570 quant aux modalités de saisine du tribunal pour une extension de procédure, seule l'assignation est valable. En l'espèce, pourquoi en irait-il différemment du report de la date de cessation des paiements ?

doctrine[677]. Si à défaut de texte particulier, le régime général du Nouveau code de procédure civile doit trouver application en autorisant la saisine du tribunal à défaut d'assignation, de requête conjointe ou de présentation volontaire des parties (article 854 du Nouveau code de procédure civile), il ressort qu'en l'espèce ces voies de saisines ne furent pas mises en oeuvre. En effet, la présentation volontaire des parties, comme il semble que la Cour de cassation s'en contente, nécessite la signature d'un procès-verbal qui constate que les parties se présentent volontairement pour faire juger leurs prétentions (article 860 du Nouveau code de procédure civile). A défaut de ce dernier, il n'apparaît pas possible, comme le fait la Cour de cassation, de se fonder sur la règle du respect du contradictoire afin de sauver la saisine du tribunal[678]. La violation de ces règles eût mérité de la part de la Cour régulatrice une toute autre analyse. Celle-ci aurait dû autoriser le chef d'entreprise en redressement à user du recours nullité issu de la pratique. Gageons que cette malencontreuse erreur d'appréciation se rectifiera[679], d'autant plus que des conventions internationales offrent au débiteur de nombreux principes qui lui sont favorables (Section II).

[677] A. Lienhard note sous Com. 16 février 1999 D. Aff. 1999 p. 477 « *l'assignation n'est pas expressément prévue par la loi* » ce qui entraîne que la demande par voie de requête soit retenue dès lors « *que le principe du contradictoire n'en soufre pas* » ; J. L. Courtier : « Les modalités procédurales de la demande de report de la date de cessation des paiements » RPC 1999-4 p. 139.

[678] F. Derrida D. 1999 p.490 sous Com. 16 février 1999 ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 1999 I, 177 p. 1923 qui reprochent à la Chambre commerciale « *d'apparenter la décision de report de la date de cessation des paiements à une mesure d'administration alors que c'est une décision contentieuse d'une particulière gravité* ».

[679] J. L. Vallens RTD Com. janvier- mars 1999 p. 206 : « *les principes généraux de procédure doivent s'appliquer chaque fois qu'une dérogation ne s'impose pas* ».

Section II - <u>Des principes favorables au débiteur</u>

211. Directement issues d'une norme ou de la jurisprudence, le chef d'entreprise en redressement judiciaire bénéficie de protections tant vis à vis des garanties attendues par tout plaideur face à ses juges, que par rapport à sa situation après le jugement qui arrête son plan de redressement. L'émergence du droit européen interfère sur le déroulement de la procédure de redressement judiciaire par le jeu de ses principes contenus notamment dans l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Egalement, le rôle de la jurisprudence, dans le cadre de l'inexécution du plan de redressement confère au « *débiteur* », devant le silence des textes, une situation favorable bien qu'elle ne tire pas les conséquences nécessaires du raisonnement développé. Le rôle accru de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans notre droit interne doit être examiné (§ 1), car il constitue désormais une réalité protégeant le chef d'entreprise en redressement judiciaire, au même titre que le fait la jurisprudence quant à l'inexécution du plan de redressement (§ 2).

§ 1 - *La Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve du droit interne*

212. Le bon déroulement de tout procès passe nécessairement par des règles procédurales assurant aux parties la garantie de certains principes fondamentaux. Ces derniers relatifs à l'impartialité du tribunal, au respect du contradictoire, à la durée de la procédure, au double degré de juridiction et à la publicité des débats[680], trouvent application malgré certaines atténuations propres à la procédure de redressement judiciaire.

En ce domaine, le droit interne renforcé en cela par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, assurent à la personne soumise à un redressement judiciaire le respect de ces objectifs. Essentiellement mise en exergue quant aux notions d'impartialité et de contradictoire, l'articulation entre droit interne et droit international est d'un intérêt tout particulier. En effet, d'une part la durée de la procédure fait l'objet de par les textes d'un calendrier[681], d'autre part la publicité des débats, instituée dans l'intérêt des parties, impose qu'en la matière ceux-ci se déroulent en chambre du conseil,[682] afin que le « *débiteur* » ne soit pas gêné par la connaissance que pourraient avoir les tiers des causes de l'ouverture de la procédure. Néanmoins, la décision rendue doit faire l'objet de la diffusion la plus grande possible. Enfin, le double degré de juridiction, s'il n'est pas garanti par la Convention[683], fait l'objet dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire d'atténuations que la jurisprudence tend à restreindre par la voie du recours nullité. L'imbrication de ces deux sources de droit nécessite l'examen des principes qui les régissent

[680] J. L. Vallens : « Droit de la faillite et droits de l'homme » RTD Com. 1997 p. 567 et s.

[681] CA Paris 3ème Ch. C. 7 novembre 1997 D. Aff. 1998 p. 80 et s. infirmant le jugement ayant prononcé une mesure de comblement de passif à l'encontre d'un dirigeant après un délibéré de près de 6 ans dans une affaire sans complexité. La cour d'appel, se fondant sur l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, sanctionne la décision qui n'est pas rendue dans un délai raisonnable eu égard à son espèce ; CEDH 17 janvier 2002 D. 2002 Dern. Act. p. 658 et Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 807 ; Lamy droit commercial mars 2002 p. 1 et s. par J. L. Vallens ; Com. 7 février 2002 Act. Proc. Coll. 5 juillet 2002 n°158.

[682] M. L. Niboyet : « Droit civil de l'entreprise » D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 10 : le principe de la publicité des débats « n'est pas absolu de sorte que les Etats peuvent y apporter des exceptions » ; C. Moniolle : note sous CE 23 février 2000 JCP éd. G 2000 II, 10371 ; H. Solus et R. Perrot : « Droit judiciaire privé » tome 3 éd. Sirey p.235 et s. ; P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n°429 ; J. L. Vallens obs. sous Com. 27 octobre 1998 RTD Com. janvier - mars 1999 p. 205.

[683] J. L. Vallens : « Droit de la faillite et droits de l'homme » RTD Com. 1997 p. 583, 584.

(A), ainsi que de leur mise en oeuvre à l'occasion du déroulement de la procédure de redressement judiciaire (B).

A - *Les principes fondamentaux en droit interne*

213. Tout plaideur attend de la part de la juridiction appelée à connaître de sa cause, que cette dernière offre l'assurance d'une totale impartialité (1), tout en garantissant aux parties la possibilité de bénéficer du principe du contradictoire (2).

1 - *L'impartialité*

214. L'impartialité se conçoit de manières différentes selon qu'il est fait application du droit interne ou de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (a). Cependant, la finalité identique de ces deux régimes fait que l'utilisation du fondement européen est utilisé à titre subsidiaire (b).

a) - *Les différentes conceptions de l'impartialité*

215. Le chef d'entreprise, en redressement judiciaire, est confronté au juge de la procédure qui peut être un de ses concurrents, ou avoir pris quelques mesures (conservatoires, en vue de sanctions) ce qui permet de douter de son impartialité.

216. Les juridictions françaises considèrent qu'est impartial celui qui fait preuve d'objectivité lorsqu'il rend son jugement. Cette conception est dite subjective, puisqu'elle se

base sur des éléments qui peuvent affecter la neutralité personnelle du juge[684]. Cette impartialité subjective n'a pas à se prouver, elle se présume; ce que rejette la Cour Européenne des Droits de l'Homme au profit du critère objectif.

Pour autant, le défaut d'impartialité peut être soulevé par tout plaideur en se fondant sur des dispositions contenues dans le Nouveau code de procédure civile, comme sur la base de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le choix de ce fondement n'apparaît pas discrétionnaire et en présence de dispositions internes assurant la protection des plaideurs, la Convention semble jouer un rôle subsidiaire (b).

b) - *La subsidiarité de la Convention*

217. Destiné à offrir aux plaideurs le respect de principes essentiels, l'article 6 de la Convention joue un rôle subsidiaire, dès lors qu'une disposition interne dispose d'un effet équivalent[685]. Cette équivalence, propre au respect de l'impartialité, se traduit en droit interne par les dispositions de l'article 430 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, qui autorise la contestation de la composition du tribunal dès l'ouverture des débats, ou dès la révélation de l'irrégularité. Ce délai écoulé, toute demande est frappée d'une fin de non-recevoir. De même, les articles 339 et suivants du Nouveau code de procédure civile relatifs à l'abstention et à la récusation jouent un rôle important. A défaut d'abstention de la part du juge, la récusation visée à l'article 341 (5°) du Nouveau code de procédure civile constitue le fondement majeur de la révocation du juge pour partialité, dès lors qu'il aura auparavant connu de l'affaire[686].Ces

[684] V. Magnier « La notion de justice impartiale » JCP éd. G 2000 I, 252 ; C. Goyet « Remarques sur l'impartialité du tribunal » D. 2001 Chron. p. 328 et s; B. Soinne : RPC décembre 2000 p.190 n°4 ; B. Beignier et C. Blery : « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité » D. 2001 Chron. p. 2427 et s. pour qui l'impartialité subjective tend « *à déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance* ».
[685] Ass. Plén. 24 novembre 2000 Bull. Civ. Ass. Plén n°10 ; RTD Com.janvier- mars 2001 p. 249 obs. C. Mascala.
[686] Civ. 2ème 12 juillet 2001 Bull. Civ. II n°142.

cas limitatifs ne font pas obstacle à la demande de l'une des parties fondée sur l'article 6 de la Convention pour défaut d'impartialité. Dans ce cas, il lui appartiendra de prouver ce défaut d'impartialité.

218. L'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme complète aussi les dispositions de droit interne lorsque, du fait des dépassements des délais, celles-ci ne peuvent plus être invoquées, malgré l'absence de faute de la victime[687]. Le domaine des procédures collectives est propice au développement de cet article, du fait des restrictions apportées aux droits de la défense.

Le recours au droit supranational se justifie par la carence du droit interne, qui cède le pas en application du principe que les choses spéciales dérogent aux choses de genre[688].

La notion d'impartialité est inhérente à la mission du juge. Ce dernier, à l'occasion de sa tâche, soumet les parties à la règle du contradictoire propre aux conceptions internes et européennes[689] (2).

[687] B. Beignier et C. Bléry : « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité » D. 2001 Chron. p. 2432 ; Civ. 2ème 12 juillet 2001 Bull. Civ. II n°142 ; T. Montéran : « l'impartialité du juge et les procédures collectives » RPC décembre 2002 p. 243 et s. Cette disposition trouverait application lors de l'arrêt du plan de cession totale d'une société. La Cour de cassation (Com 30 juin 2004 Act. Proc. Coll 15 octobre 2004 n° 203) précise que la signification d'une décision à l'ancien représentant légal de la société, selon l'article 1844-7 (7) du Code civil, bien que privé de ses pouvoirs de représentation demeure habilité à recevoir l'acte. Pour autant, il ne dispose pas du pouvoir d'exercer une voie de recours. Le droit de recours consacré en théorie mais impossible à mettre en œuvre est sanctionnable sur le fondement l'article 6 CEDH ; Com 30 juin 2004 D. 2004 Cah. Dr. des Aff. Comm p 2429 et s note F. Derrida, P. Julien, J. F. Renucci.

[688] B. Beignier et C. Bléry : « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité » D. 2001 Chron. p. 2433 citant R. Perrot RTD Civ. 2001 p. 206 : « *lorsque les textes du droit interne aboutissent à des résultats convergents qui répondent au même souci d'impartialité, il n'est pas sacrilège d'ajouter que les textes européens ont un caractère subsidiaire qui interdit de faire l'impasse sur les textes français qui ne sont pas en contradiction avec cette finalité* ».

[689] V. Magnier : « La notion de justice impartiale » JCP éd. G 2000 I, 252 p. 1600.

2 - *Le contradictoire*

219. Etant un principe fondamental de notre droit, le contradictoire permet un débat éclairé des parties devant le juge. Corollaire du respect des droits de la défense, il a pour but de permettre aux parties de faire valoir leurs prétentions par rapport à celles de leurs contradicteurs. Ce principe entraîne, pour les parties, la connaissance par elles des arguments de l'autre. La mise en oeuvre de cette règle s'effectue tant à l'occasion de la convocation (a) que lors du débat face au juge (b).

a) - *A l'occasion de la convocation*

220. La connaissance de l'introduction de l'instance fait partie du principe de la contradiction[690]. En matière de redressement judiciaire, l'instance n'échappe pas à cette règle. La saisine du juge doit lui permettre de s'assurer que les parties furent averties de la date d'audience, et qu'elles disposèrent de suffisamment de temps pour préparer leur défense. En ce domaine, les modalités de convocations sont diverses (lettre recommandée avec accusé de réception, acte d'huissier), autorisant le « *débiteur* » à former un recours, dès lors qu'il n'a pas eu connaissance de la date d'audience.

221. Que l'audience aît lieu devant le tribunal ou devant le juge-commissaire, le contradictoire demeure la règle[691]. Dans le silence des textes concernant le redressement judiciaire, les convocations se doivent d'être réceptionnées par leur destinataire. La

[690] J. P. Legros JCP éd. E 2000 p. 419 et s. sous Com. 24 novembre 1998.
[691] Cass.avis Bull. inf. C. Cass. 1er novembre 1991 p.43 ; J. L. Vallens : « Droit de la faillite et droit de l'homme » RTD Com. 1997 p. 582, 583 ; Com. 17 mai 1994 RPC 1995-2 p.106 obs. B. Dureuil : l'absence de contradictoire devant le juge-commissaire est sanctionné par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; RPC décembre 2000 n°16 obs. B. Soinne.

connaissance de la date de l'audience par le débiteur en redressement judiciaire soulève un contentieux lors de la convocation qui lui est faite par lettre recommandée avec accusé de réception à l'issue de la première période d'observation. A défaut de réception de cette dernière, le débiteur qui ne se présente pas peut être mis en liquidation judiciaire. Ce dernier a alors la possibilité d'interjeter appel.

En semblables circonstances, les griefs portent sur l'absence de signification faite au débiteur en application de l'article 670-1 du Nouveau code de procédure civile[692], d'autant plus que les décisions sont exécutoires de plein droit à titre provisoire. Il appartient donc au juge de vérifier que la phase antérieure à sa décision a été correctement appliquée au regard du principe du contradicroire, le but de la convocation étant d'avertir le débiteur tant des motifs de celle-ci que de la date de l'audience. L'absence d'une partie à l'audience doit apparaître comme suspecte, ce qui fait que le juge doit examiner les diligences accomplies par le greffe. Pour autant si une partie de la doctrine[693] considère qu'en application de l'article 670-1 du Nouveau code de procédure civile il appartient au greffier d'user de la voie de la signification, cette conception n'en reste pas moins contraire aux textes. Si les règles de la « notification des actes en la forme ordinaire » trouvent application, notamment celles de l'article 667 du Nouveau code de procédure civile[694], il n'en va pas de même de l'article 670-1 du Nouveau code de procédure civile. En effet, d'une part la convocation faite par le greffier mentionne l'adresse du débiteur qui est celle figurant au Registre du Commerce et des Sociétés[695], selon le principe déclaratif propre à ce domaine, de sorte que l'assujetti ne peut se prévaloir d'une mention non publiée à ce registre[696].

---

[692] CA Montpellier 2ème Ch. B 18 février 1997 D. 1998 p. 227 obs. J. J.Bourdillat ; CA Besançon 2ème Ch. 6 décembre 1996 et 20 décembre 1996 R. J. Com. février 1999 p. 80 et s. obs. L. Haennig.
[693] J. J. Bourdillat D. 1998 p.228 sous CA Montpellier 2ème Ch. B 18 février 1997.
[694] « *La notification est faite (...) soit par la voie postale, soit par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé* ».
[695] Art.8, 12 D. 30 mai 1984 pour les personnes physiques et art. 15, 22 pour les personnes morales.
[696] Art. L 123-9 C.com. (art. 66 D. 30 mai 1984).

Dès lors, l'entrepreneur inscrit au Registre du Commerce et des Sociétés est mal venu de se prévaloir de la violation du principe du contradictoire, alors qu'il est à l'origine de l'erreur, soit en n'allant pas retirer sa convocation, soit en n'ayant pas fait mentionner son changement d'adresse, afin d'éviter que la convocation ne revienne avec la mention « *n'habite pas à l'adresse indiquée* »[697]. De plus, le recours à l'article 670-1 du Nouveau code de procédure civile ne peut avoir pour conséquence de faire citer le débiteur par acte d'huissier de justice à la diligence du greffe. Ce texte prévoit qu'en cas de retour d'une lettre de notification au secrétariat, le greffier invite la partie à procéder par voie de signification. Cependant, dans le cadre du redressement judiciaire et en cas de saisine d'office de la juridiction, le greffe ne peut être considéré comme une partie au litige. Dès lors la jurisprudence citée[698] devient très critiquable, même si elle est favorable au « *débiteur* », puisque seule une partie peut procéder par voie de signification. En ce cas, il appartiendrait aux « *parties obligées* » de faire diligence, sur invitation du greffier, en l'occurence à l'administrateur judiciaire ou à défaut, au représentant des créanciers.

222. L'assignation reste cependant la voie permettant au mieux le respect du contradictoire vis à vis du chef d'entreprise en redressement judiciaire. Toutefois, la jurisprudence semble porter atteinte à cette règle. A l'occasion de la mise en oeuvre du report de la date de cessation des paiements, la Cour de cassation[699] a porté une estocade à ce principe. En précisant que la demande de report de la date de cessation des paiements peut s'effectuer par voie de requête, dès lors que le débiteur est présent à l'audience et ne conteste pas la réception de la copie de cette dernière, la Cour admet que le tribunal peut valablement

[697] L. Haennig, R. J.Com. février 1999 p. 86.
[698] CA Montpellier 2ème Ch. B 18 février 1997 D. 1998 p. 227 : CA Besançon 2ème Ch. 6 décembre 1996 et 20 décembre 1996 R .J. Com. février 1999 p. 80 et s.
[699] Com. 16 février 1999 D. Aff. 1999 p. 392 et p. 477 et s; RJDA 4/99 n°439 ; Act. Proc. Coll. 12 mars 1999 n°74; JCP éd. G 1999 I, 177 p. 1923 obs. M. Cabrillac; D. 1999 p. 276 obs. F. Derrida.

statuer. Si une partie de la doctrine approuve cette démarche[700], puisqu'elle respecte le principe du contradictoire visé à l'article 14 du Nouveau code de procédure civile, la justification de cette solution ne peut trouver grâce face aux articles propres à la requête conjointe et à la présentation volontaire des parties. Cette conception, défendue par d'autres auteurs[701], se conforme davantage aux textes, dont l'article 860 du Nouveau code de procédure civile qui prévoit, en cas de requête conjointe ou présentation volontaire, la signature d'un procès-verbal constatant la volonté des parties. Or, en l'espèce, ces dispositions ne furent pas respectées, de sorte que le régime de l'assignation se devait d'être mis en œuvre, en application des dispositios de l'article 854 du Nouveau code de procédure civile.

Le report de la date de cessation des paiements s'apparente, du fait de ses conséquences, à une demande contentieuse nécessitant, de la part des parties, le respect des modalités de saisine de la juridiction. A défaut de respecter la procédure ayant trait à la requête conjointe ou à la présentation volontaire des parties, l'assignation demeure la règle. Malheureusement, la Cour de cassation ne semble pas[702] abandonner cette jurisprudence envers le « *débiteur* » vis à vis duquel elle considère que le contradictoire est pleinement respecté[703]. Ce principe doit également recevoir application à l'occasion de l'audience (b).

[700] Com. 16 février 1999 RJDA 4/99 n°439 ; A. Lienhard D. Aff. 1999 p.477 et s; J. L. Courtier : « Les modalités procédurales de la demande de report de la date de cessation des paiements » RPC 1999-4 p. 139 et s; B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. 1995 n°426.

[701] F. Derrida D. 1999 p.276 ; M. Cabrillac et P. Petel « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 1999 I, 177 p. 1923.

[702] Com. 30 mars 1999 Bull. Civ. IV n°76 ; RJDA 5/99 n°570 pour une extension de la procédure de redressement judiciaire d'une société à une autre, la Cour de Cassation précise que seule l'assignation était recevable.

[703] Com. 24 novembre 1998 JCP éd. E 2000 p. 419 note J. P. Legros: le mandataire judiciaire qui saisit le tribunal en vue du prononcé d'une sanction à l'encontre du « *débiteur* » doit l'assigner en application des articles 56 et 855 du Nouveau Code de Procédure Civile.

b) - *A l'occasion de l'audience*

223. En matière de redressement judiciaire, le contradictoire joue également lors de l'audience du tribunal ainsi qu'à celle du juge-commissaire[704]. Ce principe essentiel, visé à l'article 16 du Nouveau code de procédure civile, pose les bases de tout procès équitable. En permettant aux parties de présenter leurs arguments afin que le juge les examine[705], le contradictoire préserve le principe de l'égalité des armes[706]. Le respect du contradictoire, dans le cadre du redressement judiciaire, est important notamment quant au point de savoir si, à l'occasion de la désignation d'un expert par le juge-commissaire en vue du prononcé éventuel d'une sanction à l'encontre du chef d'entreprise, les parties peuvent avoir accès au rapport.

Ce principe doit être appliqué à l'occasion d'une expertise, non seulement au cours de l'audience, mais encore avant le dépôt du rapport, en droit interne[707] de même qu'en droit européen[708]. Il n'existe pas d'exception à cette règle même dans le cadre du redressement judiciaire[709]. En ce domaine cependant, le rapport de l'expert (articles L 621-8 et L 624-7 du Code de commerce) ne constitue pas une mesure d'expertise[710] mais une simple « *mesure d'investigation* » non soumise aux règles de l'expertise judiciaire, car dépourvue de caractère juridictionnel. En revanche, le rapport devra être versé au débat et soumis à la libre discussion des parties. Pour autant, cette mesure ne permet pas aux personnes qui en font l'objet de pouvoir discuter, faute d'intérêt légitime, du bien fondé de la mesure prise par le juge-

[704] Cass. Avis Bull. inf. C.Cass. 1er novembre 1991 p. 43 ; J. L. Vallens « Droit de la faillite et droits de l'homme » RTD Com. 1997 p.582, 583.
[705] F. Sudre : « Droit de la Convention Européenne des Droits de l''Homme » JCP éd. G 2001 Chron. p. 188 et s.
[706] C. Boiteau : « Droit administratif » JCP éd. G 2000 I, 251 p. 1544.
[707] Civ. 1ère 19 décembre 1995 D. Aff. 1996 p. 209.
[708] J. P. Marguenaud : « Le droit à l' « expertise équitable » » D. 2000 Chron. p. 111 et s.
[709] Com. 19 décembre 2000 RTD Com.avril-juin 2001 obs. J. L.Vallens.
[710] Com. 30 octobre 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 438; Com. 16 février 1999 Act. Proc. Coll. 10 mai 1999 n°109 ; Com. 15 février 2000 RTD Com.avril-juin 2000 obs. A. Laude : « *le rapport de l'expert ne vaut pas comme rapport d'expertise judiciaire au sens des articles 263 et suivants du Nouveau code de procédure civile* » ; F. Derrida : « Redressement et liquidation judiciaires » D. 2002 Somm. Comm. p. 84.

commissaire[711]. L'unique discussion, à l'occasion de l'audience, n'offre pas l'équivalent de ce que le régime de l'expertise assure quant au respect du contradictoire.

224. L'audition des chefs d'entreprises est le seul motif qui permet de dire que le principe du contradictoire a été observé, même si ceux-ci furent entendus séparément[712].

Ce principe subit des atteintes au niveau de l'appel, puisque l'audition du dirigeant ne s'applique qu'à la procédure de première instance[713]. De même, les observations écrites du ministère public sans que les parties (débiteur) aient eu à s'expliquer sur celles-ci, ne contredisent pas l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Il suffit qu'elles aient eu la possibilité d'y répondre, même après la clôture des débats, en application de l'article 445 du Nouveau code de procédure civile[714]. Cette conception semble heurter la jurisprudence européenne qui soumet le ministère public au principe du contradictoire quand il agit comme partie jointe[715]. Relayé par une partie de la doctrine particulièrement autorisée[716], le dépôt des conclusions par le ministère public partie jointe, sans communication préalable, n'est pas conforme à la notion de procès équitable suivant les normes européennes. Pour autant, l'article 431 du Nouveau code de procédure civile l'autorise à faire connaître ses conclusions soit oralement à l'audience, soit par écrit sans les communiquer aux parties avant l'audience. En ce domaine, le critère du délai raisonnable qui permet au débiteur de préparer sa défense fait défaut. L'articulation entre les différents textes et conceptions des droits français et européen s'illustre davantage lorsque le tribunal se saisit d'office (B).

---

[711] Com. 11 mai 1999 JCP éd. E 1999 p.1878 et s. obs. J. L. Courtier ; R. J. Com. octobre 1999 p. 410 et s obs B. Saintourens quant à l'application des articles 164 et 169 du décret de 1985.
[712] Com. 14 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 212 ; JCP éd. G 2000 IV n°1805 ; JCP éd. G 2000 II, 10350 note P. Cagnoli ; Com. 6 février 2001 Act. Proc. Coll. 30 mars 2001 n°84.
[713] Com. 20 juin 2000 RJDA 12/00 n°1148.
[714] Com. 29 mai 2001 Bull. Civ. IV n° 108 ; Com. 11 mai 1999 RPC décembre 2000 p. 209 obs. B. Soinne ; RTD Com.juillet-septembre 1999 p. 761 obs. JL. Vallens.
[715] J. P. Marguenaud : « Le droit à « l'expertise équitable » » D. 2000 Chron. p. 111 et s; CEDH 25 juin 1997 RTD Civ. 1997 p. 1006 obs. J. P. Marguenaud.
[716] B. Soinne RPC décembre 2000 n°20 p. 209.

B - *Les principes supra-nationaux*

225. Des principes essentiels figurant à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, il convient d'analyser leur mise en oeuvre à l'occasion de la procédure de redressement judiciaire. Cette dernière doit garantir au chef d'entreprise le droit à un procès équitable (1) ainsi que le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant (2), ce que confirme la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

1 - *Le droit à un procès équitable*

226. Les modalités toutes particulières de la saisine d'office du tribunal (a) nécessitent de la part de certains de ses membres la rédaction d'un document (b), qui ne doit en aucun cas porter atteinte à la notion de procès équitable.

a) - *La saisine d'office du tribunal*

227. Cette particularité, souvent employée en matière de redressement judiciaire, ne s'impose pas avec évidence face aux exigences du procès équitable[717], rappelées par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Aussi, les modalités de la saisine d'office du tribunal, que ce soit dans le cadre du déroulement général de la procédure de redressement judiciaire (article 8 du décret du 27 décembre 1985), comme dans le cadre des sanctions (articles 164, 169 dudit texte), se doivent d'être examinées.

[717] J. F. Renucci : « Droit européen des droits de l'homme » D. 2001 Somm. Comm. p. 1069 ; CA Caen 7 février 2002 RJDA 6/02 n°675 qui applique la notion de procès équitable à une décision prononçant une mesure de faillite à l'encontre d'une personne qui était dans l'impossibilité matérielle de présenter des preuves pour sa défense.

228. La mise en oeuvre de la saisine d'office doit être exclusive de toute partialité. En faisant convoquer le débiteur par les soins du greffier au moyen d'un acte d'huissier de justice à comparaître dans le délai qu'il fixe devant le tribunal, le président doit joindre à cette ordonnance de convocation une note dans laquelle il expose l'objet de la saisine[718]. En outre, le juge-commissaire devra, avant toute décision du tribunal, établir son rapport écrit ou oral en application de l'article 24 du décret de 1985, à défaut de quoi le jugement sera atteint d'une cause de nullité. Cette modalité de saisine trouve également application en matière de sanction, bien qu'en l'espèce les articles 164 et 169 du décret du 27 décembre 1985 autorisent une autre voie. Il convient de relever que la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 interdit, en matière de sanction, la saisine d'office du tribunal. Cette interdiction, applicable au 1er janvier 2006, respecte davantage, non seulement la notion d'impartialité, mais encore celle du droit à un procès équitable[719]. A coté de cette modalité, les articles 164 et 169 du décret de 1985 prévoient que, soit le juge-commissaire[720], soit le tribunal nomme un juge pouvant se faire assister de toute personne, afin qu'à la suite de son rapport le dirigeant en redressement judiciaire soit convoqué devant le tribunal. En ce cas, le rapport est déposé au greffe et les personnes mises en cause sont averties par le greffier qu'elles peuvent en prendre connaissance. Ces dernières sont convoquées, par acte d'huissier de justice, 8 jours au moins avant leur audition par le tribunal[721]. En ce domaine, les droits de la défense sont des plus réduits. Si l'article 164 du décret prévoit un délai minimum entre la convocation et l'audition[722], aucun délai n'est mentionné par l'article 8 du même décret. En ce cas,

[718] L'absence de note est une cause de nullité de la procédure car portant atteinte à la règle du contradictoire : Com. 25 juin 1996 Lamy Droit commercial août-septembre 1996 p. 10 ; RJDA 12/96 n°1532 ; Com. 29 février 2000 RJDA 6/00 n° 703. Le président dispose de la faculté de s'approprier le rapport du mandataire judiciaire le saisissant en y faisant renvoi : CA Lyon 3ème Ch. 11 janvier 2001 J.Cl. procédures mars 2001 p. 9 et s. obs. C. Laporte et D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 204 par F. Derrida.
[719] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial. p. 2303.
[720] CA Versailles 13ème Ch 30 septembre 1999 D. 1999 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 95.
[721] CA Versailles 13ème Ch 30 septembre 1999 D. 1999 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 95.
[722] Le non respect de ce délai est une cause d'annulation du jugement : CA Paris 3ème Ch C. 18 décembre 1998, 11 juin 1999 et CA Douai 2ème Ch. 25 juin 1998 RPC mars 2000 n°1 obs. F. Bach ; l'audition du dirigeant

l'appréciation du délai raisonnable relèvera de la compétence des juges du fond afin de respecter le contradictoire prévu à l'article 16 du Nouveau code de procédure civile. Ce principe se voit également réduit à la portion congrue dans la mesure où la procédure, telle qu'elle est envisagée à l'article 164 du décret, prévoit que le rapport ne peut être que consulté au greffe sans être transmis au « *débiteur* ».

Cette procédure nécessite également que la rédaction des divers documents prévue ne tienne pas comme établis des faits sur lesquels le tribunal doit se prononcer (b).

b) - *Les modalités de la saisine d'office*

229. Que ce soit l'ordonnance ou la note du président, comme le rapport du juge-commissaire, aucun de ces documents ne doit laisser planer le moindre doute quant à la prise de position de la juridiction, ou de l'un de ses membres[723]. L'avis personnel, matérialisé antérieurement au prononcé de la décision, constitue une violation de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme[724].

L'exclusion de tout doute légitime, dans l'aptitude de la juridiction à prononcer des décisions en toute neutralité, implique que les termes employés par le président et le juge-commissaire ne fassent pas transparaître une conviction acquise[725]. La formulation utilisée, si elle doit permettre à l'intéressé de connaître le but de la saisine d'office, ne doit cependant pas être attentatoire au principe d'impartialité. Dès lors, une rédaction prudente quant aux termes

---

poursuivi ne s'applique qu'à la procédure de première instance : Com. 20 juin 2000 RJDA 12/00 n°1148, Act. Proc. Coll. 6 octobre 2000 n°197.

[723] Com. 23 janvier 1996 Bull. Civ. IV n° 23, RPC 1996-3 p.326 n°4, la présence du juge-commissaire dans la formation qui prononce la liquidation judiciaire n'est pas contraire à l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Il en va de même quant au prononcé d'une sanction : CA Versailles 13ème Ch. 18 novembre 1999 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 49 ; RJDA 2/00 n°198 sauf cas de partialité.

[724] CA Versailles 9 novembre 1999 JCP éd. E 2000 p. 988 ; « Droit des affaires et droits de l'homme » chronique Droits de l'Homme par E.Garaud JCP éd. E 2000 p 988 et s; CA Dijon 1ère Ch. 25 avril 2000 D. 2001 Somm. Comm. « Droit européen des droits de l'homme » sous la direction de J. F. Renucci par F. X. Lucas p. 1069 ; CA Dijon 26 janvier 1999 RTD Com. oct-déc. 1999 p. 989 par J. L. Vallens.

[725] Com. 3 novembre 1992 D. 1993 p.538 obs. J. L. Vallens.

utilisés est nécessaire[726] et l'emploi du conditionnel ainsi que des termes concis permettent de respecter ladite règle[727].

230. Cette apparence d'impartialité assure la régularité de la procédure de saisine d'office. A défaut, la sanction de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme[728] vient au secours du débiteur et lui permet de faire annuler la mesure prise en se fondant sur le défaut d'impartialité. Cette notion, plus que dans la rédaction des éléments propres à la saisine d'office, s'applique à la juridiction (2).

2 – *L'impartialité et l'indépendance du tribunal*

231. Ces garanties essentielles pour tout justiciable doivent être maintenues en matière de redressement judiciaire. Le critère objectif de l'impartialité, d'origine anglo-saxonne, se fonde sur l'apparence[729] des circonstances propres à faire naître un doute légitime vis à vis du tribunal. En se fondant sur l'article 6 de la Convention, la Cour Européenne des Droits de l'Homme retient cette conception[730] qui, nécessairement, influe sur les juges français[731]. La présence du juge-commissaire, au sein de la composition du tribunal, est sujette à polémiques.

[726] CA Amiens Ch.com. 31 août 2000 D. 2001 Somm. Comm. « Droit européen des droits de l'homme » sous la direction de J. F. Renucci par F. X. Lucas p.1069 ; J. L. Vallens : « Droit de la faillite et droits de l'homme » RTD Com. 1997 p. 580 ; CA Grenoble Ch.com. 11 septembre 1997 D. 1998 p. 128 et s. obs. J. F. Renucci.
[727] CA Amiens 4ème Ch. 19 novembre 1998 RPC mai 2001 obs. F. Bach p. 66 n°1 ; T. Com Charleville-Mézières RG 98-0789 du 25 novembre 1999.
[728] CA Metz Ch.civ. 9 septembre 1997 Dict. perm. Difficultés des entreprises Bull. 167 bis janvier 1998 p. 5 n°16.
[729] *Justice must not only be done, it must also be seen to be done.*
[730] C. Goyet : « Remarques sur l'impartialité du tribunal » D. 2001 Chron. p. 329 « *une démarche qui conduit à se demander, lorsqu'une juridicition collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits véritables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci* » ; CEDH 24 janvier 2002 RJDA 6/02 n°586 ; CEDH 6 juin 2000 RTD Com.octobre-décembre. 2000 p.1021 obs. J. L. Vallens.
[731] Civ. 1ère 23 mai 2000 Bull. Civ. I n° 151 quant à la participation du rapporteur à la formation disciplinaire et au délibéré du conseil de l'ordre ; Civ. 1ère 30 mai 2000 Bull. Civ. I n°162 quant à la participation du même magistrat aux procès pénal et civil qui avait qualifié les agissements de fautifs ; CA Paris 1ère Ch. H 15 juin 1999 JCP éd.G 2000 II, 10254 et Com. 5 octobre 1999 JCP éd. G 2000 II, 10255, la participation des rapporteurs au délibéré du conseil de la concurrence est contraire à la Convention ; CE 3 décembre 1999 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 62 et s. obs. M. Boizard ; JCP éd. G 1999 Act. p. 2237 ; JCP éd.G 2000 II, 10627 obs. F. Sudre qui, tout en retenant une conception objective de l'impartialité, considère que la participation du rapporteur au délibéré de la formation disciplinaire du Conseil des marchés financiers n'est pas contraire à la Convention.

Afin d'éviter toute difficulté, la loi de sauvegarde interdit sa présence, à l'occasion du prononcé de sanctions civiles, que ce soit dans la formation de jugement ou lors du délibéré. Toutefois, dans l'attente de l'entrée en vigueur de cette loi, au 1er janvier 2006, sa présence ne manquera pas de relancer la question de l'impartialité du tribunal quant à la mise en oeuvre des principes (a) qui, si elles sont fondées, légitiment la voie du recours nullité (b).

a) - *La présence du juge-commissaire*

232. Fermement décriée par une partie de la doctrine[732], la présence du juge-commissaire à l'audience semble porter atteinte aux règles de l'impartialité. Sa participation, du fait de la connaissance qu'il a du dossier, n'autorise cependant pas à conjecturer qu'il soit partial[733]. La prise en considération du rôle de ce dernier, dans la phase antérieure à la décision du tribunal au sein duquel il siège, demeure le critère déterminant quant à l'application de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme[734]. Les règles du procès équitable militent en faveur de l'éviction du juge-commissaire au sein de la formation de jugement, dès lors que son action antérieure ne lui permet pas d'aborder la cause sans préjugé. La loi de sauvegarde des entreprises l'écarte désormais de la formation de jugement et de celle de délibéré, dès lors qu'il s'agit du prononcé de sanctions civiles[735].

[732] J. L. Vallens : « Droit de la faillite et droits de l'homme » RTD Com. 1997 p.581 ; V. Magnier : « La notion de justice impartiale » JCP éd. G 2000 I, 252 p. 1597 : « *il ne suffit pas que le juge soit réellement impartial. Il faut qu'il le paraisse* » ; C. Goyet : « Remarque sur l'impartialité du tribunal » D. 2001 Chron. p. 328 et s; B. Beignier et C. Bléry : « L'impartialité du juge entre apparence et réalité » D. 2001 Chron. p.2427 et s.
[733] E. Garaud : « Droit des affaires et droits de l'homme » JCP éd. E 2000 p. 988 chronique Droits de l'Homme.
[734] CA Grenoble Ch. com. 11 septembre 1997 D. 1998 p. 128 obs. J. F. Renucci en faveur d'une intervention législative « destinée à clarifier les règles par rapport à l'impartialité afin d'éviter toute incertitude » ; CA Colmar 5 décembre 2000 RTD Com. janvier-mars 2001 p. 247 et s. obs. C. Mascala, infirmant un jugement prononçant une faillite dont le juge-commissaire, créancier du débiteur, avait rédigé son rapport en concluant à la sanction sur le papier à en-tête de sa société.
[735] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2006) » D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p. 2033.

233. La jurisprudence a dû évoluer dans de nombreux domaines, du fait des dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme propres à la notion de procès équitable[736].

A l'inverse, la jurisprudence administrative[737], bien qu'elle applique les dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, n'en tire pas les mêmes conséquences que la Cour de cassation. Celle-là fait prévaloir la contradiction et l'égalité des armes sur les règles de l'impartialité. Pour autant, la Cour Européenne des Droits de l'Homme[738] ne considère pas a priori que la présence du juge-commissaire, dans la formation de jugement, implique de sa part un préjugé. Cette analyse rejoint celle de la Cour de cassation[739] par laquelle, le fait qu'un magistrat aît antérieurement connu un autre litige opposant les mêmes parties, ne permet pas de mettre en doute son impartialité dès lors que l'objet est différent. Si la loi de sauvegarde des entreprises a repris, pour partie, le projet de loi interdisant la présence du juge-commissaire dans la formation du jugement[740], la Cour de cassation[741] précise que l'impartialité du juge-commissaire, ayant présidé la formation condamnant le dirigeant au

[736] Quant à la condamnation de la participation des rapporteurs au délibéré de la décision du Conseil de la concurrence : CA Paris 1ère Ch. H 15 juin 1999 JCP éd. G 2000 II, 10254 note J. C. Fourgoux ; Com. 5 octobre 1999 JCP éd. G 2000 II, 10255 note E. Cadou ; M. L. Niboyet : « Droit civil de l'entreprise » D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 9 ; quant à la procédure devant la commission des opérations de bourse : Ass.Plén. 5 février 1999 Bull. Civ. Ass. Plén. n°1 ; Civ. 1ère 30 mai 2000 Bull. Civ. I n°162 sanctionnant la décision prise par le tribunal dont un membre avait, à l'occasion du procès pénal, porté la même appréciation ; CA Caen 7 février 2002 RJDA 6/02 n°675, Act. Proc. Coll. 5 juillet 2002 n°158.

[737] CE 3 décembre 1999 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 62 et s. obs. M. Boizard ; JCP éd. G 2000, II, 10267 note F. Sudre ; JCP éd. G 1999 Act. p. 2237 : la participation du rapporteur au délibéré de la formation disciplinaire du Conseil des Marchés Financiers n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; il en va de même pour le Conseil national de l'Ordre des Médecins et la Commission Nationale Informatique et des Libertés.

[738] CEDH 24 janvier 2002 RJDA 6/02 n°586 ; CEDH 6 juin 2000 D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. Droit Civil de l'entreprise p. 1610 obs. M. L. Niboyet ; D. 2001 Somm. Comm. « droit européen des droits de l'homme » par N. Fricero p. 1062 ; D. 2001 Comm. p. 339 et s. ; RTD Com. oct.-déc. 2000 p. 1021 obs. J. L. Vallens ; Dict. perm. Difficultés des entreprises décembre 2001 « juge-commissaire » n°26.

[739] Civ. 1ère 19 novembre 1996 D. Aff. 1997 p. 156 et 157 ; Civ. 2ème 5 février 1997 D. Aff. 1997 p. 313.

[740] Projet de loi n°2545 modifiant l'article L 412-6 du Code de l'organisation judiciaire : « *nul ne peut siéger dans la formation de jugement appelée à statuer en application de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 dans une affaire où il a eu à connaître en qualité de juge-commissaire* ».

[741] Com. 16 octobre 2001 D. 2001 Cah. Dr. des aff. Act. Jur. p. 3273 et s. obs. A. Lienhard ; D. 2002 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 80 par F. Derrida ; Bull. Civ. IV n°167 ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2002, I, 109 p. 235 ; RPC juin 2002 p. 113 n°3 obs. A. Martin-Serf.

comblement du passif social, se présume jusqu'à preuve contraire. Celle-ci ouvre la voie de recours nullité au « *débiteur* » en cas de partialité (b).

b) - *L'ouverture d'un recours*

234. A défaut de procéder à des investigations approfondies, aucun préjugement ne peut être reproché au juge-commissaire qui siège dans la formation de jugement[742]. Cependant cet organe de la procédure, présent à tous les stades du redressement, engendre une suspicion qui, pour la Cour Européenne comme pour la Cour de cassation, n'est pas suffisamment caractérisée à elle seule. Pour autant, dès que certains éléments précis du dossier (rédaction de la note, de l'ordonnance nécessaire à la saisine d'office, motivation du rapport du juge-commissaire) laissent transparaître une conviction pré-acquise du juge, il appartient au « *débiteur* » d'établir la partialité de la juridiction[743]. L'apparence ne suffit plus, la règle selon laquelle le demandeur doit rapporter la preuve de ce qu'il allègue retrouve son empire. Une fois cette preuve rapportée, les dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme permettront au « *débiteur* » d'exercer un recours réformation, voire nullité si le législateur a limité l'exercice de ces voies.

L'utilisation de textes supranationaux permettent de restaurer les droits du chef d'entreprise en redressement judiciaire au même titre que la jurisprudence le fait, notamment quant à sa situation postérieure à l'arrêt de son plan de redressement (§ 2).

[742] N. Fricero : « Droit européen des droits de l'homme » D. 2001 Somm. Comm. p. 1063.
[743] B. Beignier et C. Bléry : « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité » D. 2001 Chron. p. 2427 et s. (2430) ; Dict. perm. Difficultés des entreprises décembre 2001 « juge-commissaire » n°26 : l'atteinte à l'impartialité en raison de la présence du juge-commissaire dans la formation de jugement faisant un rapport « *constitue un préjugement* ».

§ 2 *: La situation du débiteur en cas d'inexécution du plan de redressement*

235. La période d'observation n'est pas l'unique laps de temps durant lequel la procédure de redressement influe sur la situation du chef d'entreprise. Postérieurement à l'adoption du plan de redressement, son inexécution entraîne des conséquences directes sur sa situation. Ces conséquences, dont les effets sont connus, doivent nécessairement recevoir une qualification juridique, puisque leur origine prend naissance à l'occasion du plan. Face au silence du législateur en ce qui concerne le plan de cession, l'article L 621-82 du Code de commerce relatif au plan de continuation apparaît comme un élément pouvant permettre de déterminer les conséquences de son inexécution. Pour autant, les termes employés ne rendent qu'imparfaitement compte de la nature juridique du plan de redressement.

236. La qualification juridique du plan de redressement, sans entrer dans des développements dépassant cette étude, peut être perçue selon deux axes. D'une part à travers successivement la déclaration de volonté et la décision judiciaire subséquente pour le plan de continuation, et d'autre part pour le plan de cession, à travers le caractère judiciaire de ce dernier suivi de l'aspect contractuel le matérialisant[744]. Dès lors, il est tentant de vouloir user d'un raisonnement par analogie.

Le terme de vente judiciaire fut employé par une partie de la doctrine[745] et la position de la Cour de cassation, de même que celle d'une partie des juridictions du second

[744] Y. Guyon : « Droit des affaires » tome II n°1194 ; F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » Dalloz 3ème éd. n°249 ; E. Le Corre-Broly : « Droit des entreprises en difficulté » éd. Dalloz 2001 n°274 ; M. Jeantin et P. Le Cannu : « Droit commercial - Instruments de paiement et de crédit – Entreprises en difficulté » 6ème éd. Dalloz n°702 ; B. Soinne RPC 1996-4 n°48 ; C. Saint-Alary-Houin RTD Com.oct- déc. 1998 p. 934: « *...le plan n'est pas un contrat* » ; B. Saintourens : « le défaut de signature des actes de réalisation d'un plan de cession » Act. Proc. Coll. 10 décembre 1999 p. 1.

[745] M. H. Monserie-Bon : « Le plan de cession » P. A. 6 septembre 2000 p. 43 et s. ; H. Bureau : « La période intermédiaire entre l'adoption et la réalisation d'un plan de cession » JCP éd. E 1999 p. 1182 ; H. Le Nabasque : « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire » JCP éd. E 1990 II, 15770 pour qui « *la cession de l'entreprise est bien une vente forcée à laquelle on procède par décision de justice* » ; A. Amalvy et F. Derrida : « Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement » D. 1988 Chron. p. 208 et s. qui appliquent la théorie des vices du consentement à la cession d'entreprise ; Y. Picod note sous Com. 17 mars 1998 D. 1999 p. 236 et s. ; M. A. Rakotovahiny : « Le « *clair obscur* » de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire » D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Chron. p. 51 et s. - contra : CA Douai 2ème Ch. 13 janvier 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 116.

degré confirma cette analyse dans ses conséquences[746], en excluant les règles de la vente de droit commun. De même, le « *débiteur* » objet d'un plan de cession ne peut se voir obligé par le tribunal à consentir un bail rural envers le cessionnaire, le bail existant pouvant tout au plus se perpétuer[747]. Les caractéristiques du plan de redressement, de même que ses conséquences, ne peuvent être rattachées à une branche qualifiée du droit. A l'image de l'acquisition réalisée en vertu de l'article 2279 du code civil qui crée un droit nouveau au profit du possesseur[748], le plan de redressement autorise à penser qu'il s'agit d'un mécanisme autonome qui permet la continuation d'une entreprise soit sous sa même forme, soit par la reprise des actifs. Cette particularité, conditionnée par la recherche de l'intérêt général des membres oeuvrant en son sein, justifie les sacrifices imposés tant à ceux-ci qu'à ses créanciers et cocontractants[749].

237. Le caractère judiciaire du plan de redressement[750] implique d'analyser son inexécution vis à vis du chef d'entreprise, sans s'arrêter aux termes littéraux employés par le

[746] Com. 12 oct. 1993 RJDA 2/94 n°221; Bull. Civ. IV n°331; Com. 12 octobre 1993 et Com. 22 octobre 1996 JCP éd. E 1997 p. 651 par M. Cabrillac ; Com. 22 octobre 1996 JCP éd. E 1999 p. 111 « offres dans le cadre du redressement judiciaire : plan de cession » par D. Wernert ; D. 1997 Somm. p. 3 obs. F. Derrida ; CA Paris 3ème Ch. A 19 octobre 1999 Act. Proc. Coll. 11 février 2000 n°33 : CA Paris 3ème Ch. A 10 octobre 2000 Act. Proc. Coll. 16 février 2001 n°41; Com. 23 novembre 1999 RJDA 2/00 n°196 ; CA Paris 25 septembre 1996 D. Aff. 1996 p. 1282; Com. 17 mars 1998 D. Aff. 1998 p. 624 ; JCP éd. E 1998 p. 1549 et JCP éd. G 1998 II, 10080 ; RTD Com. juillet-septembre 1998 p. 676 ; D. 1999 p. 236 obs. Y. Picod refusant au débiteur ayant fait l'objet d'un plan de cession une quelconque obligation de non-concurrence envers le cessionnaire ; Civ 3ème.1er avril 1998 RTD Com. oct.-déc. 1998 p. 929 par C. Saint-Alary-Houin ; RJDA 6/98 n°771 : le plan de cession n'étant pas une aliénation volontaire rend inopérent le droit de préemption et CE 6 octobre 1995 RJDA 2/96 n°276 ; G. Teboul : « Le plan de cession : actualité » Gaz. Pal. 4, 5 juillet 2003 p. 4, 5.

[747] Com. 14 mars 2000 RJDA 6/00 n°699 et Dict. perm. Difficultés des entreprises 10 avril 2000 « plan de cession » n°11.

[748] H. Mazeaud, L. Mazeaud et J. Mazeaud et F. Chabas : « Leçons de droit civil » Les biens tome II volume II 7ème éd. Montchrestien n°1539.

[749] H. Berthoud-Ribaute : « Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective » RTD Com. Avril-juin 2003 p. 259 et s.

[750] Concernant le plan de continuation : M. Cabrillac et P. Petel « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2001 I, 321 p. 994 : « *les remises de dettes ou délais volontairement consentis participent de la nature judiciaire du plan* » ; concernant le plan de cession, la jurisprudence recours à la notion de quasi contrat : Com. 26 octobre 1999 Bull. Civ. IV n°193, RJDA 12/99 n°1359, Droit des sociétés février 2000 Sociétés en difficulté par Y. Chaput n°28, Act. Proc. Coll. 10 décembre 1999 n°254, JCP éd. E 2000 n°13 p. 563 obs. F. Delfour, D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Comm. p. 383 obs. A. Pelissier. Cette notion apparaît cependant étrangère au plan de cession. En effet, s'il n'y a pas de doute que l'offre du candidat à la reprise s'analyse en un engagement unilatéral de volonté, en revanche la notion de quasi contrat repose sur un lien établi entre deux personnes à l'initiative d'une seule, ce qui semble ne pas pouvoir s'apparenter au plan de cession. En effet, c'est le tribunal qui ordonne la cession marquant ainsi une judiciarisation (presque) totale de ce plan ; en ce sens : A. Honorat « Redressement et liquidation judiciaires » D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm.Comm. p. 328 ;

législateur et par la jurisprudence à l'occasion du plan de cession (A) comme de continuation (B).

A – *L'inexécution du plan de cession*

238. Le législateur, en prévoyant la résolution du plan pour cause d'inexécution (1), ne se prononce pas quant aux conséquences de cette dernière en ce qui concerne l'ouverture d'une nouvelle procédure collective du débiteur (2).

1 - *La résolution*

239. Prévue à l'article L 621-91 alinéa 4 du Code de commerce, le terme de résolution du plan est une qualification juridique qui s'applique mal au plan de cession. En effet, le mot utilisé, tant vis à vis du droit des obligations que des principes de procédure, ne semble pas pouvoir s'appliquer aux conséquences de l'inexécution du plan (a). A l'inverse une autre approche apparaît plus judicieuse (b).

a) – *La critique du terme « résolution »*

240. L'origine de la « *résolution* » étant liée à l'inexécution des obligations contractuelles qui ont pour fondement l'article 1184 du Code civil, il apparaît particulièrement spécieux d'appliquer ce mécanisme à l'inexécution du plan. En effet, le fondement essentiel du plan étant le jugement qui l'arrête, il n'apparaît pas possible d'utiliser les règles du régime

A. Pelissier : « Nature et sanction de l'engagement du cessionnaire de l'entreprise en difficulté » D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Comm. p. 383 et s. pour qui le régime de responsabilité ne peut être que délictuel du fait du visa de l'article 62 de la loi de 1985. La Cour de cassation semble suivre cette approche, bien que l'action fut intentée non par le repreneur mais par un tiers : Com. 28 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 210 obs. A. Lienhard ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2000 I, 269 p. 2020. Le plan de cession est avant tout une décision de justice qui permet d'assurer la transmission des entreprises en difficulté selon une modalité toute particulière détachée des régimes généraux (en ce sens : J. L. Courtier R. J. Com. juin 2000 n°1557 sous Com. 8 décembre 1998).

général des obligations[751]. Etant un régime autonome qui permet le transfert d'une entité économique, le plan de cession ne peut être rattaché, de par sa nature, à un régime général connu[752]. De plus, le principe de rétroactivité lié à la résolution fait naitre des interrogations lorsque l'on analyse ses conséquences vis à vis du plan.

La résolution ne semble pas produire les mêmes effets selon que l'inexécution résulte du locataire-gérant (article L 621-98 du Code de commerce), entraînant la résolution du plan sans rétroactivité et la résiliation du contrat de location-gérance[753], et celle prononcée sur le fondement de l'article L 621-91 alinéa 4 du Code de commerce. En ce dernier cas, la rétroactivité autorise le retour des biens cédés dans le patrimoine du « *débiteur* », étant fait observer que la jurisprudence distingue entre le jugement arrêtant le plan de cession et les conventions conclues pour son exécution[754]. De cette distinction, il apparait qu'en cas de résolution du plan de cession, les conventions qui en découlent ne sont pas de plein droit remises en cause par cet effet, une demande distincte devant être introduite. Ce raisonnement n'est pas à l'abri de critiques puisqu'une indivisibilité existe entre les actes passés en vertu du plan de cession et ce dernier, de sorte qu'il apparaîtrait logique que l'inexécution du plan entraînât « *la résolution* » des actes pris en son application[755]. Le plan de cession constitue une opération complexe qui, en cas d'inexécution de la partie principale (le plan), s'étend à

[751] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises » Dalloz 3ème éd. n°445 ; J. B. Seube : « Réflexion sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 564 ; C. Saint-Alary-Houin RTD Com.oct.-déc. 1998 p. 334 : « *...le plan n'est pas un contrat. Finalement, le recours aux principes généraux du droit est un moyen commode de rendre un arrêt...de principe sans autre justification* » ; C. Regnaut-Moutier R. J. Com.juin 2000 n°1558 sous CA Toulouse 2ème Ch. 2ème sect. 8 avril 1999 ; G. Teboul : « Le plan de cession : actualité » Gaz. Pal. 4, 5 juillet 2003 p. 4 et 5.

[752] Com. 15 janvier 1991 JCP éd. E 1991 I, 44 note M. Cabrillac ; J. B. Seube : « Réflexion sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 565.

[753] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » Dalloz 3ème éd. n°2114.

[754] J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 567, 568 ; Com. 6 janvier 1998 D. Aff. 1998 p. 256 obs. A. Lienhard ; Soc. 8 juin 1999 Bull. Civ. V n°263 ; Soc. 10 janvier 1995 RPC 1996 p. 104 n°20 ; Com. 11 avril 1995 RPC 1996 p. 102 n°19 ; Com. 16 octobre 2001 Act. Proc. Coll. 7 décembre 2001 n°251 ; S. Chatelon et F. Grillier : « Les conséquences incertaines de la résolution du plan de cession » RPC mars 2002 p. 47 et s.

[755] Il s'agit en l'espèce d'une indivisibilité objective tenant à l'économie même de l'opération : Com. 4 avril 1995 D. 1996 Jur. p. 141 et s. obs. S. Piquet.

tous ses accessoires (contrats permettant sa mise en oeuvre) impliquant une autre qualificiation que la « *résolution* » (b).

b) – *La qualification applicable*

241. Le plan de cession n'étant pas exécuté, il convient de replacer les parties dans l'état qui était le leur au moment où le tribunal l'arrêtat. Le terme « *résolution* » ne pouvant s'appliquer à une décision judiciaire passée en force de chose jugée[756], seule la caducité peut être envisagée. Cette notion, résultant d'un événement postérieur au plan qui lui fait perdre son efficacité[757], semble parfaitement applicable aux conséquences de son inexécution. De ce fait, le « *débiteur* » voit sa situation se modifier puisque son « *expropriation* » cesse (2).

2 - *La place du « débiteur » postérieurement à la résolution du plan de cession*

242. La « *résolution* » du plan a pour conséquences que le chef d'entreprise se voit de nouveau placé en redressement judiciaire. Toutefois, une distinction doit s'opérer selon que le tribunal a ou non clôturé la procédure en application des articles L 621-95 du Code de commerce et 106 du décret de 1985 (a), ce qui influence la situation du chef d'entreprise (b).

[756] F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » Dalloz 3ème éd. note n°2117 ; B. Soinne : « Traité des procédures collectives » 2ème éd. Litec n°1737 ; F. Derrida : « Redressement et liquidation judiciaires » D. 1998 Somm. Comm. p. 6 : « *la résolution du plan en renforce l'autorité (du jugement) car elle constitue une sanction supplémentaire de la violation de ce jugement, s'ajoutant à son exécution forcée* » ; F. Derrida : « Redressement et liquidation judiciaires » D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. p. 5.

[757] B. Starck, H. Roland, L. Boyer : « Les obligations » 4ème éd. Litec n°869 ; P. Malaurie et L. Aynes : « Droit civil - Les obligations » 2ème éd. 1990 Cujas n°541 ; J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédure collectives » JCP éd. E 1999 p. 565 note n°11.

a) - *L'état de la procédure*

243. Le défaut de régularisation des actes nécessaires à la cession, comme le non-paiement du prix de cession, ne permet pas au tribunal de clore les opérations. Ainsi, la résolution du plan place-t-elle le « *débiteur* » dans la situation qui était la sienne avant le jugement arrêtant le plan. La période d'observation se poursuit, lui offrant soit la possibilité d'établir un plan de continuation, soit la perspective d'un nouveau plan de cession ou enfin la liquidation judiciaire[758]. Toutefois selon nous, en cas de clôture des opérations de cession, la résolution du plan peut être prononcée[759], donnant ainsi naissance à l'ouverture d'une nouvelle procédure[760](b).

b) – *La position du chef d'entreprise*

244. Une partie de la doctrine[761], en raisonnant par analogie tant vis à vis du plan de continuation que face à la location-gérance dans le cadre d'un plan de cession, abonde dans le sens de l'ouverture d'une nouvelle procédure à quelqu' époque que la résolution survienne.

Cette conception est d'une importance toute particulière en cas d'inexécution, quant à la mise en oeuvre des sanctions personnelles pour des fautes antérieures au jugement

[758] J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 568 ; CA Paris 5ème Ch. A 9 février 2000 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 200 et s. obs. A. Lienhard ; Civ 3ème. 7 novembre 2001 D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 3619 et s. obs. A. Lienhard ; S. Chatelon et F. Grillier : « Les conséquences incertaines de la résolution du plan de cession » RPC mars 2000 p. 49 ; G. Teboul : « Le plan de cession : actualité » Gaz. Pal. 4, 5 juillet 2003 p. 9.

[759] A l'instar de Com. 28 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 210 et s. ; Dict. perm. Difficultés des entreprises 10 avril 2000 p. 6299 n°19a ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2000 I, 269 p. 2020 concernant l'inexécution d'une obligation de faire (maintien de l'activité) vis à vis d'un tiers.

[760] J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 568 - contra : l'unique jurisprudence constituée par CA Paris 5ème Ch. A 9 février 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 200 et s. obs. A. Lienhard.

[761] B. Soinne RPC 1989 p. 172 ; F. Pérochon et R. Bonhomme : « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement » 3ème éd. LGDJ 1997 n°360 ; J. P. Hael « L'inexécution des engagements » P. A. 16 juin 1993 p. 39; J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 569.

d'ouverture[762]. La Cour de cassation n'a pas tranché la question, bien qu'elle ait eu la possibilité de le faire[763], lors de l'infirmation d'un arrêt qui appliquait les dispositions de l'article 80 de la loi de 1985 (L 621-82 du Code de commerce) à l'inexécution d'un plan de cession. Pour autant, la liquidation ne semble pas la sanction automatique de la résolution du plan de cession ainsi qu'il en est du plan de continuation (B).

B – *L'inexécution du plan de continuation*

245. La situation du chef d'entreprise en cas d'inexécution de son plan de continuation est réglée par le législateur à l'article L 621-82 du Code de commerce[764]. Le jugement arrêtant le plan de redressement fait recouvrer au chef d'entreprise tous ses pouvoirs, à l'exception de ceux attribués au commissaire à l'exécution du plan[765], tout en les lui faisant perdre lorsqu'il est fait application de l'article L 621-82 du Code de commerce. Cependant, en se fondant sur les mêmes griefs que ceux relatifs au plan de cession, la solution dégagée ne s'imposait pas avec évidence (1), bien qu'elle soit désormais clairement affirmée (2).

1 - *Les enjeux en présence*

246. A l'instar du plan de cession, la résolution du plan de continuation met fin à ce dernier tout en laissant en suspens la question relative à son influence sur la procédure de redressement judiciaire, malgré les termes de l'article L 621-82 du Code de commerce. Cet aspect se doit d'être étudié par rapport aux règles relatives à la caducité des actes juridiques

[762] C. Regnaut-Moutier R. J. Com. Juin 2000 n°1558 sous CA Toulouse 2ème Ch. 2ème sect. 8 avril 1999.
[763] Com. 10 décembre 2002 Act. Proc. Coll. 28 février 2003 n°49 obs. C. Regnaut-Moutier.
[764] L'inexécution du plan de continuation se traduit par l'ouverture d'une nouvelle procédure collective qui ne peut être, depuis 1994, qu'une liquidation judiciaire.
[765] Soc. 27 novembre 2001 Act. Proc. Coll. 18 janvier 2002 n°11.

(b), sans occulter les origines de la nouvelle procédure qui puise sa substance dans l'inexécution du plan (a).

a) - *L'origine de l'inexécution*

247. En posant le principe que l'inexécution du plan entraîne pour le débiteur la résolution de ce dernier et l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, le législateur rend autonome les procédures. Pour autant, cette autonomie n'est que relative puisque la seconde procédure prend sa source à l'occasion de l'inexécution de la première, sans pour autant véritablement rétroagir[766]. Ainsi, les créanciers soumis au plan doivent à nouveau déclarer leurs créances[767]. De même, la loi applicable à la seconde procédure dépendra de la date du jugement d'ouverture de cette dernière[768]. Celle-ci pourra replacer le débiteur en procédure de redressement qui ne pourra tendre qu'à un plan de cession ou à la liquidation en application de la première mouture de l'article 80 de la loi de 1985

L'ouverture de cette seconde procédure fait à nouveau courir à l'encontre du chef d'entreprise des délais de prescription propres au prononcé d'une sanction[769], dont le point de départ est le jugement ouvrant la nouvelle procédure. La résolution du plan prévue à l'article L 621-82 du Code de commerce, relative à l'inexécution par le débiteur de ses engagements, n'apparaît pas logique dès lors qu'un événement extérieur à sa personne et postérieur au jugement arrêtant ledit plan survient. L'intérêt d'appliquer les règles issues du droit commun apparaît dès lors que l'on envisage la situation du « *débiteur* ».

[766] C. Regnaut-Moutier sous CA Toulouse 2ème Ch. 2ème sect. 8 avril 1999 R. J. Com. juin 2000 n°1558 ; J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressements dans les procédures collectives » JCP éd. E 1999 p. 564 et s.
[767] Com. 2 avril 1996 D. 1997 Somm. Comm. p. 78 « Redressement et liquidation judiciaires » par A. Honorat.
[768] Com. 27 octobre 1998 RJDA 1/99 n°82 ; J. L. Courtier : « Procédures applicables à la résolution du plan de continuation » droit des sociétés 2 février 1999 p. 9 et s; Com. 4 janvier 2000 JCP éd. G 2000 II, 10341 note P. M. Le Corre ; A. Lienhard sous CA Paris 5ème Ch. A 9 février 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 200 et s ; CA Versailles 12ème Ch 8 octobre 1998 D. Aff. 1998 p. 2019.
[769] Com. 20 janvier 1998 D. Aff. 1998 p. 253 ; Com. 29 mai 2001 Bull. Civ.IV n°105 ; Act. Proc. Coll. 6 juillet 2001 n°158 ; D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2033 et s. obs. A. Lienhard.

b) - *La caducité*

248. La position du chef d'entreprise, comme celle de ses créanciers, peut être critique lorsqu'il est fait application du mécanisme institué par le législateur. Aussi, un courant s'est-il dessiné afin de faire échec à cette « *résolution du plan* » suivie d'une liquidation judiciaire, qui fonde son analyse sur la notion de caducité du plan de continuation. La survenance d'un événement postérieur au jugement qui arrête le plan et indépendant de la volonté du débiteur (tel l'état de cessation des paiements) légitimerait le recours à la caducité[770] et exclurait la « *sanction* » visée à l'article L 621-82 du Code de commerce.

En l'espèce, le plan de continuation régulièrement exécuté se voit frappé de caducité, du fait de la survenance d'un nouvel état de cessation des paiements, de sorte que le tribunal ouvrira une nouvelle procédure collective, non sur le fondement de l'article L 621-82 du Code de commerce, mais sur celui de l'article L 621-1[771].

249. Cette conception permet au « *débiteur* » de bénéficier d'un second redressement judiciaire, sauf application de l'article L 620-1 in fine du Code de commerce, qui peut à nouveau aboutir à un plan de continuation. Critiquée par une partie de la doctrine[772], ce raisonnement n'a pas eu l'écho escompté auprès de la Cour de cassation (2).

[770] P. Malaurie et L. Aynes : « Droit civil - Les Obligations » 2ème éd. 1990 Cujas n°541 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer : « Les obligations » 4ème éd. Litec n°869 ; Civ. 3ème 13 juillet 1999 D. Aff. 1999 p. 1461 ; RJDA 10/99 n°1065 quant à la caducité d'une promesse synallagmatique de vente.

[771] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » 2ème éd. Litec n°1628 ; Y. Chaput : Droit des sociétés mars 1999 n°40 note sous Com. 27 octobre 1998 : « *l'article 80 ne vise pas la cessation des paiements (...) le tribunal ouvrirait un redressement ou une liquidation judiciaire selon les critères de l'article 1er !* » ; J. L. Courtier : « Procédures applicables à la résolution du plan de continuation » Droit des sociétés février 1999 n°4 p.1 ; P. M. Le Corre JCP éd. G 2000 II, 10341 note sous Com. 4 janvier 2000.

[772] J. B. Seube : « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives » JCP éd. G 1999 p. 566, 567.

2 - *Une jurisprudence établie*

250. La jurisprudence, après quelques hésitations de la part des juridictions du premier et second degré (a), est désormais fixée par la Cour de cassation (b).

a) – *La position des juges du fond*

251. En fondant leur raisonnement, non pas sur l'inexécution du plan par le débiteur mais sur la survenance d'un état de cessation des paiements, certaines juridictions appliquèrent la théorie de la caducité aux procédures collectives[773]. En ayant une lecture stricte du champ d'application de l'article L 621-82 du Code de commerce, les juges se préoccupèrent essentiellement de la place réservée au chef d'entreprise. Cet assouplissement par le recours à la théorie de la caducité[774] ne doit cependant pas faire illusion, dans la mesure où elle laisse place, éventuellement, à la mauvaise foi de l'entrepreneur. Ce dernier, afin de bénéficier d'un nouveau redressement, préférera honorer « *ses créanciers* » issus du plan plutôt que ceux qui sont postérieurs à ce dernier. Le débiteur profitera d'un nouvel échelonnement de sa dette et tirera avantage des « *oublis* » de ses créanciers qui n'auront pas déclaré leurs créances dans la seconde procédure. Face à ce risque, la Cour de Cassation adopte une position radicale (b).

[773] T. Com. Charleville-Mézières 18 novembre 1999 RG/99-571 ; CA Versailles 13ème Ch. 30 novembre 1995 Droit des sociétés avril 1996 n°76 obs. Y. Chaput.
[774] CA Versailles 13ème Ch. 25 mars 1999 D. Aff. 1999 p. 716 obs. A. Lienhard.

b) – *La position de la Cour de cassation*

252. L'ouverture d'une seconde procédure collective, alors que le plan de continuation est en œuvre, entraîne nécessairement la résolution de ce dernier et l'ouverture d'une procédure de liquidation[775].

Cette « *moralisation des affaires* » avait déjà eu les faveurs de la Cour de cassation, qui ne distinguait pas entre inexécution du plan et nouvel état de cessation des paiements[776]. Cette solution de bon sens a le mérite, d'une part d'unifier les régimes relatifs aux difficultés rencontrées par le débiteur, postérieurement au jugement arrêtant son plan de continuation, d'autre part, de permettre d'éviter les conséquences de sa mauvaise foi qui consisterait à proposer plan de continuation sur plan de continuation, situation particulièrement dangereuse pour ses créanciers. Cependant, le régime de la caducité, et ses conséquences vis à vis de la procédure de redressement judiciaire, sont des plus séduisants en présence d'un chef d'entreprise de bonne foi.

253. La présomption édictée à l'article 2268 du Code civil selon laquelle « *la bonne foi est toujours présumée* » n'a pas été favorablement accueillie par la Cour de cassation. La jurisprudence, désormais établie, pare à toute velléité du débiteur qui tendrait à sauver son entreprise au détriment de ses créanciers.

Les règles des procédures collectives qui régissent « *l'entreprise* », transcendent cette notion d'unité économique afin de s'appliquer à l'intégralité du patrimoine

[775] Avis C. Cass. 10 juillet 2000 Bull.Civ. Avis n°4 ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 404 et s. obs. A. Lienhard ; RJDA 2/01 n°198 ; Act. Proc. Coll. 25 novembre 2000 n°225.

[776] Com. 27 octobre 1998 D. Aff. 1998 p. 2019 obs. A. Lienhard ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. « réserve de propriété – revendication » p.67 par F. Pérochon et D. Mainguy ; RJDA 1/99 n°82 ; Act. Proc. Coll. 4 décembre 1998 n°157 ; Com. 28 novembre 2000 Act. Proc. Coll. 2 février 2001 n°28 ; P. Cordier : « Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire » Chron. RJDA 2/00 p. 95 et s. n°41,43 ; Com. 4 janvier 2000 JCP éd. G II, 10341 obs. P. M. Le Corre ; JCP éd. G 2000 IV n°1285 ; RJDA 2/00 n°194 ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 70 et s. obs. V. Avena-Robardet ; Droit des sociétés mars 2000 n°42 obs.Y. Chaput ; Com. 10 Mai 2005 Act. Proc. Coll. 17 Juin 2005 n°123 obs. C. Regnaut- Moutier.

du chef d'entreprise. Le principe civiliste de l'unité du patrimoine joue pleinement et, comme pour son activité professionnelle, l'entrepreneur va subir les règles du redressement judiciaire dans le cadre de sa vie privée. A l'image de ce qui a été précédemment étudié, l'intervention des mandataires judiciaires ne disparaît pas bien qu'il s'agisse de domaines personnels relatifs à la famille. Cette sphère qui englobe à la fois l'entrepreneur en redressement et ses proches, du fait de l'aspect patrimonial des « *droits de la famille* », légitime la présence des mandataires judiciaires. Les intérêts familiaux, tout comme ceux des créanciers de la procédure, doivent se concilier. Cet aspect, au croisement des droits de la « *faillite* » et de la famille, met en lumière le point particulier de l'interaction du redressement judiciaire sur la vie privée du débiteur (IIème Partie).

Conclusion Chapitre II

La mise en oeuvre des voies de recours, par le débiteur, ressortit de ses droits propres. Toutefois, l'impératif de rapidité des procédures collectives limite les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours, ainsi que les délais dans lesquels le recours doit se faire. La jurisprudence, consciente de la position du débiteur en ce domaine, a une lecture des textes favorable, lui permettant de faire appel des jugements mixtes ainsi que de ceux prononçant la cession forcée des titres (article L 621-59 du Code de commerce). En plus d'ouvrir ces recours réformations à l'encontre de décision non visées par le législateur, les cours et tribunaux octroient, à l'entrepreneur en redressement, la possibilité d'user de recours nullité, en cas de violation d'un principe fondamental de procédure ou d'un excès de pouvoir.

La situation du chef d'entreprise, à l'occasion de cette procédure, tend à s'améliorer dans la mesure ou, en plus des voies de recours, la Convention européenne des Droits de l'homme, d'application directe dans notre droit interne, lui garantit l'efficacité des principes d'impartialité et de respect du contradictoire devant toute juridiction (article 6§1 de la CEDH).

La situation de l'entrepreneur, postérieurement à l'arrêt du plan de redressement de l'entreprise qui est inexécuté a la faveur de la jurisprudence. Celle-ci, lors de l'inexécution et de la résolution du plan de cession ne place pas systématiquement le débiteur en liquidation judiciaire.

Toutefois, en cas de survenance d'un nouvel état de cessation des paiement après l'arrêt du plan de continuation, la Cour de cassation applique les dispositions de l'article L 621-82 du Code de commerce propre à la résolution du plan, bien que les cours et tribunaux retiennent, en faveur pour le débiteur, la théorie de la caducité. Celle-ci permet d'éviter la mise systématique du débiteur en liquidation judiciaire.

Conclusion Titre Second

Les procédures collectives, du fait de leurs finalités, tendent à limiter les prérogatives du débiteur. A l'intérieur de ce régime, il convient d'harmoniser, autant que possible, ses intérêts face à ceux, opposés, de l'entreprise, des salariés et des créanciers. Les pouvoirs propres du débiteur se manifestent, dans le cadre de l'entreprise objet du redressement, par la possibilité d'accomplir des actes conservatoires, de gestion courante ainsi que, lors d'un plan de cession total de la société, d'être désigné comme représentant de celle-ci.

L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire autorise le chef d'entreprise à continuer l'exploitation d'une entreprise autre que celle qui est à l'origine de la procédure voire, d'en créer une nouvelle. La règle civiliste de l'unité du patrimoine s'applique sans restriction aux pouvoirs du débiteur, en l'absence de mission particulière dévolue à l'administrateur judiciaire sur l'entreprise « *in bonis* ». Les pouvoirs propres du débiteur s'exercent essentiellement à l'occasion des voies de recours. Bien que celles-ci soient restrictives, tant par rapport aux décisions susceptibles d'en être l'objet, que face aux brefs délais qui les consacrent, la jurisprudence, dans un esprit favorable au débiteur, tend à lui ouvrir ce domaine. Cette bienveillance à son égard est corroborée par la mise en œuvre directe des principes issus de la Convention Européenne des droits de l'Homme, ainsi que par une conception *in favorem* des cours et tribunaux sur sa situation, en cas d'inexécution du plan de redressement.

Conclusion de la Première Partie

Reflet de la relation qu'entretient la société avec les membres qui la composent, le droit n'est que l'instrument qui met en exergue les conceptions sociales d'une époque. La position du débiteur, à travers le temps, ne dément pas cette règle.

L'entreprise débitrice couvre une large palette de situations, puisque cette notion, plus économique que juridique, rassemble, *lato sensu*, toute entité juridique ayant une activité économique. L'exploitation d'une activité, sous quelque forme que ce soit, doit être prise en compte, de sorte que son exercice, à titre personnel comme sous forme sociale, soit régi par les mêmes dispositions. Seuls quelques particularismes existent, du fait de la taille de l'entreprise, qui toutefois ne remettent pas en cause les pouvoirs du chef d'entreprise à l'occasion du redressement. Les droits de ce dernier varient en fonction de l'aspect sociétaire ou personnel de l'entreprise. Pour le débiteur personne morale, l'exercice de ses droits se cantonne à son objet, voire plus strictement à son activité ; il en va différemment d'un débiteur personne physique. Ce dernier, du fait du principe de l'unité du patrimoine, verra l'influence de la procédure atteindre les actes relatifs à sa vie privée, dès lors qu'ils auront une incidence patrimoniale. Cette approche, vie professionnelle- vie privée, retiendra cette démarche didactique qui, pour cette présentation, se limitera aux droits du débiteur dans le cadre de sa vie professionnelle.

La discipline collective impose, pour le débiteur, qu'il subisse une réduction de ses prérogatives. Celle-ci naît de la présence d'un administrateur (dont le tribunal fixe la mission) ainsi que de l'autorisation à recueillir pour l'accomplissement de certains actes. Le clivage entre le régime général et le régime simplifié du redressement influe à la fois sur la mission de l'administrateur et sur la durée de la période d'observation. Les répercussions sur le débiteur demeurent importantes puisqu'elles permettent de déterminer ses prérogatives par déduction de celles reconnues à l'administrateur. Plus encore, la durée de la période d'observation, telle

qu'interprétée par la jurisprudence, confère au débiteur une faculté propice à son redressement. L'exercice de ce pouvoir partagé, dans la direction de l'entreprise, doit également se concilier avec l'autorisation (du juge commissaire ou du tribunal) relative à l'accomplissement de certains actes limitativement prévus. Malgré l'application de règles de droit strict, la jurisprudence tempère leurs effets afin de conférer au « débiteur » le maximum de droit (Com 26 juin 2001) sans toutefois se prononcer sur la nature même de la mesure (articles L 621-57 alinéa 4 et L 621-59 du Code de commerce). Ces dispositions, qui autorisent la reprise de l'entreprise par un tiers, font l'objet d'une interprétation favorable aux intérêts du débiteur de la part des cours et tribunaux quant aux voies de recours. Ces pouvoirs propres, dans le cadre de l'entreprise, traduisent la restauration des droits du débiteur et confirment, sauf cas particulier, l'absence d'incapacité issue de la procédure de redressement judiciaire. La loi donne au chef d'entreprise la faculté d'accomplir seul les actes conservatoires et de gestion courante, en plus de ceux qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Cet espace de liberté, non défini par le législateur, est renforcé par un élément factuel issu du droit des sociétés. La mise en œuvre de l'article 1844-7 (7) du Code civil renforce les droits des associés en leur conférant la capacité de nommer un représentant de la société qui, dans les faits, sera l'ancien dirigeant.

L'intéraction entre les organes de la procédure et le débiteur personne physique se manifeste à l'occasion de l'exercice, par ce dernier, d'une activité qui n'est pas en état de cessation des paiements. La question de l'étendue de la mission de l'administrateur sur un domaine autre que celui de l'entreprise en redressement judiciaire se doit d'être posée. Les termes de l'article L 621-23 du Code de commerce (« 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 ») ont pu prêter à confusion, de telle sorte que certaines décisions pourraient suggérer que le principe de l'unité patrimoniale ne s'appliquait pas. En

raison du peu de clarté de la rédaction de l'article L 621-23 du Code de commerce, des controverses éclatèrent quant au champ d'application de la mission de l'administrateur (actes professionnels/actes privés) vis- à- vis du patrimoine du débiteur. L'articulation entre les articles L 621-22, L 621-23 du Code de commerce et le principe de l'unité patrimoniale fut tranchée en faveur de ce dernier. Le débiteur gère son patrimoine sous réserve de la mission conférée à l'administrateur.

La jurisprudence, soucieuse de la limitation des voies de recours du débiteur, corrige cette restriction, notamment dans le cadre de l'arrêt d'un plan de cession, en présence d'une décision mixte. Ce régime permet « d'unifier » les procédures relatives aux plans, spécialement lorsque la continuation est subordonnée à la cession forcée des parts ou actions des dirigeants. La finalité de l'article L 621-59 du Code de commerce étant la même que celle du plan de cession vis- à- vis du chef d'entreprise, l'appel non prévu par l'article L 621-1 du Code de commerce demeure possible sur le fondement de l'article 543 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Achevant la construction des droits du redressé, la jurisprudence, par le biais du régime des recours nullité, pallie l'absence de voies de recours consacrées par le législateur. La position du débiteur, dans le cadre du redressement, est encore renforcée par les dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 6§1) qui lui permettent d'exercer un recours. Essentiellement appliquée à travers la notion d'impartialité, ces dispositions, bien que subsidiaires, trouvent application à l'occasion du mécanisme de la saisine d'office comme lors de la présence du juge commissaire à l'audience.

Pareillement, la situation du débiteur en cas d'inexécution de son plan de cession ne se résout pas uniquement par sa mise en liquidation. Indépendamment du vocable « résolution » utilisé par les textes (article L 621-91 du Code de commerce), la non régularisation des actes de cession ne permet pas au tribunal de clôturer les opérations, de sorte que le débiteur se

retrouve dans la même situation qui était la sienne avant l'arrêt de son plan. Ainsi pourra-t-il (re)présenter un plan de continuation à défaut de candidat à la reprise. Pour autant sa situation, en cas de clôture des opérations de cession, n'est pas aussi réjouissante dans la mesure ou la « résolution » du plan donne naissance à une nouvelle procédure qui ne peut tendre qu'à une liquidation judiciaire, à l'instar de la « résolution » du plan de continuation. Pour ce dernier, l'article L 621-82 du Code de commerce, qui prévoit la résolution du plan et la liquidation judiciaire, ne crée pas d'exception quant à la situation du chef d'entreprise. Malgré une résistance des juges du fond qui appliquent la théorie de la caducité à la survenance d'un nouvel état de cessation des paiements, la Cour de cassation se prononce uniquement sur le fondement de l'article L 621-82 du Code de commerce.

Seconde Partie: Les droits du débiteur dans le cadre de sa vie privée

254. L'intérêt des créanciers doit être préservé afin que ceux-ci puissent être réglés dans le cadre d'un plan de redressement. Pour autant le règlement de la dette ne doit pas laisser le débiteur, ainsi que sa famille, dans un état de précarité. Sa situation, comme celle de ses proches, est parfois directement prévue par le droit de la faillite qui marque de la sorte le lien existant entre vie privée du débiteur et droit du redressement judiciaire.

Le patrimoine de l'entrepreneur qui constitue, aux termes de l'article 2092 du Code civil, le gage général de ses créanciers, implique que ces derniers ne doivent pas souffrir d'une diminution de l'assiette de leur garantie, nonobstant l'application de la loi pour l'initiative économique[777]. La tentation, pour le débiteur ou sa famille, de soustraire certains biens au détriment des créanciers de la procédure peut voir le jour. L'intervention des mandataires judiciaires permet toutefois de limiter ces risques. Les difficultés qui résultent des intérêts divergents entre les créanciers et le débiteur, ainsi que les membres de sa famille, se solutionnent par application des règles du redressement et du droit commun.

Dès lors, une osmose de ces règles doit apparaître, qu'il s'agisse de la mise en œuvre des règles du redressement judiciaire vis-à- vis du débiteur et de sa famille (Titre I), ou dans le cadre de la survenance d'une succession ou d'une libéralité (Titre II).

---oooOOOooo---

[777] « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » par un auteur anonyme D. 2003 Cah. Dr. des Aff. p. 1898 et s. Cette loi (1er août 2003 – JO 5 août 2003 p. 13449 et s.) autorise, aux articles L 526-1 à L 526-4 du Code de commerce, l'entrepreneur individuel à limiter sa responsabilité financière en écartant du gage de ses créanciers professionnels l'immeuble où est fixé sa résidence principale ; S. Piedelièvre : « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel – Loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique » JCP éd. G 2003 I, 165 ; F. Vauvillé : « Déclaration notariée d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant » Act. Proc. Coll. 31 octobre 2003 p. 1.

Titre Premier: L'interaction des règles du redressement judiciaire sur la vie de la famille du débiteur

255. La dénomination « *droits de la famille* » regroupe à la fois un phénomène social et un cadre juridique[778]. Si ce droit confère à la famille un statut, les relations au sein de celle-ci mêlent des aspects personnels (extrapatrimoniaux) et pécuniaires (patrimoniaux) dont les conséquences rayonnent au-delà de ses membres. Le droit patrimonial de la famille, cantonné à ses membres, s'oppose au droit des procédures collectives en ce qui concerne les intérêts défendus. cependant, le droit du redressement judiciaire prend en compte le facteur familial[779]. Pour les situations qui ne sont pas visées par les articles L 620-1 et suivants du Code de commerce, la protection des créanciers reste une préoccupation primordiale face aux relations patrimoniales qui lient le débiteur à sa famille. Le but recherché est d'éviter que le débiteur ne transfert des éléments d'actif à ses proches et cause ainsi un préjudice à ses créanciers. Pour éviter cela, il importe que les organes de la procédure interviennent pour le respect des droits de ces derniers. A ce titre, la mise en œuvre par le débiteur des droits de la famille (Chapitre I) intéresse ses créanciers dès lors qu'ils existe une conséquence patrimoniale (Chapitre II).

[778] G. Cornu : « Droit civil – La Famille » 2ème éd. Montchrestien p.11 et s.
[779] M. Storck : « Droit patrimonial de la famille et procédures collectives de paiements » J. Cl.com. vol.6 fasc.3170 n° 1 ; F. Frelot-Dejas : « Le droit patrimonial de la famille et le droit des procédures collectives » Gaz. Pal. 27-29 janvier 2002 p. 3 et s.

Chapitre I – Les droits de la famille à l'épreuve du redressement judiciaire

256. La communauté de vie reçoit un statut légal au travers de l'institution du mariage et du pacte civil de solidarité. Les règles relatives aux régimes matrimoniaux, de même qu'à leurs modifications durant le mariage, ont des répercutions tant du point de vue personnel que pécuniaire. Bien que les règles du redressement judiciaire tentent de concilier des intérêts opposés, le débiteur ne voit pas ses droits réduits à néant. Hormis l'intervention des mandataires judiciaires, limitée à l'aspect pécuniaire, il dispose de la même faculté d'exercer ses droits que lorsqu'il n'était pas soumis à cette procédure. De même, lui et sa famille ne doivent pas être considérés comme des ilotes sans ressource. Le législateur, conscient de cet aspect, consent à l'allocation de subsides. L'articulation en ce domaine entre subsistance de la famille et modification de la communauté de vie de celle-ci concerne la partie pécuniaire, lieu d'antagonisme et de divergence d'intérêts. Les règles issues des procédures collectives confèrent au débiteur et à sa famille des droits propres (section I), dont les conséquences pécuniaires engendrées en cas de modification ou de fin de la communauté de vie (section II) concernent également la tryptique mandataires, débiteur et ses proches.

Section I – Les droits propres du débiteur

257. La catégorie des « droits exclusivement attachés à la personne » interdit aux créanciers du débiteur d'exercer ses droits personnels, même par le truchement de l'action oblique. En cas de procédure collective, les mandataires judiciaires sont soumis aux mêmes règles. Le domaine de l'administration contrôlée ne concerne que les actes propres au patrimoine du débiteur et de l'entreprise, à l'exclusion de ceux attachés à sa personne. En cette matière, il n'y a pas de différence entre le débiteur en redressement judiciaire, avec ou sans le soutien d'un administrateur, et la personne *in bonis*. La notion de droits propres englobe les droits personnels du débiteur (§1), de même que ceux qui lui assurent, ainsi qu'à sa famille, un minimum matériel (§2).

§1 – Les droits personnels du débiteur

258. Il n'existe aucune exception, quant à la compétence exclusive du débiteur, dans la mise en œuvre de ces droits. Ceux-ci, intimement liés à sa personne, concernent les droits de la personnalité et les actions d'état (A) ainsi que les créations intellectuelles (B).

A) - Les droits de la personnalité et le droit parental

259. Les droits de la personnalité (honneur, personnalité humaine), ainsi que les actions d'état (filiation) ne peuvent être exercés par une personne autre que leur titulaire, même en cas de procédure collective[780]. Toutefois, les conséquences pécunaires de ces droits intéressent les créanciers, de sorte que l'intervention du représentant des créanciers et de

[780] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°1200 ; Soc. 31 janvier 2001 D. 2001. Cah. Dr. des Aff. Comm. p. 2404 et s. note O. Lacamp-Leplaë.

l'administrateur s'exercera[781]. La défense des droits relatifs au respect de l'intégrité corporelle, morale, du nom, de l'image, de la vie privée permet à la personne en redressement judiciaire d'ester en justice. Toutefois, la jurisprudence distingue l'exercice de l'action de ses conséquences[782].

260. Même dans le cas d'une mission de représentation conférée à l'administrateur judiciaire, l'action diligentée en vue de réparer un dommage subi par le débiteur se rapporte à un droit lié à sa personne. Le dessaisissement ne peut être mis en œuvre lorsque l'objet de la demande est extra-pécuniaire. Cependant, le résultat de l'action, dès lors qu'il porte sur une somme d'argent, augmentera le patrimoine du débiteur et servira à désintéresser ses créanciers. Ainsi, le débiteur peut refuser d'agir ou ne demander que l'euro symbolique de dommages et intérêts, voire une condamnation non pécunaire[783], afin de sanctionner l'atteinte portée à son honneur. Dans ce cas, ni les organes de la procédure, ni ses créanciers ne peuvent modifier sa demande.

261. Lorsque le débiteur commet une infraction, l'action publique dirigée contre lui a pour conséquence que l'exercice du droit de se défendre, qui est d'ordre moral, donc personnel[784], n'entraîne pas l'intervention des mandataires de justice, aucun texte ne prévoyant celle-ci. La condamnation du débiteur à une amende lui est personnelle et à ce titre

---

[781] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur déssaisi » RPC 1991-1 n° 6 et s. ; J. Ravanas note sous CA Paris 1ère Ch. A 16 octobre 2001 D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Comm. p. 1167 et s. : « *Le débiteur forme sa demande en toute liberté…S'il n'est non pas la victime mais l'auteur d'une atteinte à la personnalité d'autrui, (…) l'intervention quasi systématique de l'administrateur ou du liquidateur procède d'un esprit de vigilance pour que soient présentés tous moyens de défense concernant les dommages et intérêts réclamés au débiteur* ».

[782] Ass. Plén. 15 avril 1983 D. 1983, 461 note F. Derrida ; CA Paris 1ère Ch. A 16 octobre 2000 D. 2001 Cah. Dr. des Aff. Comm. p. 1167 et s. note J. Ravanas.

[783] L'objectif poursuivi est de contrecarrer les effets dommageables, en atteignant le même public « *que celui qui a reçu l'information diffamatoire, illicite ou erronée* ». Cette réparation, qui n'est pas patrimoniale, échappe au dessaisissement du débiteur.

[784] Crim 21 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 280 et s. obs. A. Lienhard ; Crim. 7 juillet 1932 DP 1933, I, 96 : dans le cas d'une liquidation, aucun texte « *n'impose l'obligation d'appeler en la cause le liquidateur d'un prévenu en état de liquidation judiciaire* ».

inopposable aux créanciers[785], à moins qu'elle ne fût antérieure au jugement de redressement judiciaire et donc supportée sur l'actif de la procédure[786].

262. L'aspect personnel, quant à la mise en œuvre de certaines actions, est patent lors de l'exercice, par le débiteur, des actes relatifs à l'autorité parentale. En tant que parent, il est tenu d'une obligation d'entretien, d'un devoir de garde, de surveillance, d'éducation (articles 371 et suivants du Code civil), dont l'aspect pécuniaire, qui en est le corollaire, intéresse ses créanciers. L'exercice par les parents de l'administration et de la jouissance des biens de leur enfant (articles 382 et suivants du Code civil) ne menace pas les intérêts du débiteur à la suite de l'ouverture, à l'encontre de l'un d'entre eux d'une procédure de redressement judiciaire. L'administrateur légal accomplit des actes conservatoires, d'administration et de disposition mais, pour ces derniers uniquement sur les meubles d'usage courant ou sur les fruits (article 456 du Code civil). En cas de procédure collective de l'un des parents, cela peut permettre le passage au régime de la tutelle. Cette tutelle sera motivée par l'inaptitude du débiteur à gérer les biens de son enfant (article 391 du Code civil) et, pour le cas ou il serait tuteur, son remplacement pourra s'opérer (article 406 du Code civil) pour cause d'inaptitude aux affaires. Les atténuations portées aux pouvoirs du débiteur ne sont pas les conséquences de la mise en place d'une administration contrôlée, mais des règles protectrices de la tutelle. En ce domaine, seule est prise en compte l'attitude de l'administrateur légal ou du tuteur envers les biens de l'enfant, à l'exclusion des incidents professionnels du parent en redressement. La destitution

[785] Crim 28 avril 1997 RPC mars 2000 p.16 obs. F. Macorig-Venier.
[786] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur dessaisi » RPC 1991-1 p. 1 et s; B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°1192 qui considère ces créanciers comme « *hors procédure, même si les faits sont antérieurs au jugement d'ouverture alors que la décision est postérieure* » ; F. X. Lucas : D. 2004 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 55 : « *on a peine à deviner quels sont les contours de cette catégorie des « dettes personnelles » et, les percevrait-on, que l'on ne voit pas bien en quoi le fait qu'elle soit personnelle au débiteur doit conduire à réserver un sort différent à une créance* », à propos des créances nées de la prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire (Com 8 octobre 2003).

de ce dernier résulte nécessairement d'une décision du juge des tutelles[787]. A défaut, le débiteur, même dessaisi, dispose toujours de l'autorité parentale et d'un droit d'usufruit universel sur les biens de ses enfants (article 382 et suivants du Code civil)[788]. Après paiement des charges (entretien des biens, nourriture, paiement des dettes…), les revenus deviennent la propriété de l'administrateur légal et, en cas de redressement judiciaire de ce dernier, serviront à désintéresser ses créanciers. Ceux-ci n'ont pas d'action sur le droit d'usufruit, de sorte que le débiteur, qui dispose de l'administration légale, peut être tenté d'augmenter les charges, afin de minorer les sommes qu'il perçoit. Les créanciers du débiteur ne pourront agir par le mécanisme de l'action oblique, eu égard à la nature personnelle de l'administration légale, pas plus que par le biais de l'action paulienne; l'origine de leur préjudice résultant d'un refus de s'enrichir et non d'un acte d'appauvrissement[789]. Le mandataire de justice (représentant des créanciers ou administratreur) ne pourra parvenir à un résultat pour la poursuite duquel les créanciers ont échoué. En effet, les sommes issues du patrimoine du mineur peuvent lui être affectées sans jamais être entrées dans celui du débiteur.

263. Plus encore, les parents peuvent établir une convention de délégation de l'autorité parentale sous couvert d'un jugement (article 376-1 du Code civil). Par ce procédé, le parent administrateur légal en redressement judiciaire pourrait, avec l'accord de son conjoint, détourner les revenus de l'enfant vers le patrimoine de ce conjoint. Cependant, afin que les sommes issues de ce montage échappassent aux créanciers de la procédure collective, encore faudrait-il que le régime matrimonial des époux ne fût pas communautaire car, en ce cas, les revenus seraient qualifiés de biens communs et accroisseraient ainsi le droit de gage des

[787] H. Mazeaud, L. Mazeaud par F. Chabas : « Leçons de droit civil » Tome I vol II 7ème éd. Montchrestien n° 608.
[788] H. Mazeaud, L. Mazeaud par F. Chabas : « Leçons de droit civil : les biens » Tome II vol II 7ème éd. Montchrestien n° 1659.
[789] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur dessaisi » RPC 1991-1 n°38, pour que l'action paulienne soit recevable, « il faudrait arriver à démonter que les revenus tirés de la jouissance peuvent constituer un patrimoine propre au débiteur. A supposer qu'avant le jugement d'ouverture, le débiteur aît toujours conservé pour lui une partie des revenus du mineur et que pendant la procédure, il décide de les affecter en totalité au mineur ».

créanciers de l'époux en redressement. La convention de délégation de l'autorité parentale, eu égard à son caractère extra-patrimoniale, pourrait être accomplie sans la mise en cause de l'administrateur judiciaire ou du représentant des créanciers, à l'instar des créations intellectuelles (B).

B) – <u>Les créations intellectuelles</u>

264. La nature mixte de ces créations fait que leur auteur ou inventeur est moralement et pécuniairement lié à elles. Qu'il s'agisse de l'auteur sur son œuvre ou de l'inventeur[790], le droit moral permet d'assurer la protection de ses intérêts extra-patrimoniaux. Leur titulaire est libre de l'exercer ou non, sans que quiconque puisse s'immiscer. Le droit moral, qui se situe en dehors du « monde des biens », fait que son exercice, en cas de redressement judiciaire, ne subit pas l'atteinte des mandataires judiciaires. Le débiteur, auteur ou artiste, assure ainsi personnellement la défense de son droit de divulgation, de paternité et le respect de son œuvre. Cependant, les conséquences pécuniaires tirées de son exploitation ou d'actions qui tendent à son respect, font partie de l'actif du chef d'entreprise et intéressent, à ce titre, ses créanciers. Le droit de divulgation appartient au débiteur-auteur, qui l'exerce de façon discrétionnaire, et est libre de faire entrer ou non son œuvre dans le commerce. L'administrateur judiciaire ne peut forcer le débiteur à divulguer sa création, pas plus que ses créanciers ne le peuvent. En cas de divulgation de l'oeuvre, les fonds perçus relèvent du gage de ses créanciers, ce qui implique l'intervention de l'administrateur judiciaire. Pour autant, et bien que la divulgation aît déjà eu lieu, le débiteur-auteur dispose d'un droit de repentir qui permet de retirer l'autorisation d'exploiter l'œuvre, à charge d'indemniser le cessionnaire (article 32 de la loi du 11 mars 1957). L'absence de divulgation, ainsi que l'exercice du droit de repentir par l'auteur en redressement judiciaire, tient cependant davantage de l'hypothèse d'école que de la réalité. En effet, l'exploitation de l'œuvre est source de revenus et, à ce titre,

[790] A. Chavanne et J. J. Burst « Droit de la propriété industrielle » 4ème éd. Dalloz.

d'une importance capitale qui permet la mise en œuvre d'un plan de continuation. L'inexploitation engloberait deux situations : d'une part celle de l'auteur disposant de revenus suffisants pour mener à bien son redressement, ce qui est rare ; d'autre part, le cas du débiteur-auteur qui, pénalisé par une activité qui n'est pas viable, souhaiterait sa mise en liquidation judiciaire et la clôture de celle-ci pour insuffisance d'actif dans les plus brefs délais (article L 622-32 du Code de commerce) afin d'exploiter, ultérieurement, son œuvre sans que ses anciens créanciers ne puissent percevoir le moindre revenu. La mise en œuvre du droit de repentir par le débiteur qui invoque un intérêt moral laisse vaine toute saisie du support matériel de l'œuvre effectuée par l'administrateur judiciaire.

Le caractère discrétionnaire des droits divulgation et de repentir s'applique *erga omnes*[791].

265. De même que pour le droit d'auteur, l'inventeur dispose d'un droit moral qui l'autorise à se désigner auteur ou à s'opposer à ce qu'une autre personne prenne cette qualité. Les droits des créanciers n'existent que quand il y a un dépôt ou un brevet et, à défaut d'application pratique, la découverte n'entraîne aucune conséquence. L'exploitation de l'invention, même en l'absence de brevet, produit des revenus qui, pour tout acte ou action de l'inventeur-débiteur, nécessite l'intervention de l'administrateur judiciaire. En cas de dépôt d'un brevet, l'administrateur et/ou le débiteur peuvent le céder, concéder une licence, de même qu'ils peuvent agir en contrefaçon. En matière de brevet ou de marque, le droit moral s'efface au profit du droit patrimonial. L'action en contrefaçon ne peut être mise en œuvre que par le breveté ou le licencié, l'inventeur ne disposant pas de cette faculté ne pourra, au plus, qu'intervenir à l'instance.

[791] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°1096 ; A. Chavanne et J. J. Burst : « Droit de la propriété industrielle » Dalloz 4ème éd. n°783 et s.

266. La catégorie des droits personnels ne se cantonne pas uniquement dans la mise en œuvre d'un droit moral lié à la personne du débiteur. Les droits personnels dépassent cette acception et englobent un aspect matériel qui bénéficie au débiteur et à sa famille (§2).

§2 – La situation matérielle du débiteur.

267. Les droits propres du débiteur lui permettent d'assurer, à lui et à sa famille, l'octroi de ressources afin d'éviter qu'ils ne soient plongés dans un état de nécessité. Cette aide s'effectue non seulement au profit de l'entrepreneur individuel en redressement mais aussi en faveur du dirigeant d'une personne morale en procédure collective. Dans les faits, la traduction de cette matérialité se présente sous la forme de l'allocation de subsides (A) et dans la protection du logement familial (B).

A) – Les subsides.

268. Le législateur prévoit, à l'article L 621-21 du Code de commerce, la fixation par le juge-commissaire de la rémunération du chef d'entreprise ou du dirigeant de la personne morale[792], après avis de l'administrateur et du représentant des créanciers. A défaut de rémunération octroyée, le juge-commissaire peut accorder des subsides. Cette notion, essentiellement alimentaire, n'est que la traduction d'un devoir de secours pour l'entrepreneur et sa famille, qui se manifeste soit par un prélèvement sur la trésorerie de l'entreprise, soit par un avantage en nature[793]. L'objectif qui tend à subvenir aux besoins élémentaires du chef d'entreprise et de sa famille[794] se conçoit, à la condition qu'ils ne disposent pas d'une autre

[792] Soc 9 décembre 1988 Droit des Soc. Mai 1999 par Y. Chaput n°77.
[793] CA Paris 4 septembre 2000 1ère Ch. A. RJDA 1/01 n°53 ; TGI Béthune Ch. com. 27 février 2004 D. 2004 Cah. Dr. Des Aff. Act. Jur. p. 700 qui applique l'article L 621-21 C. com. en cas de liquidation judiciaire et accorde au débiteur la faculté « de continuer à se rendre au travail dans la voiture usagée de faible valeur » tout en lui imposant « l'obligation d'assurer et de maintenir en bon état d'entretien la BMW en cause » ; T. Com. Paris 17ème Ch. 30 novembre 1999 Act. Proc. Coll. 20 octobre 2000 n°201.
[794] A. Martin-Serf J. Cl. commercial vol.5 fasc. 2310 « Mesures et actes conservatoires » n°66.

source de revenus. Ce droit propre reconnu au débiteur échappe à toute saisie, du fait de son caractère alimentaire protégé par l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991. Ce même texte met à l'abri les indemnités versées au débiteur qui sont accordées en réparation des atteintes corporelles qu'il a subies[795], sous réserve qu'elles aient un caractère alimentaire. Cette règle humanitaire, que seul le débiteur peut invoquer, ne se limite qu'à la fraction insaisissable des salaires ou des prestations assimilées. Dans le cadre du redressement judiciaire, la somme versée au chef d'entreprise servira non seulement à faire vivre sa famille, mais encore à financer la période d'observation de l'entreprise, en vue de l'établissement d'un plan de redressement.

269. Cette catégorie de droit propre, étranger au dessaisissement, concerne également le recours du débiteur à l'encontre d'une décision qui rejette sa demande d'aide aux rapatriés endettés[796]. L'article 100 de la loi du 30 décembre 1997 prévoit la suspension provisoire des poursuites à l'encontre des personnes qui ont déposé une demande de prêt de consolidation[797] auprès des commissions départementales d'aides aux rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, jusqu'à la décision de l'autorité administrative compétente. Ces dispositions s'appliquent à toutes les juridictions, notamment en cas de procédures collectives[798]. Cette protection vis-à-vis du débiteur lui permet, en cas de demande d'ouverture d'une procédure collective, de suspendre celle-ci jusqu'à la décision de l'autorité administrative et, en cas de liquidation judiciaire, d'opposer ces dispositions au liquidateur. Ces mesures personnelles au débiteur, et qui ne peuvent être mises en œuvre que par lui seul, rayonnent sur sa famille et contribuent à assurer sa subsistance. Cependant, les mesures engendrées par ce texte crééent un système de protection qui ne bénéficie qu'à certains citoyens, et dont le caractère

[795] Com 5 février 2002 D 2002 Cah. Dr. Des aff. Act. Jur. p. 887, Act. Proc. Coll. 15 avril 2002 n°88.
[796] Com. 13 novembre 2001 Act. Proc. Coll. 1er février 2002 n°25 ; Civ 1ère 8 janvier 2002 Act. Proc. Coll. 15 mars 2002 n°66 ; S. Tougne : « Les problèmes de droit privé des rapatriés d'Algérie » D. 2000 Chron. p. 491 et s.
[797] Civ 1ère. 3 avril 2002 D. 2003 Somm. Comm. p. 1468 obs. G. Taormina.
[798] B. Travier : « Rapatriés : vers la fin d'une immunité ? » Gaz. Pal. 23,24 juin 2004 p. 34 et s.

exorbitant du droit commun (quant à l'adjudicataire du bien du rapatrié) met à mal le droit des biens (atteinte à la propriété du bien de l'adjudicataire pour une durée indéterminée sans indemnisation), ainsi que les règles de procédure, par l'absence de recours à un juge. La faveur faite aux rapatriés d'Algérie concerne tant les dettes contractées avant le rapatriement, que celles postérieures et relatives à leur installation, pour s'étendre aux difficultés économiques et financières de leur exploitation, qu'elle soit personnelle ou exercée par une personne morale dont le rapatrié est dirigeant. Cette faveur octroyée à une catégorie de personnes par le législateur se heurte au droit communautaire (article 6 §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme) qui s'impose aux juridictions internes[799]. Par ailleurs, la protection recherchée au profit du débiteur et de sa famille, passe par celle relative au logement familial (B).

B) – <u>La protection du logement familial.</u>

270. Dans la perspective d'éviter des drames sociaux, humains et afin d'assurer le maintien dans les lieux des familles victimes de saisies, les communes ont voulu préempter leurs logements pour les confier à des organismes de logements sociaux. L'article L 616 nouveau du Code de l'urbanisme énonce, en cas de saisie d'un immeuble assurant la résidence principale d'une personne qui remplit les conditions de ressources pour l'attribution d'un logement à loyer modéré, qu'il est institué, au bénéfice de la commune, un droit de préemption qui permet au saisi de rester dans les lieux[800]. Le projet initial, en son article 12 ter, prévoyait qu' « *en cas de liquidation judiciaire ou de redressement de l'exploitation agricole, le lieu d'habitation principal de l'exploitation en deçà d'un seuil fixé par décret ne peut être saisi* ». Cette mesure n'a pas, à cette époque, été reprise par la loi car elle se serait

[799] CA Montpellier 5ème Ch. Sect. A 16 février 2004 Gaz. Pal. 23, 24 juin 2004 p. 2 et s.
[800] Com 18 mars 1998 RPC mai 2000 n°16 obs. B. Soinne.

retournée contre les agriculteurs en leur interdisant tout emprunt. Postérieurement, le législateur[801], afin de favoriser la création d'entreprise, est intervenue pour permettre à l'entrepreneur individuel de déclarer insaisissable « *ses droits sur l'immeuble où est fixé sa résidence principale* »[802], étape supplémentaire franchie après la loi « Madelin »[803]. Désormais, l'entrepeneur individuel peut soustraire sa résidence du droit de gage de ses créanciers professionnels, postérieurs à la publication de la déclaration[804]. Cette déclaration confère à l'entrepreneur et à sa famille une relative sécurité quant à leur résidence principale, puisque seuls les créanciers personnels du déclarant, ainsi que ses créanciers professionnels antérieurs à la publicité, pourront poursuivre la réalisation du bien. Cette disposition, favorable aux intérêts du débiteur et de sa famille est inapplicable au dirigeant de la personne morale en redressement. En l'absence de protection de ce dernier, qui s'est porté caution des engagements de sa société, le risque est grand pour celui- ci qui pourra, dès l'arrêt du plan de redressement de la société, être actionné par le créancier bénéficiant de cette garantie.

271. En cas de redressement judiciaire, l'arrêt des voies d'exécution rend pleinement efficace la nouvelle loi. Toutefois, l'insaisissabilité peut être remise en cause, à l'occasion du redressement judiciaire. C'est ainsi d'une part que le décès de l'entrepreneur fait perdre à ses héritiers le bénéfice de la déclaration d'insaisissabilité. D'autre part le divorce, ainsi que le changement de régime matrimonial fait que, lorsque la résidence n'est pas mise dans le lot du déclarant, son insaisissabilité disparaît. Enfin, le financement de la période d'observation suppose que l'entrepreneur aît recours à des dispensateurs de crédit qui, à titre de garantie,

[801] Loi pour l'initative économique du 1er août 2003 : loi n° 2003-721 du 1er août 2003 JO 5 août 2003 p. 13449.
[802] F. Vauvillé : « Déclaration notariée d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant » Act. Proc. Coll. 31 octobre 2003 p. 1 ; T. Montéran : « Avocats, protégez-vous ! la déclaration d'insaisissabilité, une protection peu onéreuse et efficace du patrimoine familial de l'avocat » Gaz. Pal. 9-11 mai 2004 p. 2 et s.
[803] Loi n° 94-126 du 11 février 1994 JO 13 février 1994 p. 2493 qui prévoit la prise de garanties et des poursuites des créanciers sur les biens professionnels avant de porter sur des biens personnels.
[804] D. Autem : « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepeneur individuel » Defrénois 15 mai 2004 art. 37890 ; S. Piedelièvre : « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepeneur individuel – Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique » JCP éd. G. 2003 I, 165.

solliciteront sa renonciation à l'insaisissabilité de la résidence. Le droit qui est reconnu de protéger des créanciers le bien, qui aura souvent le plus de valeur, n'est qu'un trompe l'œil qui masque le principe de l'unité du patrimoine et les réalités économiques du financement de l'entreprise. La protection de la résidence principale de l'entrepreneur, pour aussi séduisante qu'elle apparaisse, ne semble pas adaptée à la vie des affaires, d'autant plus à l'occasion de l'ouverture d'une procédure de redressement où le besoin en crédit est un impératif. La volonté du législateur de protéger le logement de la famille, afin de donner un nouvel essor à la création d'entreprises, est louable mais reste inadaptée au financement de la période d'observation et plus généralement à celui de l'entreprise *in bonis*. Cette protection accrue du débiteur et de sa famille, quant à l'élément fondamental du « patrimoine familial », se manifeste également lors de la mise en œuvre de l'aide personnalisée au logement.

272. Cette aide, insaisissable et incessible, est octroyée afin que la personne réduise ses dépenses de logement, par l'allègement des charges relatives à son financement[805]. Cette aide, qui est directement versée au prêteur, n'est pas remise en cause à l'occasion d'un plan de continuation. Sauf exceptions prévues par l'article L 351-9 du Code de la construction et de l'habitat, l'aide n'est jamais payée directement au bénéficiaire, l'établissement prêteur la perçoit et la déduit des charges de remboursement du logement. L'aide, du fait de son affectation au logement, n'autorise pas la banque, lors d'un plan de continuation, à la restituer au débiteur[806]. Seul le créancier prêteur peut la percevoir et, de la production de sa créance au passif du débiteur, il convient de déduire l'aide perçue des sommes qui lui sont versées dans le cadre du plan. L'affectation de la somme au logement renforce la protection de ce dernier et permet, en cas de plan de continuation, de réduire la créance de l'établissement prêteur et, partant le passif du débiteur. Ces règles, destinées à favoriser l'entrepreneur et ses proches,

[805] P. Cordier : « Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire » RJDA 2/00 p. 95 et s. (n°24).
[806] Com 24 novembre 1998 D. Aff. 1999 p. 175 obs. V. Avena-Robardet.

marquent le peu de différence qui existe entre l'entrepreneur en redressement judiciaire et celui *in bonis*. Ce rapprochement de situation se distingue également à l'occasion de l'application des règles relatives aux régimes matrimoniaux (Section II).

Section II – Les règles issues des régimes matrimoniaux.

273. Le mariage, qui est un acte personnel des époux a, quant à ses effets, un caractère mixte. De même qu'en ce qui concerne la famille, les relations extra-patrimoniales coexistent ici avec celles de nature patrimoniale. Ces dernières, à l'évidence, ont leur place au sein de la procédure de redressement judiciaire. Le droit patrimonial de la famille englobe diverses branches du droit civil, dont celle propre aux régimes matrimoniaux. Postérieurement au mariage, les époux peuvent changer de régime (§ 1) et les conséquences de ce changement influent sur la procédure collective (§ 2). Lors de la modification du régime matrimonial du débiteur, un point demeure essentiel qui est de déterminer les biens qui servent de garantie à ses créanciers.

§1 – Les modifications du régime matrimonial

274. Les intérêts de la famille constituent le point cardinal de toute modification du régime matrimonial. Pour autant, en ce domaine, les intérêts des créanciers de l'époux en redressement vont à l'encontre de ceux de sa famille. En effet, le but des époux est (souvent) de maintenir le maximum d'actif au sein de la famille en le transférant du débiteur au conjoint « *in bonis* ». L'intervention des mandataires judiciaires, garantissant la protection des créanciers, permet au contraire d'éviter l'appauvrissement du débiteur. La détermination des biens qui peuvent servir à désintéresser les créanciers de l'époux en redressement, doit être précisée (A) avant d'examiner les modifications susceptibles d'être portées au régime matrimonial (B).

A – Les règles générales

275. Le choix d'un régime matrimonial ne doit jamais être laissé au hasard, ce qui est mis en exergue lors d'une procédure collective. Le régime détermine l'étendue des biens que les créanciers d'un époux peuvent « appréhender ». Le droit des régimes matrimoniaux laisse place à trois catégories de biens : les biens propres à chacun des époux, les biens communs et les biens indivis. L'ouverture d'une procédure de redressement à l'encontre de l'un des époux permet à ses créanciers d'exercer leurs poursuites sur certaines catégories de biens selon que le régime est séparatiste ou communautaire. Toutefois, la preuve de l'appartenance de certains biens au débiteur n'est pas sans présenter de difficultés.

276. A l'occasion de l'adoption par les époux d'un régime séparatiste, les présomptions de propriété prévues au contrat de mariage sont opposables aux créanciers de

l'époux en redressement, dès lors qu'une publication au registre du commerce fut effectuée (article 8 A 4° du décret du 30 mai 1984). Cependant, le représentant des créanciers peut établir par tous moyens que le bien n'appartient pas à l'époux que la présomption désigne (article 1538 alinéa 2 du Code civil). Cette qualification réelle du bien, soumise à la liberté de preuve, vise à déjouer la fraude des époux qui tendrait à diminuer les actifs de celui en redressement, afin d'augmenter ceux de son conjoint. Quant aux biens meubles, est réputé propriétaire l'époux qui peut produire la facture d'achat[807].

277. Pour le cas où les époux ont choisi un régime communautaire, la présomption de communauté s'applique à tous les biens meubles comme immeubles. Aux termes de l'article 1402 du Code civil, la preuve du caractère propre du bien peut être rapportée. Le représentant des créanciers, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan pourront combattre la qualification de bien propre développée par le conjoint « *in bonis* » par tous moyens, afin que cet élément d'actif soit réintégré dans le patrimoine du débiteur. Néanmoins, une autre catégorie de biens suscite des difficultés, celle des biens indivis pour lesquels les droits du débiteur et de ses proches s'opposent à ceux de ses créanciers.

278. Cette catégorie de biens apparaît tant à l'occasion du choix d'un régime séparatiste que communautaire. En effet, le régime de la séparation des biens permet, soit par les mécanismes du contrat, soit par la présomption de l'article 1538 alinéa 3 du code civil, de constituer une masse indivise entre les époux. A défaut de convention d'indivision (article 1873-2 et suivants du code civil), le droit commun s'applique (article 815 et suivants du Code civil). Une distinction est à opérer quant à la date de naissance de l'indivision, avant ou après le jugement de redressement judiciaire, puisque de celle-ci dépendra la garantie des créanciers

[807] « *Entre époux séparés de biens, en fait de meubles, la facture vaut titre* » M. Storck : « Droit patrimonial de la famille et procédures collectives de paiement » J. Cl. commercial. Fasc. 3170 n°49 ; I. Goaziou-Huret : « Divorce et procédures collectives » RTD Com. Octobre-décembre 2002 p. 627 et s.

du débiteur en procédure. Si l'indivision préexiste à l'ouverture du redressement judiciaire, les biens indivis ne sont pas intégrés dans le périmètre de la procédure collective d'un époux indivisaire. Le débiteur, de même que l'administrateur judiciaire pourraient solliciter le partage, ce qui réduirait ainsi le « patrimoine familial ». Le débiteur ou l'administrateur peuvent demander le partage à tout moment, voire ne pas renouveler la convention d'indivision à son terme (article 1872-3 du Code civil). Dans ce cas, l'actif ainsi recouvré augmente le patrimoine du débiteur et va servir à désintéresser ses créanciers à l'occasion d'un plan de redressement. L'hypothèse d'une masse indivise est également présente dans les régimes de communauté. Le redressement judiciaire de l'un des époux, marié sous un régime communautaire, étend le droit de gage de ses créanciers aux biens communs (article 1413 du code civil). Lorsque le prononcé du redressement est antérieur à la dissolution de la communauté, les biens communs sont indivis et les dispositions des articles 815 et suivants du Code civil régissent la matière. A cette occasion, les biens indivis ne feront l'objet d'aucun partage, car l'indivision est inopposable à la procédure collective[808], de sorte que ceux-ci intégrent le patrimoine du débiteur en redressement afin de garantir ses créanciers. Le débiteur, de même que l'administrateur, pourrait solliciter le partage, ce qui aurait pour effet de réduire ainsi le « patrimoine familial » au seul profit des créanciers. Afin de limiter les effets de la procédure de redressement sur le « patrimoine de la famille », le redressé comme son conjoint peuvent opter pour une modification du régime matrimonial.

[808] Com. 18 février 2003 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. « Procédures collectives » par F. X. Lucas et P. M. Le Corre p. 1621 et s. obs. P.M. Le Corre : « *Tout se passe comme si l'indivision, à l'égard de la procédure collective, n'existait pas* » ; Com. 18 février 2003 RJDA 7/03 n°748, JCP éd. G 2003 Chron. « Successions et libéralités » par R. Le Guidec I, 180 p. 2086.

B – La mise en application

279. La volonté des époux de faire échapper aux créanciers de la procédure des éléments d'actif n'est pas une chimère. La volonté de préserver les intérêts des membres de la famille, quant à leur niveau de vie, se heurte toutefois à un contrôle.

Ici encore, l'influence patrimoniale consécutive à l'exercice des droits propres des époux concerne directement les créanciers de la procédure de redressement. Aussi, la modification de leur régime matrimonial voulue par les époux, comme leur volonté d'y mettre fin, se trouve-t-elle nécessairement encadrée par l'intervention des organes du redressement.

280. Le choix d'un régime communautaire, dans la perspective d'une procédure de redressement judiciaire, a des répercussions sur le « patrimoine familial ». Pour atténuer ses conséquences, l'action judiciaire en séparation de biens peut être intentée (article 1443 du Code civil). Le redressement judiciaire est une cause légitime qui permet au conjoint du « failli » de solliciter cette demande en vue de préserver ses intérêts ainsi que ceux de la famille en général. Il est à noter que les effets du jugement prennent naissance à la date de la demande (article 1445 du code civil), à condition que les publicités soient effectuées[809]. Malgré le caractère personnel[810] de cette action, l'intervention de l'administrateur, de même que celle du représentant des créanciers, apparaît nécessaire, afin de rendre la décision opposable aux organes de la procédure eu égard à l'aspect pécuniaire et à la protection des

[809] La demande fait l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales ainsi que d'une mention marginale sur l'acte de naissance de chacun des époux (article 1292 du Nouveau code de procédure civile). De plus, si l'un des époux est commerçant, une publicité modificative au Registre du commerce et des sociétés doit intervenir (articles 12 et 27 du décret du 30 mai 1984).

[810] Com. 3 mai 2001 Droit des Sociétés juillet 2000 n° 102 obs. Y. Chaput : « *la liquidation judiciaire du mari ne peut faire obstacle à la demande de séparation de biens présentée par son épouse* ».

droits des créanciers[811]. Ceux- ci ne pourront alors exercer l'action de la tierce-opposition à l'encontre du jugement de séparation.

Si la procédure prévue à l'article 1294 du Nouveau code de procédure civile leur est impossible, en revanche l'action en nullité de la séparation de biens peut être intentée (article 1444 du Code civil). A cette fin, les poursuites tendant à liquider les droits des parties ne doivent pas avoir débuté dans le délai de trois mois qui suit le jugement passé en force de chose jugée, pas plus que le règlement définitif ne doit être intervenu dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation. L'administrateur, le représentant des créanciers, voire le commissaire à l'exécution du plan disposent de la faculté d'exercer l'action paulienne en cas d'une fraude[812]. La volonté des époux d'user des règles issues des régimes matrimoniaux afin de faire échapper une partie de leur patrimoine au gage des créanciers est une évidence[813]. Cependant, pour le conjoint « *in bonis* » et ses enfants, la séparation de biens judiciaire n'offre de garantie que pour l'avenir[814]. En effet, comme les biens communs peuvent être appréhendés par les créanciers, la demande de séparation présentée postérieurement au jugement d'ouverture ne les préservera pas. L'article 1443 du code civil est un texte préventif et non curatif, dont la mise en œuvre doit être faite avant le redressement judiciaire du conjoint, afin qu'il produise toute son efficacité. Postérieurement au jugement d'ouverture, il n'y a plus de biens communs à préserver puisqu'ils font partie du gage des créanciers de la procédure. Tout au plus, l'avenir du conjoint et de ses proches est assuré par l'article 1443 du Code civil. Pour autant, les règles issues des régimes

[811] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°1199 ; CA Paris 30 octobre 1962 RTD Com. 1963, 647 aux termes duquel l'administrateur peut former appel du jugement rendu avant le prononcé du redressement et qui ne lui a pas été signifié, si la signification du jugement de séparation n'a été faite à l'époux que postérieurement au jugement d'ouverture.
[812] Com. 13 novembre 2001 JCP éd. G 2002 II, 10151 note E. Bost.
[813] Com. 15 février 2000 RJDA 6/00 n°682 pour le cas d'un régime séparatiste, à l'occasion duquel l'épouse donne à bail un terrain sur lequel sont édifiées des constructions payées avec des produits de l'activité commerciale de l'époux liquidé. Ce montage lui permet, à la résiliation du bail, de récupérer l'ensemble immobilier sans en avoir assuré le moindre remboursement.
[814] Civ. 1ère 19 octobre 2004 Act. Proc. Coll. 26 novembre 2004, n°233 note J. Vallansan et J. Leprovaux ; Civ. 1ère 3 mai 2000 Act. Proc. Coll. 16 juin 2000 n°127 ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 294 ; JCP éd. G 2000 II, 10389 note J. Casey ; JCP éd. G I, 309 « Régimes matrimoniaux »par A. Tisserand p. 651.

matrimoniaux trouvent application. Selon l'article 1483 du Code civil[815], les créanciers peuvent saisir les propres du conjoint « *in bonis* » pour la moitié du montant de leurs créances. Cette conséquence redoutable incitera la famille (les époux voulant minimiser les effets du redressement sur la situation des membres de la famille) à s'orienter vers une autre voie. L'article 1443 du Code civil sous-tend un conflit entre les époux qui, s'il n'existe pas vraiment, mérite que la voie d'un accord soit recherchée entre eux, afin d'opter pour un changement de régime matrimonial fondé sur l'article 1397 du Code civil.

281. Ce texte prévoit la modification du régime matrimonial, dans l'intérêt de la famille, par acte notarié et soumis à l'homologation du tribunal de grande instance, après deux ans de mariage. Présentée exclusivement par les époux[816], cette demande ressortit de l'exercice d'un droit personnel de nature familiale. Le juge s'attachera à la recherche d'une fraude vis-à-vis des droits de la famille ainsi que des tiers[817]. La convention de changement de régime matrimonial peut se voir appliquer les règles issues des contrats[818], marquant ainsi une patrimonialisation des relations entre les époux. Le mariage étant déjà parsemé de considérations pécuniaires[819], la mise en œuvre d'une modification du régime matrimonial des époux, dont l'un est en redressement, ne devrait pas être dictée par cet aspect. Cependant, les réalités financières s'imposent aux esprits les plus matériels, faisant en sorte que la majorité des personnes en cette situation optera pour cette voie. L'institution du mariage se voit ainsi reléguée au rang de simple instrument, qui permet aux époux d'assurer à leur

[815] L. C. Henry et D. Fabiani : « Le divorce des époux et la rupture du PACS » P. A. 24 avril 2003 p. 35 et s. qui considèrent que cette disposition ne peut bénéficier qu'aux créanciers du conjoint insolvable excluant les organes de la procédure.
[816] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud par M. De Juglart: « Leçons de droit civil » tome IV vol.1 Montchrestien 5ème éd. n°49-2 (2a).
[817] B. Soinne : « Traité des procédures collectives » Litec 2ème éd. n°1199.
[818] CA Pau 2ème Ch. 15 mai 2000 JCP éd. G 2002 II, 10085 note J. Casey appliquant la sanction du dol à la convention (changement de régime matrimonial au cours de la procédure de divorce conditionné par la reprise de la vie commune. L'objet de la convention semblait contraire à l'article 1128 du code civil car n'étant pas dans le commerce).
[819] J. Casey : JCP éd. G 2002 II, 10085 citant G. Cornu, Introduction, Les Personnes, Les Biens, Montchrestien 9ème éd. p. 199.

famille un certain niveau de vie, au détriment des créanciers de la procédure. Aussi, l'intervention de l'administrateur et du représentant des créanciers doit-elle protéger les créanciers des actes effectués par le débiteur. L'idée de fraude, sous-jacente à la modification du régime matrimonial, se matérialisera à l'occasion de l'adoption d'un régime séparatiste.

L'objectif des époux étant de mettre à l'abri des créanciers leurs actifs, la modification doit se faire, pour une meilleure efficacité, avant l'ouverture du redressement judiciaire. A défaut, cette modification pourra s'opérer durant la période d'observation. Cependant, elle ne préservera le conjoint « *in bonis* » et ses enfants que pour l'avenir. Les conséquences patrimoniales de ce choix apparaissent évidentes, ce qui autorise le représentant des créanciers comme l'administrateur à intervenir à l'instance, voire si la modification intervient au cours de la période suspecte, d'user des articles L 621-107 et suivants du Code de commerce. La frontière entre prévoyance et fraude aux droits des créanciers est ténue[820]. En ce domaine, les règles du Code civil (article 1397) offrent une garantie aux créanciers. Si l'intérêt de la famille est primordial[821], il n'en demeure pas moins que le juge civil peut solliciter des époux, une déclaration relative à leur passif[822]. De plus, si l'instance se poursuit ou débute au cours de la période d'observation, le représentant des créanciers et l'administrateur doivent être appelés dans la cause. Cette condition est obligatoire afin de rendre le changement de régime matrimonial opposable aux créanciers. Dès lors, la procédure visée à l'article 1397 du Code civil, qui prévoit d'une part l'établissement d'une convention notariée et d'autre part son homologation par le tribunal de grande instance, implique l'intervention des mandataires si ce n'est au premier stade, à tout le moins devant le tribunal. Un projet de réforme qui tendrait à

[820] Civ 1ère 22 février 2000 JCP éd. G 2000 I, 245 p. 1368 par G. Wiederkehr : « *l'enchaînement rapide des événements montre que la situation du mari était déjà gravement obérée au moment où le nouveau contrat de mariage a été passé et que celui-ci n'avait été décidé que pour atténuer les conséquences d'une débâcle en cours au détriment des créanciers actuels du mari* ».
[821] Civ 1ère 6 janvier 1976 Bull. Civ. I, 4.
[822] C. Lemaire-Pecriaux : « Le changement de régime matrimonial et les tiers » Gaz. Pal. 19-21 novembre 2000 p. 12 et s.

la suppression de l'homologation judiciaire faciliterait la fraude[823]et la fin de ce contrôle, *a posteriori*, n'autoriserait plus l'exercice du recours prévu à l'article 1397 du Code civil, en l'absence de jugement. Ainsi, l'administrateur, de même que le représentant des créanciers, ne pourront attaquer la convention que sur le fondement de l'action paulienne ou des nullités des articles L 621-107 et suivants du Code de commerce. Ce projet, certes favorable aux époux, ne ferait que renforcer les risques de fraude à l'encontre des créanciers. En effet, même si actuellement, le changement de régime matrimonial obéit à différentes publicités[824] afin de le rendre opposable aux tiers, les époux peuvent faire obstacle à l'exercice de l'action en tierce-opposition de la part des mandataires judiciaires, en procédant aux opérations relatives au changement de régime matrimonial plus d'un an après la publication du jugement d'homologation[825]. Cependant, comme nous le verrons ultérieurement, les créanciers de la procédure ne sont pas désarmés face aux actes accomplis par le débiteur. La modification du régime matrimonial n'est pas le seul moyen dont celui-ci dispose, la procédure de divorce lui permet, tout en assurant le niveau de vie de la famille, de faire échapper des éléments d'actif à ses créanciers (§2).

[823] J. Thierry : « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? » D. 2000 Chron. p. 68 pour qui « *l'intrusion du juge dans le couple conjugal demeure un mal nécessaire* ».

[824] Une publication de la requête en homologation de la convention notariée dans un journal d'annonces légales (art. 1292 NCPC) ; une inscription au répertoire civil de chacun des époux (même article) ; une publication du jugement dans un journal d'annonces légales (art. 1294 NCPC) ; une mention marginale sur l'acte de mariage (art. 1294 NCPC) ; une mention au registre du commerce et des sociétés (art. 8 A 4° et 12(2°) du décret du 30 mai 1984).

[825] C. Lemaire-Pecriaux : « Le changement de régime matrimonial et les tiers » Gaz. Pal. 19-21 novembre 2000 p. 14.

§2 – Le divorce

282. La volonté de restreindre l'assiette des garanties des créanciers, offre à la procédure de divorce par consentement mutuel un terrain propice au débiteur et à son conjoint. En ce domaine, la volonté des époux est prédominante (article 1450 du Code civil). La convention de divorce n'est pas synonyme d'indivision[826] et la distraction d'éléments d'actif, à l'encontre des créanciers du débiteur, est une réalité de la part des époux[827]. Le divorce par consentement mutuel, ainsi que le projet de divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal, se situent au croisement d'intérêts antagonistes (A), dont certaines de leurs modalités sont importantes vis-à-vis du redressement judiciaire (B).

A – Le divorce sur requête conjointe ou pour rupture irrémédiable du lien conjugal

283. La mise en œuvre de ce divorce, à l'initiative des époux, leur laisse le champ libre quant au règlement des conséquences de ce dernier.

284. Le projet de réforme, qui instaure le divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal, se rapproche, quant à la volonté des époux, du divorce sur requête conjointe. Le futur article 259-4 du Code civil invite, lui aussi, le juge à homologuer la convention que les époux lui soumettent[828]. Le divorce sur requête conjointe fait partie des actes purement personnels, exclusivement attaché à la personne des époux. L'importance de l'aspect

---

[826] G. Cornu : Droit civil – La Famille 2ème éd. Montchrestien n° 327 p. 409 ; F. Frelot -Dejas : « Le droit patrimonial de la famille et le droit des procédures collectives » Gaz. Pal. 27-29 janvier 2002 p. 5.

[827] Crim. 29 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 268 pour le cas d'un délit de banqueroute. Antérieurement au jugement d'ouverture, les époux avaient engagé une procédure de divorce par consentement mutuel. L'époux, qui avait conscience de son état de cessation des paiements, a néanmoins, en accord avec son conjoint (marié sous le régime légal) vendu le plus important élément d'actif (maison). A la suite du versement du prix, les sommes furent versées sur un compte au Luxembourg, ouvert au nom de jeune fille du conjoint *in bonis* qui allait divorcer. Postérieurement au paiement, les époux dissimulèrent leur nouvelle adresse, le notaire étant réticent à réveler la destination des fonds, le conseil de l'époux avoua lui avoir prêté main forte. Cette enchaînement de faits était destiné à tromper le mandataire judiciaire afin d'entraîner son inaction.

[828] L. C. Henry et D. Fabiani : « Le divorce des époux et la rupture du PACS » P. A. 24 avril 2003 p. 35 et s.

pécuniaire entraine que l'administrateur, si le débiteur est dessaisi et représenté en application de l'article L 621-137 du Code de commerce, doit intervenir. Il en va de même pour le représentant des créanciers dans le but d'éviter tout recours. Cependant, l'intervention de ces mandataires, eu égard à la nature personnelle de la procédure, ne peut avoir lieu à tous les stades du divorce. L'immixtion de ces organes au sein des relations du couple ne se comprend que par rapport à l'aspect patrimonial, et ne doit pas être étendue hors de ce périmètre[829]. Le divorce sur requête conjointe apparaît comme un « contrat judiciaire »[830] à l'occasion duquel les époux doivent régler les conséquences du divorce, notamment celles relatives à la prestation compensatoire et à la pension alimentaire. La procédure collective peut marquer la volonté des époux d'avantager, financièrement, le conjoint « *in bonis* » au détriment des créanciers. Afin d'éviter cette attitude, et en raison de la nature mixte de ce type de divorce, la présence du représentant des créanciers et de l'administrateur doit être un impératif, tant lors du jugement d'homologation de la convention de divorce que lors du déroulement de la procédure. Que ce soit à l'occasion de l'examen du projet de convention définitive ou pendant sa phase finale, l'audition séparée des époux et des organes de la procédure doit s'opérer. Pour ces derniers, seul l'aspect extra patrimonial du divorce se devra d'être examiné. En effet, l'intérêt des créanciers peut être lésé au moment de la convention par un déséquilibre des lots, par l'octroi d'une prestation compensatoire (abandon de biens propres, notamment pour l'éducation des enfants), par une renonciation aux libéralités et avantages (article 268 du Code civil). Pour éviter que le débiteur amoindrisse son patrimoine au détriment de ses créanciers -

[829] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficulté » éd. Joly n°1833 ; Com. 26 avril 2000 J. Cl. Proc. Juillet 2000 n°164 note C. Laporte ; Act. Proc. Coll. 16 juin 2000 n°126 ; Dr. des Soc. juillet 2000 n°102 obs. Y. Chaput ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 263 et s. obs. A. Lienhard. Cet arrêt précise que les effets du divorce par consentement mutuel prononcé durant la procédure de liquidation judiciaire de l'un des époux sont inopposables à la procédure. La décision est transposable à la procédure de redressement, lorsque l'administrateur a pour mission de représenter le débiteur dessaisi (art. L 621-137 C.com.). L'intervention du mandataire judiciaire, dans un domaine mélant droits extra patrimoniaux et patrimoniaux, apparaît nécessaire afin de donner à la convention toute sa portée. L'administrateur et le représentant des créanciers doivent souscrire à cette convention mais leur intervention dans la procédure de divorce reste à définir… ; H. Lecuyer : « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux » P. A. 24 avril 2003 p. 20 et s: « *la mise en cause de l'administrateur ou du liquidateur si elle est possible n'est pas nécessaire* ».

[830] G. Cornu : Droit civil – La Famille 2ème éd. Montchrestien n°332.

étant fait observer que le juge aux affaires familiales n'est pas obligé de vérifier les intérêts des tiers[831] - les mandataires judiciaires doivent intervenir à l'instance. L'administrateur, s'il dispose d'un pouvoir de représentation, doit signer la convention, faute de quoi les créances issues de celle-ci ne naîtront pas régulièrement après le jugement d'ouverture et ne bénéficieront pas des dispositions de l'article L 621-32 du Code de commerce[832] ; au même titre qu'en cas d'assistance, l'engagement conjoint du débiteur et de l'administrateur est requis. Le représentant des créanciers, s'il ne donne pas son accord à la convention, pourra former un recours en révision (article 593 du Nouveau code de procédure civile) ou, s'il n'a pas été consulté, intenter une action en tierce-opposition (article 1104 du Nouveau code de procédure civile). De plus, les nullités de la période suspecte pourront remettre en cause une convention de divorce lorsque les époux auront voulu « préparer » les conséquences du redressement de l'un d'eux. Un contentieux est susceptible de naître, lorsqu'un recours est formé à l'encontre de la convention compte tenu de l'indivisiblité qui existe entre le divorce et la convention[833].

285. L'annulation de la convention de divorce à la demande du représentant des créanciers et la remise en cause du jugement de divorce[834] expose le débiteur au risque de se retrouver bigame. L'indivisibilité, prônée par le Code civil (article 232), souffrait d'une exception en cas de tierce-opposition, qui rendait la convention inopposable aux créanciers victimes de la fraude des époux, sans pour autant remettre en cause le divorce[835]. Désormais, le droit des procédures collectives crée une seconde exception, en cas d'annulation de la convention diligentée par le mandataire judiciaire sur le fondement de l'article L 621-107 du

[831] V. Guedj : « Irrecevabilité de l'action paulienne dirigée contre la convention définitive homologuée » sous Civ. 2ème 25 novembre 1999 JCP éd. G 2000 II, 10338.
[832] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprise en difficulté » éd. Joly n°1837.
[833] Civ. 2 ème 25 novembre 1999 JCP éd. G 2000 II, 10338.
[834] Civ 1 ère 25 janvier 2000 Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 n°68 ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Der. Act. p.II ; JCP éd. G 2000 IV n°1447 ; J. L. Courtier : « Nullité de la convention définitive de divorce conclue après la date de cessation des paiements » Dr. des Soc. Juillet 2000 p. 10 et s; C. Paquette-Dessaigne : « La primauté du droit des procédures collectives sur le droit de la famille » P. A. 28 février 2001 p. 16 et s.
[835] G. Cornu : Droit civil – La Famille 2ème éd. Montchrestien n°337 p. 422.

Code de commerce. La remise en cause de certains actes patrimoniaux, pris en dehors des intérêts des créanciers, ne modifie pas les relations extra patrimoniales[836]. Cette atténuation à la règle de l'indivisibilité[837] du divorce et de la convention s'y rapportant, met à mal les velléités des époux dans le règlement des conséquences patrimoniales du divorce, et laisse planer sur « la famille » une épée de Damoclès. Désormais, la moralisation du droit des affaires passe également par celui du droit de la famille avec le risque de voir s'opérer des restitutions d'éléments d'actif. Le choix des époux de divorcer par requête conjointe implique l'examen des mécanismes de la pension alimentaire et de la prestation compensatoire.

286. Le redressement judiciaire est sans influence sur les relations personnelles des anciens époux postérieurement à leur divorce. Toutefois, le divorce entraîne une modification de la situation patrimoniale du redressé car des créances d'aliments peuvent être mises à sa charge, au même titre que le versement d'une prestation compensatoire. Lors de la fixation de celles-ci, après le jugement de redressement, de même que lors de leurs révisions (article 282, 293 et 270 du Code civil), le caractère mixte de ces dernières intéresse l'administrateur et le représentant des créanciers. Leur intervention à l'instance demeure nécessaire, afin de rendre la décision opposable aux créanciers[838], malgré le caractère personnel de cette action. La

[836] F. X. Lucas : « Annulation d'une convention de divorce homologuée » Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 p. 1 ; A. Lienhard : note sous Civ. 1ère 25 janvier 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 103 ; C. Paquette-Dessaigne : « La primauté du droit des procédures collectives sur le droit de la famille » P. A. 28 février 2001 p. 19, pour qui, il s'agit uniquement de rétablir l'équilibre et non de faire payer le conjoint » ; I. Goaziou-Huret : « Divorce et procédures collectives » RTD Com. oct-déc 2002 p. 635 ; Civ. 1ère 6 mars 2001 JCP éd. G 2001 II, 10582 note J. Massip et Civ. 2ème 27 janvier 2000 Dr. famille juillet-août 2000 n°86 p. 16 et s. note H. Lecuyer qui ne remettent pas en cause le divorce malgré l'omission d'éléments d'actif comme de passif dans la convention définitive homologuée. Cette lacune peut être comblée postérieurement par une nouvelle convention non homologuée.

[837] J. L. Courtier : « Nullité de la convention définitive de divorce conclue après la date de cessation des paiements » Dr. des Soc. Juillet 2000 p. 10 et s. A l'origine contractuel est ajoutée le caractère juridictionnel du fait de son homologation par le tribunal en même temps que le divorce. Cette indivisibilité s'oppose à la recevabilité d'actions autres que celle prévue à l'article 1104 du Nouveau code de procédure civile, même aux fins d'éviter la fraude. Pour autant, le régime de la procédure collective fait que le patrimoine du débiteur, à partir de la date de cessation des paiements, n'est plus à sa libre disposition. L'amalgame, issu du divorce par consentement mutuel, entre effets matrimoniaux et patrimoniaux se tranche en faveur des dispositions d'ordre public issues des procédures collectives.

[838] M. Storck : « Pensions alimentaires, prestations compensatoires et procédures de redressement et de liquidation judiciaires » RPC 1989-1.

procédure de divorce par consentement mutuel s'inscrit dans un schéma d'opposition radicale entre, d'une part les droits des anciens époux et, d'autre part les droits des créanciers du redressé. Dans cette perspective, le transfert d'actifs, du patrimoine de celui en redressement au profit de son ancien conjoint « *in bonis* » se manifeste par le biais de la prestation compensatoire. Celle-ci, pour le cas particulier du divorce sur requête conjointe, englobe un aspect alimentaire[839] qui se traduit dans un règlement d'ensemble des éléments patrimoniaux[840]. La prestation compensatoire s'apparente à une technique financière[841]dont l'issue peut être un moyen de fraude aux droits des créanciers[842]. Face aux dispositions d'ordre public qui touchent au divorce et aux procédures collectives, la Cour de cassation[843] a tranché en faveur de ces dernières. La protection des créanciers[844] demeure la pierre angulaire de cette construction jurisprudentielle, à l'occasion de laquelle les mandataires judiciaires (administrateur, représentant des créanciers, commissaire à l'exécution du plan) doivent intervenir en présence d'une décision mixte qui concerne le domaine patrimonial. La prestation compensatoire, dans le cas d'un divorce par consentement mutuel, comprend un aspect alimentaire et un aspect indemnitaire[845]. Celle-ci compense la disparité du niveau de vie, conséquence du divorce, et permet à l'un des conjoints de maintenir un train de vie identique, ou d'assurer sa subsistance, voire ces deux objectifs. La détermination entre les éléments alimentaires et indemnitaires au sein de la prestation compensatoire n'est pas

[839] S. Courcelle : « Les prestations compensatoires » Gaz. Pal. 18-19 mars 1998 p. 10.
[840] G. Cornu : « Droit civil – La Famille » 2ème éd. Montchrestien n°328 ; M. Peisse : « Biens des époux / Liquidation patrimoniale et prestation compensatoire » Gaz. Pal. 23-27 avril 2000 p. 47 qui remarque « *qu'en cas de divorce sur requête conjointe, les époux conviennent à la fois du partage de la communauté et du règlement de la prestation compensatoire dont ils fixent le montant, c'est ce qui implique qu'ils décident éventuellement d'un partage inégal de la communauté, l'inégalité des attributions constituant un mode de règlement de la prestation compensatoire* ».
[841] D. Moos : « Prestation compensatoire : une réforme nécessaire ou chimérique ? » Gaz. Pal. 23-27 avril 2000 p. 8.
[842] C. Paquette-Dessaigne : « La primauté du droit des procédures collectives sur le droit de la famille » P. A. 28 février 2001 p. 19.
[843] Com. 16 février 1999 Act. Proc. Coll. 12 mars 1999 n°67.
[844] Com. 26 avril 2000 P. A. 28 février 2001 p.16 note C. Paquette-Dessaigne ; D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p.263 note A. Lienhard ; Dr. des Soc. juillet 2000 n°102 obs. Y. Chaput, Act. Proc. Coll. 16 juin 2000 n°126.
[845] Civ. 2ème 27 juin 1985 D. 1986, 230 note C. Philippe.

possible. La Cour de cassation fait coexister le caractère alimentaire et indemnitaire, tout en laissant prévaloir le premier[846]. En effet, il apparaît qu'en raison du caractère alimentaire, le débiteur « *ne peut par le paiement à due concurrence d'autres sommes se prétendre libéré de sa dette au titre de cette prestation* »[847].

287. La fixation du montant de la prestation compensatoire, et sa révision, lorsqu'elles ont lieu après le jugement d'ouverture, s'effectuent en présence du représentant des créanciers et de l'administrateur judiciaire (en fonction de la mission qui lui est assignée). Ces litiges, qui ont une influence sur la procédure de redressement judiciaire, devraient logiquement être de la compétence du tribunal de commerce (article 174 du décret du 27 décembre 1985). Cependant, c'est le tribunal de grande instance qui reçoit une compétence exclusive en matière de divorce pour fixer, ou modifier, la prestation compensatoire. A ce titre, l'intervention des mandataires judiciaires ne peut s'effectuer à l'occasion de l'intégralité de la procédure devant le juge civil. Les questions intimes ne peuvent être examinées en leur présence[848] et seules celles qui ont une influence patrimoniale doivent échapper à l'arbitraire des époux. L'opposabilité de la mesure aux créanciers du débiteur en redressement est en jeu, ce qui justifie l'intervention du représentant des créanciers et de l'administrateur, de même que l'autorisation du juge commissaire pour que le débiteur, ou l'administrateur, soit autorisé à accomplir un acte de disposition étranger à la gestion courante « *de l'entreprise* »[849].

[846] Com. 8 octobre 2003 JCP éd. G 2003 Act. 513 ; Civ. 2ème 27 juin 1985 D. 1986, 230 note C. Philippe ; Civ. 2ème 9 juillet 1997 JCP éd. G 1998 II, 10033 note E. Pataut qui précise qu'il est exclu que la Cour de cassation distingue, au sein de la prestation compensatoire, entre ce qui est alimentaire de ce qui ne l'est pas.
[847] Civ. 2ème 2 octobre 1997 JCP éd. G 1997 IV n°2208.
[848] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur dessaisi » RPC 1991-1 n°28.
[849] C. Paquette-Dessaigne : « La primauté du droit des procédures collectives sur le droit de la famille » P. A. 28 février 2001 p. 19 : le mandataire *« peut couvrir cette inopposabilité en intervenant à la convention soumise à autorisations* ».

288. La prestation compensatoire peut prendre la forme d'un capital ou d'une rente[850]. Quelque soit la modalité choisie, l'intervention des mandataires judiciaires à l'acte envisagé reste une nécessité[851] pour que la convention, valable *inter partes*, ait un effet *erga omnes* à l'encontre des créanciers du débiteur en redressement.

289. La confrontation de règles d'ordre public, issues de domaines différents, doit donner lieu à une conciliation de celles-ci. Le droit des procédures collectives devrait avoir la primauté, vis-à-vis du droit de la famille, au travers des dispositions générales de l'article L 621-43 du Code de commerce. La généralité des termes n'est pas de nature à entraîner une différence de traitement des créances, dès lors que le fait générateur de celles-ci est antérieur au jugement d'ouverture. La créance née de la prestation compensatoire devrait suivre ce régime, comme le suggère une partie de la doctrine, ainsi que certaines juridictions du second degré[852]. Cependant, par trois décisions de principe, la Cour de cassation[853] n'a pas retenu

[850] Sur la réforme de la prestation compensatoire « *préférant* » le capital à la rente : loi du 30 juin 2000 JO 1er juillet 2000 p.9946, JCP éd. G 2000 Act. p. 1355 ; quant à la proposition de loi : JCP éd. G 2000 Act. p. 393, D. 2000 Dern. Act. p.IV ; A. Benabent : « Prestation compensatoire : la révision des dupes ? » D. 2000 Point de vue p.V ; N. Couzigou-Suhas : « La prestation compensatoire à l'épreuve de la pratique notariale » Gaz. Pal. 23-27 avril 2000 p. 12 ; M. Brazier : « Prestation compensatoire : que peut-il résulter des récents travaux parlementaires ? » Gaz. Pal. 23-27 avril 2000 p. 19.

[851] Pour le cas d'une prestation compensatoire en nature : Com. 26 avril 2000 P. A. 28 février 2001 p. 16, D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 263 note A. Lienhard qui précise au vu de l'arrêt que le débiteur souhaitant divorcer ne pourra « *désormais plus octroyer à (son) conjoint de prestation compensatoire en capital* » ; D. Moss : « Prestation compensatoire : une réforme nécessaire ou chimérique ? » Gaz. Pal. 23-27 avril 2000 p. 6 ; M. Peisse : « Biens des époux / Liquidation patrimoniale et prestation compensatoire » Gaz. Pal. 23-27 avril 2000 p. 46 ; G. Cornu : « Droit civil – La Famille » 2ème éd. Montchrestien n°328 citant « *l'abandon en nature, mais pour la pleine propriété, de biens meubles ou immeubles* ».

[852] M. Storck : « Pensions alimentaires, prestations compensatoires, et procédures de redressement et de liquidation judiciaires » RPC 1989- 1 p. 5, 6 ; Com. 16 février 1999 Bull. Civ. IV n°47 ; Pour une créance résultant de la liquidation d'un régime matrimonial : Act. Proc. Coll. 12 mars 1999 n°67 ; pour le cas d'une vente avec rente viagère et en l'absence de clause résolutoire de plein droit : CA Paris 2ème Ch. B 9 mars 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 201 et s. note P. Pisoni, CA Dijon 1ère Ch. 3 décembre 1998 JCP éd. G 1999 IV n°3091 ; CA Paris 1ère Ch. A 4 septembre 2000 (l'absence de déclaration de la créance entraîne son extinction) et CA Versailles 1ère Ch. A 18 mai 2000 (la créance déclarée dont les termes échus sont postérieurs au jugement d'ouverture bénéficie des dispositions de l'article 40 de la loi de 1985) RTD Com. Janvier-Mars 2001 p. 234 et s. note A. Martin-Serf ; CA Paris 1ère Ch. A 4 juillet 2000 D. 2000 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 398 ; CA Paris 1ère Ch. A 4 septembre 2000 RJDA 1/01 n°53 ; A. Martin- Serf RTD Com avril- juin 2004 p 368et s à propos de l'arrêt Com 8 octobre 2003 : « Le versement d'une prestation compensatoire sous forme de capital devrait, semble t- il, donner lieu à la déclaration de la part de l'époux bénéficiaire ».

[853] Com. 8 octobre 2003 JCP éd. G 2003 Act. 513, 514 : « *la créance née de la prestation compensatoire, qui présente pour partie un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à la procédure collective et échappe ainsi à l'extinction faute de déclaration* » ; D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p.

cette conception et a exclu du périmètre de l'article L 621-43 du Code de commerce la pension alimentaire, de même que la prestation compensatoire. Le caractère alimentaire de la créance constitue une dette personnelle au débiteur[854] qui « *doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition* » ou, au besoin, « *être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires* ». La position prise constitue une exception à la règle d'ordre public de l'article L 621-43 du Code de commerce et ne trouve, comme justificatif, qu'une raison d'opportunité. En effet, cette créance « hors procédure » quant aux conséquences de son régime juridique, se justifie par des considérations humanitaires[855]. Pour certains auteurs[856], la solution retenue s'explique par référence à l'article 14 2° de la loi du 9 juillet 1991 relative aux voies d'exécution. Cet article déclare en effet insaisissables les « provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire », telles les pensions alimentaires et les prestations compensatoires, de sorte qu'elles « échappent à la procédure collective ». Pourtant, la motivation de la Cour de cassation passe sous silence ce fondement et laisse supposer que l'équité, qui permet au créancier d'aliment de recouvrer ce qui lui est dû, a dicté la solution. La loi de sauvegarde des entreprises applicable au 1er janvier 2006 consacre, à l'article L 622-24 du Code de commerce, la solution jurisprudentielle selon laquelle les créances alimentaires n'ont pas à être déclaré au passif du débiteur[857]. En tant que créance hors procédure et ainsi non soumise au régime de la

---

2637 et s. obs. A. Lienhard ; JCP éd. G 2004 II, 10012 note S. Becqué-Ickowicz ; I. Fosset-Lefébvre : « Pension alimentaire, prestation compensatoire et procédure collective (à propos de deux arrêts de la Cour de cassation du 8 octobre 2003) RPC mars 2004 p. 22 et s; P. M. Le Corre note sous Com 8 octobre 2003 Gaz. Pal. 2-4 novembre 2003 p. 3 et s; Crim 7 janvier 2004 D. 2004 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 419 obs. A. Lienhard et JCP éd. G 2004 II, 10060 note C. Pomart ; Crim 9 juin 2004 D. 2004 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur p. 2157.

[854] Com 8 octobre 2003 JCP éd. G 2003 Act. 514 ; D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2637 et s. obs. A. Lienhard ; E. Claudel et B. Thullier « Droit civil de l'entreprise » D. 2004 Cah. Dr. des Aff Somm Comm p. 1965 et s obs A. Danis- Fatôme.

[855] S. Becqué-Ickowicz JCP éd. G 2004 II, 10012 : « *Le juge peut-il s'arroger le pouvoir de rompre l'égalité des créanciers et l'unité de la procédure, quant bien même cette solution serait justifiée par un souci d'humanité ?* ».

[856] F. X. Lucas : « Procédures collectives » par F. X. Lucas et P. M. Le Corre D. 2004 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. p. 51 et s. (p. 55) ; H. Bosse-Platière : « Droit de la Famille » sous la direction de J. Rubellin-Devichi JCP éd. G 2004 I, 109 p. 231 et s.

[857] P. M. Le Corre « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p. 2322; Gaz. Pal. 31 Août-1er Septembre 2005 p. 14.

déclaration des créances antérieures, les mécanismes institués par les lois des 2 janvier 1973 et 11 juillet 1975 trouvent à s'appliquer (B).

B – L'action directe en recouvrement

290. Le mécanisme institué par la loi du 2 janvier 1973 autorise le conjoint « *in bonis* » à user de cette voie, quelque soit la date de la naissance de sa créance[858]et dans la limite instituée par l'article 5 de la loi du 2 janvier 1973. Les modalités de la loi du 11 juillet 1975 permettent au créancier de la pension alimentaire, dont les voies d'exécution prise en application de la loi du 2 janvier 1973, n'ont pas permis le paiement, de demander le recouvrement public de ces sommes, par le biais du Trésor Public. Ces dispositions, conséquence du libre choix laissé par le législateur aux époux, peuvent être librement utilisées par l'ancien conjoint. L'élément d'actif, objet de l'action directe, échappera ainsi aux créanciers de la procédure. De même, et pour le cas où le redressement concernera le créancier de la prestation compensatoire, celle-ci ne pourra être appréhendée par les créanciers de la procédure car son insaisissabilité résulte de son caractère, pour partie, alimentaire[859]. Cette modalité de paiement permet un transfert d'éléments patrimoniaux, au profit du seul conjoint et de sa famille. La légitimité conférée à la volonté des époux peut nuire aux droits des créanciers du débiteur et l'articulation juridique ainsi développée va à l'encontre de la moralisation du droit des affaires. L'action directe, consacrée par la loi du 2 janvier 1973, doit se conformer aux règles impératives du redressement, sans pour autant être à l'abri de critiques.

[858] Com. 8 octobre 2003 JCP éd. G 2003 Act. 514 ; Act. Proc. Coll. 14 novembre 2003 n°230 ; RJDA 3/2004 n°337.
[859] Civ. 2ème 27 juin 1985 D. 1986, 230 note C. Philippe.

291. L'action directe institue, au profit du créancier, un engagement direct du tiers de payer, à concurrence du montant de la pension alimentaire due, la somme mise à la charge du débiteur. Dans le cas d'une procédure collective, cette faculté, conférée au conjoint, ne remet pas en cause les règles impératives de l'article L 621-43 du Code de commerce, relatives à la déclaration des créances antérieures[860] au jugement de redressement. Le défaut de déclaration et l'absence de relevé de forclusion entraîne la conséquence que la créance est éteinte. La Cour de cassation[861] créée cependant une exception à ce principe en présence d'une créance alimentaire. En excipant de l'aspect humanitaire de cette créance, la Cour de cassation instaure une exception à cette règle pour des « *dettes personnelles du débiteur* » non atteintes par son dessaisissement et à ce titre qui n'ont pas à subir les aléas de la procédure collective[862]. A défaut de déterminer la fraction alimentaire de la prestation compensatoire, le créancier pourra en demander le complet règlement au tiers[863]. Il en va de même des échéances de cette créance, postérieures au jugement de redressement, qui ne sont pas concernées par les dispositions de l'article L 621-32 du Code de commerce[864].

292. Le versement de la prestation compensatoire est une obligation sanctionnée par les juridictions pénales pour abandon de famille[865], à moins que le débiteur n'établisse qu'il est dans l'impossibilité de payer celle-ci. L'exercice de l'action directe est, pour le conjoint, d'une efficacité redoutable. D'une part, l'article 7-1 de la loi du 2 janvier 1973 lui permet

[860] Com. 16 février 1999 Act. Proc. Coll. 12 mars 1999 n°67 pour une créance résultant de la liquidation d'une communauté.
[861] Com. 8 octobre 2003 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 2637 et s. obs. A. Lienhard ; Crim 7 janvier 2004 D. 2004 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 419 et s. obs. A. Lienhard.
[862] P. M. Le Corre note sous Com. 8 octobre 2003 Gaz. Pal. 2,4 novembre 2003 p. 3 et s (4) ; S. Becqué-Ickowicz JCP éd. G 2004 II, 10012 ; Art L 622-24 C. com issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.
[863] M. Storck : « Pensions alimentaires, prestations compensatoires et procédures de redressement et de liquidation judiciaires » RPC 1989-1 p. 8 citant un arrêt du 15 juillet 1986 qui accorde le paiement direct auprès d'une ASSEDIC.
[864] Com. 8 octobre 2003 Act. Proc. Coll. 14 novembre 2003 n°230 ; M. Storck : « Sort des créances nées de prestations compensatoires ou de pensions alimentaires » Act. Proc. Coll. 14 novembre 2003 p. 1 pour qui, la Cour de cassation offre une « *nouvelle lecture de l'article L 621-32 du Code de commerce : les dettes personnelles du débiteur ne sont pas visées par ce texte* ».
[865] Crim. 5 novembre 1976 D. S. 1977, 72.

d'obtenir paiement direct, auprès de tout débiteur de son conjoint, pour les termes venant à échéance. D'autre part, l'action directe (qui vise aussi les créances versées sous forme de rente telles les prestations compensatoires prévues à l'article 276 du Code civil) s'applique également aux créances antérieures au jugement d'ouverture, tout en les limitant aux six derniers mois précédant la notification de la demande. En rendant indisponible la créance entre les mains du tiers, ainsi qu'en attribuant par préférence et immédiatement des sommes au bénéficiaire, l'action directe constitue une exception (supplémentaire) à l'interdiction de payer les créances antérieures au redressement ainsi qu'à la nécessaire production de la créance au passif du débiteur. Cette règle porte également atteinte au principe d'égalité des créanciers qui, si elle trouve justification pour les créances alimentaires, devient critiquable pour le surplus qui compose la prestation compensatoire. En ce domaine, les droits de la famille surpassent la discipline collective du redressement et laissent aux conjoints les moyens d'obtenir des subsides en faveur de celle-ci au détriment des créanciers de la procédure. Ce particularisme de l'action directe, n'est toutefois pas à l'abri d'autres critiques.

293. Le mécanisme institué par la loi du 2 janvier 1973 met à mal, non seulement, certaines phases du redressement, mais encore, crée une situation anarchique vis-à-vis des personnes[866].

Si l'atteinte au principe de l'égalité des créanciers, de même qu'à celui de l'interdiction du paiement des créances antérieures au jugement de redressement, a déjà été examinée, il convient de préciser que le statut des personnes se trouve également touché. La situation du conjoint « *in bonis* » varie en fonction du maintien des liens du mariage ou de l'action en divorce. Il est à noter que son cadre de vie, ainsi que celui de ses enfants, subit une influence dans le cadre d'un divorce, assorti d'une prestation compensatoire. Le conjoint

[866] P. M. Le Corre note sous Com. 8 octobre 2003 Gaz. Pal. 2,4 novembre 2003 p. 3 et s; M. Storck : « Sort des créances nées de prestations compensatoires ou de pensions alimentaires » Act. Proc. Coll. 14 novembre 2003 p. 1.

divorcé « *in bonis* », et ses enfants, ne souffrent alors pas de l'ouverture d'une procédure de redressement à l'égard de l'ancien époux, puisque, grâce à la prestation compensatoire, l'aspect alimentaire de même que le maintien des conditions de vie ne sont pas modifiés. Cette différence de traitement par rapport au conjoint marié et soumis aux affres du redressement, est difficilement acceptable. Le régime du divorce par consentement mutuel, renforcé par le mécanisme de la prestation compensatoire, permet aux époux de ménager l'influence des procédures collectives vis à vis du cadre de vie familial. Les règles spéciales civilistes priment celles du redressement judiciaire et ouvrent une brèche à l'intérieur de laquelle l'éventuelle malignité des époux pourra, en dépit de l'intervention des mandataires judiciaires et des juges, diminuer les garanties des créanciers de l'entrepreneur. La perspective ainsi laissée aux époux, ne doit cependant pas occulter le respect des droits des créanciers, à l'occasion de la fin de toute communauté de vie (Chapitre II).

Conclusion Chapitre I

Le redressement judiciaire ouvert à l'encontre d'une personne physique a des répercutions, non seulement sur sa vie privée, mais encore sur celle de sa famille. En effet, le principe de l'unité du patrimoine s'applique, de sorte que tous les biens du débiteur, y compris ceux dont sa famille jouit, sont régis par cette procédure. Les droits du débiteur sont dès lors intimement liés aux intérêts familiaux. Ainsi le débiteur seul dispose de la faculté de mettre en œuvre ses droits personnels, mais les conséquences patrimoniales de ceux- ci ne ressortissent plus de sa compétence exclusive. De même, le redressement judiciaire de l'un des époux ne fait pas obstacle à la modification de son régime matrimonial, pas plus qu'il ne l'empêche d'intenter une procédure de divorce. Cependant, la protection de la famille, au niveau pécuniaire, se heurte aux intérêts des créanciers.

Ces droits propres lui permettent d'exercer les actions d'état, d'assurer la défense de son intégrité corporelle, morale, de son nom, son image et de sa vie privée. La personne en redressement judiciaire qui détient l'autorité parentale, l'administration et la jouissance des biens de ses enfants, peut être qualifié, du fait de la procédure, d'inapte à gérer leurs biens sur le fondement des règles de la tutelle. Si tel n'est pas, grâce à une convention de délégation de l'autorité parentale, les époux, sous réserve de ne pas disposer d'un régime matrimonial communautaire, peuvent détourner les revenus de l'enfant vers le patrimoine du conjoint *in bonis*, écartant de la sorte les règles des procédures collectives. Les créations intellectuelles obéissent au même concept puisque leur auteur ou inventeur est moralement lié à elles. Le droit de divulgation, de paternité ou du respect de l'œuvre est de la compétence exclusive du débiteur, auteur ou artiste. Le produit de ces actions implique, quant à lui, l'intervention de l'administrateur judiciaire.

Les droits propres de l'entrepreneur en redressement l'autorisent à percevoir des ressources pour lui- même et sa famille. L'article L 621-21 du Code de commerce prévoit l'allocation de

subsides, soit en argent, soit en nature. La mise en œuvre de ce droit alimentaire complète le régime spécifique de l'octroi d'une aide aux rapatriés d'Algérie, prévue par la loi du 30 décembre 1997. La protection du logement familial, qui constitue l'une des priorités défendues par le législateur, a permis, d'une part à l'entrepreneur de déclarer insaisissable sa résidence principale et, d'autre part de lui faire bénéficier du système de l'Aide Personnalisée au Logement.

Les règles issues des régimes matrimoniaux permettent aux époux de protéger « le patrimoine familial ». En effet, le redressement judiciaire de l'un d'eux ne fait pas obstacle à la modification du régime matrimonial. Afin que cette modification soit optimale, cette procédure doit être commencée avant le prononcé du jugement de redressement. La procédure de divorce permet, elle aussi, de préserver les intérêts des membres de la famille quant à leur niveau de vie. Les créances d'aliments, comme la pension alimentaire ou la prestation compensatoire, mises à la charge de l'entrepreneur en redressement, permettent à ce créancier, à défaut d'être réglé, d'user des voies de l'action directe et du recouvrement public de ces sommes.

Chapitre II – Le respect des droits des créanciers en cas de fin de communauté de vie

294. Bien que le mariage constitue le fondement de la famille, l'évolution des mœurs a eu pour conséquence de faire naître un nouveau style de rapports au sein de celle-ci. Le développement de l'union libre a eu pour effet de contraindre le législateur à confèrer aux concubins, ainsi qu'à leur famille, des protections voisines de celles du mariage. Sans parvenir toutefois à leur offir les mêmes garanties, le redressement judiciaire prononcé à l'encontre d'un époux ou d'un concubin provoque des répercussions patrimoniales identiques sur chaque membre de la famille[867]. La fin de la communauté de vie entraîne inéluctablement un aspect pécuniaire (Section I) qui intéresse les organes du redressement, en plus du débiteur et de sa famille, sans cependant laisser sans contrôle les actes conclus par ce dernier (Section II).

[867] F. Frelot-Dejas : « Le droit patrimonial de la famille et le droit des procédures collectives » Gaz. Pal. 27-29 janvier 2002 p. 3.

Section I – La liquidation de la communauté de vie

295. Toute communauté de vie génère des conséquences pécuniaires. Le sort des biens acquis à l'occasion de la vie à deux concerne, à la fois, les anciens époux ou concubins et leurs créanciers. Le prononcé du redressement judiciaire à l'encontre de l'un d'eux va interférer tant sur le sort des biens (§ 1), que sur le régime de l'indivision pouvant leur être appliqué (§ 2).

§ 1 – Le sort des biens

296. A la fin de la communauté de vie, les biens acquis pendant la durée de celle-ci doivent être répartis entre chacun de ses membres. Néanmoins, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de l'un d'eux implique une immixtion de l'administrateur et du représentant des créanciers, tant à l'occasion du partage (A) que de l'attribution préférentielle (B).

A – Au cas de partage

297. La demande en partage des biens indivis qui préexistaient au redressement judiciaire de l'un des indivisaires obéit au régime combiné des règles civilistes et de celles issues des procédures collectives. Dans le cas où le débiteur est dessaisi[868], qu'il s'agisse de l'application des règles des articles L 621-22 et L 621-137 du Code de commerce ou de celles qui concerne la liquidation judiciaire, l'intervention de l'administrateur (ou du liquidateur) peut permettre la mise en œuvre du partage. Aux termes des dispositions de l'article 815-17

[868] Civ. 1ère 20 décembre 1993 JCP éd. G 1994, I, 3799 ; « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » par M. Cabrillac et P. Petel n°7.

du Code civil, les autres indivisaires peuvent arrêter l'action en partage introduite par un créancier du débiteur « *en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur* ». La faculté ainsi laissée aux autres indivisaires, que sont les membres de la famille, leur permettra de retarder le partage jusqu'à ce que le représentant des créanciers établisse l'état du passif du débiteur, et que le juge-commissaire en arrête le *quantum*. Ce procédé, certes dilatoire, n'est que l'un des aspects de ce que peuvent élaborer des époux afin de désavantager les créanciers de la procédure[869]. Comme nous l'avons précédemment indiqué, à défaut de règles particulières issues du redressement judiciaire, le droit commun s'applique pour concilier sauvegarde des biens de la famille et droit des créanciers du débiteur. La question resurgit à l'occasion de l'exercice de l'attribution préférentielle (B).

B– Au cas d'attribution préférentielle

298. Le partage peut être mis en œuvre par un créancier du débiteur, ou à l'initiative de l'un des indivisaires. A ce titre, il convient de remarquer que l'administrateur dispose de cette faculté ce qui, en cas d'assistance ou de représentation, empêche les autres indivisaires d'arguer des dispositions de l'article 815-17 du Code civil. En semblables circonstances, la demande n'émane pas d'un créancier du débiteur-indivisaire mais est réputée émanée de lui-même ; en effet, malgré le caractère patrimonial de l'acte de partage, qu'il soit communautaire ou successoral[870], l'exercice de l'attribution préférentielle est de sa compétence exclusive, tout comme le maintien dans l'indivision, mais exercé par son administrateur. Cette possibilité, prévue aux articles 1476 et 1542 du Code civil, n'est

[869] M. Storck : « Pensions alimentaires, prestations compensatoires et procédures de redressement et de liquidation judiciaires » RPC 1989 p. 1 ; A. Tisserand : « Régimes matrimoniaux » JCP éd. G 2001 I, 309 p. 651 ; Com. 18 février 2003 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Somm. Comm. « Procédures collectives » p. 1620 et s. obs. P. M. Le Corre ; H. Lécuyer : « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficultés : les pouvoirs des époux » P. A. 24 avril 2003 p. 20 et s: « *la fraude ne se matérialise pas dans la convention modificative homologuée mais dans le partage* ».

[870] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud par M. De Juglart : « Leçons de droit civil » Tome IV vol. 1 5ème éd. Montchrestien n°468.

toutefois pas concevable à l'occasion d'un divorce par consentement mutuel[871], en l'absence de toute indivision qui résultant de la volonté des époux de régler les conséquences du divorce. Cependant, pour les autres procédures de divorce, la demande d'attribution préférentielle n'est pas de droit et le juge, lorsqu'il l'accorde, peut ordonner le paiement immédiat de la soulte. Cette possibilité ne doit pas méconnaître la position des créanciers du débiteur, de sorte que le juge civil ne pourra que la refuser dès lors que le conjoint du débiteur ne prouvera pas sa capacité de la régler. Que la demande soit faite par le débiteur ou son conjoint, se pose la question de l'intervention des organes de la procédure. En ce domaine, et nonobstant le caractère personnel de la demande, il semble que la mise en cause du représentant des créanciers soit suffisante, afin de lui rendre opposable la décision. La faculté, pour chacun des anciens époux, de pouvoir recourir au mécanisme de l'attribution préférentielle résulte de la situation dans laquelle ils se trouvent. Le régime de l'indivision (§ 2), s'applique non seulement aux époux qui divorcent, mais encore à l'occasion de la fin de toute communauté de vie.

[871] F. Frelot-Dejas : « Le droit patrimonial de la famille et le droit des procédures collectives » Gaz. Pal. 27-29 janvier 2002 p. 5.

§ 2 – Le régime de l'indivision

299. La dissolution de toute communauté de vie a pour conséquence que les biens acquis en commun ne puissent se voir reconnaître comme étant la propriété exclusive de l'un des acquéreurs. Si le principe général de l'acquisition en commun met en œuvre les règles de l'indivision, sauf modalité particulière (A), ce mécanisme dépasse l'institution du mariage et s'applique au pacte civil de solidarité et au concubinage (B).

A – L'indivision et la clause d'accroissement

300. L'adoption d'un régime matrimonial séparatiste crée, en plus des deux catégories que sont les propres à chacun des époux, une troisième masse de biens. Celle-ci, regroupe les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive (article 1538 alinéa 3 du Code civil) et constitue une masse indivise. A défaut de convention d'indivision (article 1873-2 du Code civil), le partage peut être demandé à tout moment par un époux ou par un créancier, même sans attendre la dissolution du mariage (voir *supra* n° 278, 297). Les règles issues des articles 815 et suivants du Code civil s'appliquent et permettant à l'administrateur de demander le partage, si le redressement judiciaire intervient postérieurement à l'indivision. Cette notion de biens indivis se retrouve également présente à l'occasion de régimes communautaires. Les biens communs, qui sont la garantie des créanciers du débiteur, permettent à ces derniers de les appréhender. Pour autant, dans le cas où le redressement de l'un des époux est postérieur à la dissolution de la communauté, cette dissolution opère mutation de la qualification de biens communs en biens indivis, régis par les articles 815 et suivants du Code civil. Aux termes de l'article 815-17 du Code civil, les créanciers peuvent provoquer le partage. Cependant, les coindivisaires peuvent arrêter l'action

en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Appliquée à la procédure de redressement, cette possibilité permet aux coindivisaires de retarder la demande jusqu'au moment où le représentant des créanciers produira l'état du passif définitif. La demande en partage émanant de l'administrateur pourra à l'initiative des coindivisaires, être paralysée dès lors qu'ils proposeront, en application de l'article 815 *in fine* du Code civil, une attribution éliminatoire. Afin d'éviter, en cas de procédure collective, l'intervention « de tiers » dans les rapports personnels, la mise en œuvre du mécanisme de la clause d'accroissement s'avère judicieuse.

301. Cette clause permet l'acquisition d'un bien par plusieurs personnes, avec stipulation que seul le survivant d'entre elles sera réputé propriétaire depuis l'origine[872]. Cette clause, également appelée tontine, permet d'attribuer la propriété d'un bien au survivant. Il en résulte « *une absence d'indivision qui exclue le droit au partage* »[873].

La tontine, initialement convenue à l'occasion de l'acquisition d'un bien, voit son champ d'application s'étendre aux donations[874]. En cas de redressement judiciaire cette clause évitera l'intervention du mandataire judiciaire puisque, en l'absence de détermination du propriétaire, toute poursuite reste vaine. Dès lors, si la jouissance du bien est indivise, sa propriété ne l'est pas et seul le survivant, du fait de la retroactivité de la condition (article 1179 du Code civil), en aura été propriétaire depuis l'origine[875]. La tontine préserve les acquéreurs des poursuites sur le bien de la part de leurs créanciers respectifs, en plus d'organiser une cession gratuite de la part transmise[876]. La clause de tontine s'applique tout à

[872] M. Grimaldi : Droit civil – successions 4ème éd. Litec n°352 : « *cette clause par laquelle deux individus qui acquièrent ensemble un même bien stipulent que le survivant d'entre eux sera réputé avoir été le seul acquéreur* » ; F. Vauvillé : « Tontine, clause d'inaliénabilité et liquidation judiciaire » Droit et Patrimoine octobre 2001 p.65 et s.
[873] Civ. 1ère 27 mai 1986 D. 1987, 139 obs. G. Morin.
[874] Civ. 1ère 8 janvier 2002 D. 2002 IR n°542.
[875] G. Morin note sous Civ. 1ère 27 mai 1986 D. 1987, 140.
[876] Civ. 1ère 11 janvier 1983 JCP éd. N 1983 II, 329 obs. R. Brochard.

la fois aux actes à titre onéreux et à titre gratuit[877] afin de soustraire le bien à la poursuite des créanciers des acquéreurs ou des donataires[878]. Cette opération juridique dans le cadre, par exemple, d'une donation, conforte la notion de « patrimoine familial » par la préservation de ses actifs qui échapperont de la sorte à toute action des mandataires judiciaires. De plus, le caractère irrévocable des donations, associé aux dispositions de l'article 900-1 du Code civil renforce la protection familiale par le biais de la tontine et de l'inaliénabilité qu'elle produit.

La mise en œuvre du régime de l'indivision qui résulte de la fin de la communauté de vie, hormis le mécanisme propre de la clause d'accroissement, qui s'applique au mariage, s'applique également dans le cas d'un pacte civil de solidarité ou d'un concubinage (B).

B – Le pacte civil de solidarité et le concubinage

302. Nous avons dit que l'environnement personnel du débiteur était concerné par la procédure de redressement et la position de son compagnon, à défaut de conjoint, mérite également une certaine attention. En renouant avec le régime de l'indivision, le pacte civil de solidarité précise, aux termes de l'article 515-5 du Code civil, que les meubles meublants achetés postérieurement à la convention sont indivis, sauf volonté contraire exprimée dans le pacte. La convention qui les unit doit mentionner si les parties entendent appliquer ce régime aux autres biens meubles acquis à la suite du pacte qui, à défaut, seront présumés indivis. Le redressement judiciaire d'un coindivisaire autorise ses créanciers à appréhender les biens indivis, de sorte que les règles issues des articles 815 et 1873 et suivants du code civil trouveront application. Le problème de la preuve de la propriété des biens ne manquera pas de

[877] Pour une clause de tontine insérée dans une donation : Civ. 1ère 8 janvier 2002 JCP éd. G 2002 II, 10036 note Y. Chartier ; D. 2002 IR p. 542.
[878] R. Le Guidec : « Successions et libéralités » JCP éd. G 2002 I, 178 commentant Civ. 1ère 8 janvier 2002.

se poser[879]. Pour le cas où les partenaires se seraient abstenus de régler cet aspect lors du pacte, les meubles meublants, comme les autres meubles acquis postérieurement à l'enregistrement du pacte au greffe du tribunal d'instance, seront présumés indivis par moitié. Cette possibilité qui permet de régler le problème de la preuve de la propriété de certains biens à l'occasion du pacte civil de solidarité n'existe pas lors d'une union de fait.

303. Le concubinage ne dispose pas de mesure ayant un effet équivalent à celle du pacte civil de solidarité. Afin de récupérer son bien, le concubin « *in bonis* » devra raporter la preuve de son droit de propriété sur ce dernier. A défaut de pouvoir user, du fait de l'équivoque, du mécanisme de l'article 2279 du Code civil sur les meubles, l'absence de preuve de sa qualité de propriétaire de ce bien fera présumer que ce dernier est indivis.

L'intérêt des créanciers ne doit pas s'effacer au profit du « débiteur ». Celui-ci peut, certes, accomplir des actes dont les conséquences patrimoniales intéressent ses créanciers mais, la remise en cause de ces actes peut se faire tant en application du droit commun que du droit des procédures collectives (Section II).

[879] C. Dewailly : « PACS et indivision : le couple maudit » Gaz. Pal. 6,7 juin 2003 p. 22 et s; L. C. Henry et D. Fabiani : « Le divorce des époux et la rupture du PACS » P. A. 24 avril 2003 p. 35 et s. qui analysent parfaitement les enjeux en présence.

Section II – <u>Le contrôle des actes conclus par le débiteur</u>

304. L'instauration d'un « contre pouvoir » à l'encontre des actes accomplis par le débiteur au profit de ses proches est assuré par le législateur. Celui- ci tend à contrer le transfert de richesses afin d'éviter que la prévoyance, en vue des besoins de la famille, ne se mue en fraude aux droits des créanciers. La conciliation entre la pleine capacité du débiteur en redressement judiciaire à réaliser un acte personnel ayant des effet patrimoniaux, et la préservation des garanties de ses créanciers, s'opère grâce à la mise en place d'un contrôle tant sur l'acte passé que sur ses conséquences. A l'occasion des procédures que nous venons de mentionner, le droit commun permet un contrôle de ces intérêts antagonistes (§1), contrôle qui se trouve renforcé lors d'une procédure de redressement judiciaire (§ 2).

§ 1 – L'application du droit commun

305. La préservation des droits des créanciers du débiteur, à l'occasion de tout acte de nature personnelle, est assurée tant par le Code civil (A) que par le Nouveau code de procédure civile (B) dès lors que cet acte a pour effet de produire des conséquences patrimoniales.

A – Les dispositions du Code civil

306. Les règles civilistes se sont toujours attachées à la défense des intérêts des créanciers, notamment dans le cas où leur débiteur entend divorcer. C'est ainsi, à l'occasion de la dissolution du régime légal, que les créanciers vont pouvoir saisir les biens propres du conjoint de leur débiteur à concurrence de la moitié du montant de leur créance, par application de l'article 1483 du Code civil. Cependant, il existe des exceptions, telle l'action en révision de la pension alimentaire[880], qui ne peut être intentée que par les anciens époux, à l'exclusion des créanciers de l'un d'eux. Le mécanisme du partage permet aux créanciers d'un copartageant d'intervenir lors du déroulement de la procédure. En outre, lorsque le partage aura débuté, malgré l'opposition des créanciers, ces derniers pourront l'attaquer sur la base de l'article 882 du Code civil. Egalement, en cas de changement de régime matrimonial en application des articles 1397 et 1443 et suivants du Code civil, de même qu'en cas de divorce sur requête conjointe (article 262 du même code), les créanciers ont la possibilité d'user de la voie de la tierce-opposition, sous réserve bien entendu de respecter les dispositions du Nouveau code de procédure civile.

[880] M. Storck : « Pensions alimentaires, prestations compensatoires et procédures de redressement et de liquidation judiciaires » RPC 1989 p. 2 et 3.

B – Les dispositions du Nouveau code de procédure civile

307. Afin de faire bénéficier les créanciers d'un recours, en cas de fraude de la part de leur débiteur à l'occasion d'un changement de régime matrimonial, d'un divorce ou de la fixation d'une prestation compensatoire, le Nouveau code de procédure civile organise les règles auxquelles ils doivent se conformer. A cette fin, faisant écho aux dispositions du Code civil, la voie de la tierce-opposition (article 583 du Nouveau code de procédure civile) va bénéficier aux créanciers de l'époux qui se laisse condamner au paiement d'une prestation compensatoire. L'article 1104 les autorise à mettre en oeuvre cette action dans le délai d'un an du jour où la décision est mentionnée en marge de l'état civil. Il en est de même en cas de changement de régime matrimonial (articles 1294 et 1298 du Nouveau code de procédure civile). Plus encore, en matière de divorce, le pourvoi en cassation a un effet suspensif (articles 1103 et 1121 du Nouveau code de procédure civile) afin de limiter, pour les créanciers notamment, tout doute quant à l'existence ou la dissolution du mariage. La préservation des droits des créanciers, conçue dans le cadre du droit commun, se trouve renforcée lors d'une procédure de redressement judiciaire (§ 2).

§ 2 – L'application du droit des procédures collectives

308. Le redressement judiciaire, à côté du régime de droit commun, renforce la protection des créanciers du débiteur. La finalité particulière de ces règles impératives modifie les règles du droit commun (A), tout en créant un système protecteur du patrimoine du débiteur et de ses créanciers (B).

A – L'action oblique et l'action paulienne

309. L'action oblique accorde aux créanciers la possibilité d'exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux exclusivement attachés à la personne. Le mécanisme prévu par l'article 1166 du Code civil permet au créancier d'agir à la place de son débiteur négligeant, de sorte que le produit de ses actions bénéficie à tous ses créanciers[881]. Cette mesure, protectrice des intérêts du créancier, lui donne même la possibilité d'agir sans faire appel au représentant des créanciers[882]. Pour autant, le maintien de cette jurisprudence semble sujet à interrogation. L'évolution jurisprudentielle relative à l'action paulienne semble pouvoir remettre en cause le régime de l'action oblique. L'action *ut singuli* peut-elle être exercée, outre de la part du créancier victime de la fraude, par le représentant des créanciers qui, aux termes de la loi, exerce les actions *ut universi* ? La position de la Cour de cassation a évolué, de sorte qu'au travers des prérogatives du mandataire judiciaire elle l'autorise désormais à exercer l'action personnelle d'un créancier.

310. L'action paulienne visée à l'article 1167 du Code civil est personnelle à un créancier et lui permet, « *en son nom personnel d'attaquer les actes faits par son débiteur en*

[881] C. Pizzio-Delaporte : « L'action paulienne dans les procédures collectives » RTD Com. Oct-déc 1995 p. 716 et s.
[882] CA Paris 19ème Ch.B 13 mars 1998 JCP éd. G 1999 II, 10072 note V. Duboeuf-Hild.

fraude de ses droits ». La fraude résulte de la connaissance par le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en aggravant cet état. Davantage dirigée vers les bénéficiaires de l'acte que vers le débiteur[883], le caractère personnel de cette action rend cet acte inopposable au créancier. Il apparaît que le représentant des créanciers ne peut exercer cette action ; tout au plus peut-il s'associer aux créanciers qui en sont titulaires. Ce mandataire dispose, en effet, de l'exercice exclusif des actions qui concernent l'intérêt collectif des créanciers (article L 621-39 du Code de commerce) et non celles exclusivement individuelles ne ressortissant pas d'un préjudice collectif[884]. La disparition de « *la masse* » par la loi du 25 janvier 1985 a eu pour effet que l'action paulienne ne lui bénéficie plus. Cette dernière ne profite qu'au créancier victime de la fraude. A défaut pour la totalité des créanciers d'en être la victime, le représentant des créanciers n'a pas intérêt, « *donc qualité pour participer à l'instance introduite à titre individuel par les victimes* »[885]. Si, selon les termes de l'article L 621-39 du Code de commerce, le représentant des créanciers « *doit agit au nom des créanciers et dans leur intérêt collectif* », *a contrario* il ne peut agir dans l'intérêt de l'un d'eux ou d'un groupe de créanciers.

311. Un revirement de jurisprudence[886] s'est cependant opèré, au visa de l'article L 621-39 du Code de commerce. Aux termes de l'arrêt, l'action paulienne peut être exercée « *en leur nom et dans leur intérêt collectif par le représentant des créanciers* ». De la même manière, le commissaire à l'exécution du plan peut poursuivre les actions exercées, avant le jugement arrêtant le plan, par le représentant des créanciers, pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers, tout comme il peut engager, en leur nom, une action tendant aux

[883] C. Pizzio-Delaporte : « L'action paulienne dans les procédures collectives » RTD Com. Oct- déc 1995 p. 716 et s. La fraude « *résulte de la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité* » ; C. Lemaire-Pecriaux : « Le changement de régime matrimonial et les tiers » Gaz. Pal. 19,21 novembre 2000 p. 12 et s.
[884] Com. 8 octobre 1996 D. Aff. 1996 p. 1294 et s.
[885] Com. 8 octobre 1996 D. 1997 Jur. p. 87 et s. note F. Derrida.
[886] Com. 13 novembre 2001 Act. Proc. Coll. 18 janvier 2002 n°1 et Com. 9 juillet 2002 Act. Proc. Coll. 4 novembre 2002 n°216.

mêmes fins en application de l'article L 621-68 du Code de commerce. Cette approche revient à changer la nature et le régime de l'action paulienne[887]. Une vision pragmatique qui tend à la protection des intérêts des créanciers a prédominé, de sorte que, malgré la disparition de la masse, le groupement des créanciers dispose d'un intérêt commun. Cet intérêt se trouve désormais protégé, quitte à porter atteinte au droit des obligations, par l'extension du champ d'application des procédures collectives à sa finalité : la protection des créanciers[888]. Pour autant, l'arrêt est également novateur sur le plan de l'interprétation de l'article L 621-68 du Code de commerce, puisque ce texte n'autorise pas le commissaire à l'exécution du plan à prendre l'initiative d'engager une action qui n'aurait pas été intentée durant la période d'observation[889]. La préservation du gage des créanciers et la protection du débiteur contre ses actes, animent la démarche de la Cour de cassation. La recherche d'une protection maximale, notamment par l'effet de « *levier* » constituée par cette nouvelle conception de l'action paulienne, permet de compléter le dispositif des procédures collectives lorsque ce dernier est insuffisant. En effet, la mise en œuvre des nullités de la période suspecte ne s'applique qu'à certains actes accomplis nécessairement avant le jugement d'ouverture, tandis que le recours à l'action paulienne permet d'atteindre ceux qui échappent aux articles L 621-107 et suivants du Code de commerce, à condition cependant que la fraude les anime. Cette théorie, complément aux procédures collectives (B), a pour but de sanctionner « *la rupture*

[887] G. Blanc : « L'exercice de l'action paulienne » Act. Proc. Coll. 18 janvier 2002 p. 1
[888] Com. 13 novembre 2001 JCP éd. G 2002 II, 10151 note E. Bost ; Civ 1ère 22 février 2000 JCP éd. G 2000 I, 245 obs. G. Wiederkehr pour le cas d'un changement de régime matrimonial et de son partage subséquent, le recours en tierce-opposition du mandataire judiciaire est jugé recevable. En l'espèce, « *l'inégalité du partage a servi à prouver le caractère frauduleux de la convention modificative* ». De cette constatation, l'auteur précise que « *le partage consommé peut faire l'objet d'une action paulienne, si du moins il a été procédé hâtivement, de façon à éviter l'intervention des créanciers* ».
[889] Com. 9 juillet 2002 Act. Proc. Coll. 4 novembre 2002 n°216.

d'égalité entre les créanciers »[890] par un accroissement du nombre des actes pouvant être remis en cause[891].

B – Les nullités de la période suspecte

312. Le chef d'entreprise peut vouloir prendre des mesures afin de préserver son patrimoine ou pour organiser son insolvabilité totale ou partielle[892]. Destinés à protéger ses créanciers et à reconstituer son patrimoine, les nullités de la période suspecte ne couvrent que le laps de temps compris entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture de la procédure. Seuls les actes accomplis par le débiteur, et qui sont limitativement énumérés aux articles L 621-107 et L 621-108 du Code de commerce, seront susceptibles d'encourir une nullité à la demande de l'administrateur ou du représentant des créanciers, voire du commissaire à l'exécution du plan. Qu'ils s'agissent des actes à titre gratuit translatifs de propriété, des contrats commutatifs déséquilibrés, des actes à titre onéreux accomplis après la date de cessation des paiements et dont le cocontractant ne pouvait ignorer l'existence, tous peuvent être annulés[893]. La prestation compensatoire,

---

[890] C. Pizzio-Delaporte : « L'action paulienne dans les procédures collectives » RTD Com. Oct- déc 1995 p. 716 et s.

[891] L'action paulienne se prescrit par 30 ans à compter de l'accomplissement de l'acte (article 2262 C.civ.). Cependant, l'homologation par le tribunal de la convention définitive de divorce ne peut être remise en cause par le biais de l'action paulienne : Civ. 2ème 25 novembre 1999 JCP éd. G 2000 II, 10338 note V. Guedj.

[892] G. Teboul : « La transmission du patrimoine à titre gratuit : les nullités de la période suspecte » Gaz. Pal. 10, 11 octobre 2001 p. 5 et s.

[893] I. Goaziou-Huret : « Divorce et procédures collectives » RTD Com. Oct-déc 2002 p. 627 et s; Civ 1ère 25 janvier 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 103 et s. obs. A. Lienhard, D. 2000 Dern. Act. p.II, Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 n°68, JCP éd. G 2000 IV n°1447 relatif à l'état liquidatif compris dans une convention de divorce homologuée. Pour Madame le Professeur A. Martin-Serf (RTD Com. Avril- juin 2000 p.460 et s.), cet arrêt rend divisible le divorce de l'état liquidatif compris dans la convention. A défaut, l'indivisibilité « *si elle était admise en cette matière pour protéger l'état liquidatif, permettrait de mieux couvrir certains « marchandages » inclus dans la convention de divorce, fût-elle dûment homologuée* » ; F. X. Lucas : « Annulation d'une convention de divorce homologuée » Act. Proc. Coll. 23 mars 2000 p. 1 ; J. L. Courtier : « Nullité de la convention définitive de divorce conclue après la date de cessation des paiements » Dr. des Soc. juillet 2000 p. 10 et s.

élément fondamental du divorce[894], comme la pension alimentaire[895], même versée par le truchement de l'abandon d'un bien en pleine propriété, ne peut être remise en cause puisque le divorce ne peut s'apparenter à un paiement réalisé à l'occasion d'une relation d'affaires (article L 621-107 (4°)). A l'inverse, la jurisprudence admet que le partage déséquilibré[896] puisse être annulé sur le fondement des articles L 621-107 (2) et L 621-108 du Code de commerce. Cette extension du champ d'application des nullités de la période suspecte au domaine du partage n'est pas à l'abri des critiques justifiées d'une partie de la doctrine[897]. La théorie moderne du partage va à l'encontre de la qualification de ce dernier de « contrat commutatif à titre onéreux ». En tant qu'acte déclaratif le partage exclut tout effet translatif car sa retroactivité ne fait que figer une situation préexistente, sans provoquer d'obligations réciproques ou de paiement. Toutefois, la Cour de cassation dans une volonté de protéger les créanciers du débiteur, étend le champ d'application de la sphère des nullités de la période suspecte à des actes qui, théoriquement, lui échappent. Cette hégémonie des procédures collectives sur les autres droits illustre une volonté, dont la pertinence du fondement juridique reste à prouver, et ne tend qu'à la protection de son objectif, en l'occurence les créanciers du débiteur.

313. Le régime des procédures collectives bouleverse le cadre familial et influe sur les règles civilistes. Toutefois, les conséquences du redressement s'atténuent par le pouvoir laissé au débiteur et à sa famille. Hormis l'intervention, qui ne peut être que ponctuelle, des mandataires judiciaires, le régime de protection des créanciers apparaît précaire puisqu'il laisse à la « famille » un rôle primordial, tant au niveau personnel que pécuniaire. Ce rôle

[894] I. Goaziou-Huret : « Divorce et procédures collectives » RTD Com. Oct- déc 2002 p. 627 et s.
[895] Com. 26 avril 2000 D. 2000 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 263 et s. obs. A. Lienhard ; C. Paquette-Desaigne : « La primauté du droit des procédures collectives sur le droit de la famille » P. A. 28 février 2001 p. 16 et s. Cet arrêt, à l'inverse de celui rendu par la première Chambre civile du 25 janvier 2000, n'autorise pas l'annulation de l'acte.
[896] CA Rennes 2ème Ch. 24 février 1999 Act. Proc. Coll. 30 juin 2000 n°137 ; Civ. 1ère 3 juin 2003 D. 2003 Cah. Dr. des Aff. Act. Jur. p. 1763, RJDA 12/03 n°1211.
[897] P. G. Marly note sous Civ. 1ère. 3 juin 2003 D. 2003 Jur. p. 2655 et s.

s’inscrit dans la perspective voulue par le législateur de « restaurer » les droits du débiteur en redressement judiciaire, notamment lors de la mise en œuvre des règles successorales et des libéralités (Titre II).

Conclusion Chapitre II

La fin de toute communauté de vie (mariage, concubinage PACS), a des répercussions sur la situation des créanciers de cette communauté. Sa liquidation met en œuvre les règles civilistes et celles des procédures collectives. La question de la place des créanciers et des mandataires judiciaires se pose, dès lors que la liquidation de la communauté de vie concerne un aspect patrimonial. En ce cas, le droit commun et les procédures collectives autorisent un contrôle, sur les actes accomplis par le débiteur durant la phase liquidative. Celle-ci conduit au partage des biens indivis présents avant le redressement judiciaire de l'un des indivisaires, éventuellement à l'initiative de l'administrateur. L'attribution préférentielle obéit au même principe ; toutefois en ce cas, le juge tiendra compte de la situation des créanciers du débiteur, lorsque la solvabilité de son conjoint *in bonis* ne lui permet pas de régler le montant de la soulte. Du fait de la nature patrimoniale de l'acte, l'intervention du représentant des créanciers apparaît nécessaire, afin de lui rendre la décision opposable.

Les règles de l'indivision s'appliquent et, à défaut de convention, l'administrateur peut demander le partage, dés lors que le redressement judiciaire intervient postérieurement à l'indivision. Cette demande peut être arrêtée par les coindivisaires en acquittant l'obligation au nom du débiteur, ou en proposant une attribution éliminatoire, voire la retarder tant que le représentant des créanciers ne produit pas l'état du passif. Pour contourner l'intervention de ces mandataires judiciaires, les parties peuvent user du mécanisme de la clause d'accroissement qui confère au « patrimoine familial »une certaine inaliénabilité. Cependant, un contrôle des actes conclus par le débiteur existe afin de contrer le transfert de richesses de son patrimoine, gage de ses créanciers, au profit de « sa famille ». Le Code civil, ainsi que le Nouveau Code de Procédure Civile assurent aux créanciers des garanties (action en tierce opposition) face aux actes de nature personnelle ayant des conséquences patrimoniales.

L’ouverture d’une procédure collective confére, non seulement l’exercice de ces actions au représentant des créanciers, mais encore l’exercice, à son profit, de l’action oblique et de l’action paulienne, quant bien même il s’agirait de la mise en œuvre, par ce dernier, de l’action personnelle d’un créancier. En ce domaine la jurisprudence, qui entend protéger les intérêts des créanciers, accorde l’action *ut singuli* au mandataire judiciaire, alors que ce dernier ne peut qu’exercer les actions *ut universi*. Cette volonté, protectrice des intérêts des créanciers du débiteur, se manifeste également à l’occasion des actions en nullité de la période suspecte (articles L 621-107 et suivants du Code de commerce) qui permettent la « reconstitution » de son patrimoine, pour le cas ou il aurait voulu « avantager » ses proches.

Conclusion Titre I

La procédure de redressement judiciaire influe sur la vie privée du débiteur et par conséquent sur les membres de sa famille. Bien qu'il soit exclusivement compétent pour exercer les droits qui lui sont personnels, les conséquences patrimoniales de ceux-ci impliquent l'intervention de l'administrateur et du représentant des créanciers. La protection des intérêts des créanciers est un impératif qui, bien que prévu par le droit commun, est renforcé dans le cadre d'une procédure collective. L'influence réciproque, entre la nature personnelle de ces actions et leurs conséquences patrimoniales, marque la conciliation que doit opérer le droit de « la faillite » dans ce domaine opposant le débiteur à ses créanciers. Cet équilibre souhaité se distingue à l'occasion de la modification du régime matrimonial. La tentation, pour le débiteur, d'avantager sa famille au détriment de ses créanciers est une réalité que le droit entend combattre. La liquidation de toute communauté de vie, eu égard aux conséquences patrimoniales qu'elle engendre, est un terrain propice à la naissance de ces antagonismes. Face à cela, le législateur instaure un contrôle, dans l'intérêt des créanciers, puisque le débiteur, sauf exception, n'aura de cesse que de vouloir avantager les membres de sa famille au détriment de ses créanciers.

---oooOOOooo---

Titre Second : L'interaction du redressement judiciaire sur les successions et libéralités

314. Le chef d'entreprise en redressement, de même que sa famille, subit les règles protectrices instaurées par les procédures collectives en faveur de ses créanciers. La famille de l'entrepreneur individuel peut pâtir de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. La mise en œuvre des règles du droit des successions et des libéralités en est une parfaite démonstration (Chapitre I). Toutefois, derrière cette apparente emprise des procédures collectives sur le droit commun, la place de la famille n'est pas mise à mal par l'application de règles qui lui assurent une certaine protection (Chapitre II).

Chapitre I – La place de la famille du débiteur.

315. L'influence de la procédure de redressement ne se cantonne pas au débiteur *stricto sensu*, mais s'étend à toute sa famille. Les articles 2092 et 2093 du Code civil précisent que tous les biens meubles et immeubles, présents et à venir, garantissent les actes accomplis par le débiteur. La mise en œuvre des articles L 620-1 et suivants du Code de commerce a des répercutions sur les règles successorales (Section I), de même que sur les libéralités (Section II), dont l'influence intéresse directement la famille du débiteur.

Section I – <u>Les successions</u>.

316. L'application du droit successoral sur la famille du débiteur en redressement, du fait de l'aspect patrimonial de ce corps de règles, se doit d'être examinée tantôt sous l'angle de l'héritier en procédure (§ 1), tantôt sous celui du *de cujus* en redressement (§ 2).

§ 1 – <u>Le cas de l'héritier en redressement judiciaire</u>.

317. La succession dévolue au chef d'entreprise en redressement lui permet de bénéficier des dispositions de l'article 774 du Code civil. La possibilité d'accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, une succession, est un acte extra-patrimonial qui l'autorise à continuer la personne du défunt[898], et dont le fondement, retenu par le droit français, réside dans l'exécution d'un devoir moral de l'héritier[899]. L'influence patrimoniale est évidente, puisque l'héritier recueille le passif et l'actif du *de cujus*. Dès lors, la faculté d'option[900] sera exercée par l'administrateur judiciaire (en fonction de sa mission) ou par le débiteur seul. Le représentant des créanciers est exclu de cette option car il n'a pas le pouvoir ni la possibilité de gérer le patrimoine du débiteur[901]. L'analyse de la faculté d'option (A) doit se faire au regard des droits des créanciers dont le patrimoine du débiteur est la garantie (B).

[898] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur dessaisi » RPC 1991-1 n°41.
[899] J. P. Sénéchal : « Le décès du débiteur soumis à la procédure collective » Gaz. Pal. 24 avril 2003 p. 55.
[900] Com 22 mars 1960 Bull. Civ. III n°12 : « *c'est au syndic et non au débiteur de prendre partie dans les successions ou les legs qui viennent à échoir à ce dernier* ».
[901] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n°1866.

A – La faculté d'option de l'héritier

318. La renonciation de l'héritier en redressement à une succession peut porter atteinte à l'intérêt de ses créanciers. Dans le but de les protéger[902] , la jurisprudence s'est prononcée[903] en faveur de l'inopposabilité à la procédure de la renonciation à la succession de l'héritier, lorsqu'il est dessaisi. La sanction de la nullité de la renonciation sera encourue, lorsque celle-ci sera postérieure à la date de cessation des paiements. En dépit de la contradiction développée par la Cour d'appel de Lyon, dans son arrêt du 17 Février 2000, puisque l'acte se situe soit lors de la période suspecte soit à l'occasion du désaisissement du débiteur, il apparaît que la renonciation à succession puisse ne pas être systématiquement qualifiée d'acte à titre gratuit visé à l'article L 621-107 du Code de commerce. La qualification d' « acte à titre gratuit, translatif de propriété » semble impropre, même si la renonciation opère un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, ce qui est la définition de la libéralité.

L'intention libérale et l'élément matériel, qui tend à ce que l'acte ne profite qu'à l'une des parties, ainsi que le lien de causalité entre ces deux éléments, est nécessaire pour que la reconciation à succession, de la part de l'entrepreneur en redressement, entre dans le champ d'application de l'article L 621-107 du Code de commerce. En l'espèce, le lien de causalité occasionnait des difficultés car la renonciation ne profitait à personne et n'avait pas d'autres conséquences que celles de mettre en œuvre les mécanismes des règles de dévolution successorale. Il en va différemment lorsque la renonciation n'est plus abdicative mais translative par application des dispositions de l'article 780 du Code civil. En ce cas, le renonçant s'approprie la succession afin d'en disposer. De la sorte, et en l'absence de contrepartie, il appartient à l'administrateur judiciaire, de rapporter la preuve, par tous moyens, de cette donation indirecte. Cette preuve implique de démontrer l'intention libérale

[902] G. Teboul : « La transmission du patrimoine à titre gratuit : les nullités de la période suspecte » Gaz. Pal. 10, 11 octobre 2001 p. 5 et s.
[903] CA Lyon 17 février 2000 Gaz. Pal. 4, 6 août 2002 note I. Goaziou-Huret.

qui la caractérise, en plus de son élément matériel. A défaut d'y parvenir, la renonciation ne pourra pas être annulée au visa de l'article L 621-107 du Code de commerce, de sorte que la renonciation de l'héritier en redressement et dont l'objectif est de gratifier ses héritiers, tout en faisant échec aux droits de ses créanciers, ne pourra pas être déclarée nulle.

319. Toutefois, l'acte pourra être remis en cause par le mécanisme de l'action paulienne dont le fondement, au cas particulier de la renonciation à succession, réside dans les dispositions de l'article 788 du Code civil. En ce cas, les créanciers de l'héritier renonçant pourront se faire autoriser, en justice, à accepter la succession du chef de leur débiteur en ses lieu et place. Cette disposition, associée en cas de procédure collective avec, éventuellement, l'action paulienne, est une action attitrée qui ne bénéficie qu'à l'administrateur judiciaire, au représentant des créanciers et au commissaire à l'exécution du plan[904]. Cette stratégie, qui assure une plus grande protection aux créanciers du débiteur en redressement judiciaire, se traduit par une extension des pouvoirs des mandataires judiciaires face au droit commun, dans le but d'augmenter l'actif patrimonial. Cette approche est la conséquence du principe de l'unité du patrimoine, garantie des créanciers (B).

[904] I. Goaziou-Huret note sous CA Lyon 17 février 2000 Gaz. Pal. 4, 6 août 2002 p. 11 et s. ; E. Bost note sous Com 13 novembre 2001 JCP éd. G II, 10151 ; C. Pizzio-Delaporte : « Action paulienne dans les procédures collectives » RTD Com. Oct-déc 1995 p.715 et s. ; F. Derrida note sous Com 8 octobre 1996 D. 1997 Jur. p. 87 et s. ; V. Duboeuf-Hild note sous CA Paris 19ème Ch. B 13 mars 1998 JCP éd. G 1999 II, 10072 ; G. Blanc : « L'exercice de l'action paulienne » Act. Proc. Coll. 18 janvier 2002 p.1 ; Com 8 octobre 1996 D. Aff. 1996 p. 1294 et s; Com 9 juillet 2002 Act. Proc. Coll. 4 novembre 2002 n°216.

B – <u>L'unité du patrimoine</u>.

320. Le droit de gage général des créanciers, sur le patrimoine de leur débiteur, est un principe constant du droit privé. Hormis certains biens déclarés par la loi insaisissables (article 14 de la loi du 9 juillet 1991), tels que les biens de famille, ceux ayant un caractère sentimental, sous réserve qu'ils ne soient pas d'une trop grande valeur, le législateur[905] a créé un nouveau cas d'insaisissabilité par la volonté de l'homme. La possibilité offerte à l'entrepreneur individuel, et prévue aux articles L 526-1 à L 526-4 du Code de commerce, d'isoler sa résidence principale au sein de son patrimoine complète, avec l'insaisissabilité stipulée lors d'une libéralité, les exceptions liées au principe de l'unité du patrimoine. En l'absence de modification des articles 2092 et 2093 du Code civil, ces exceptions n'ont pas pour effet de créer un patrimoine d'affectation. L'insaisissabilité prévue aux articles L 526-1 et suivants du Code de commerce, relative à la résidence principale du chef d'entreprise, prend fin au décès de ce dernier (article L 526-3 du Code de commerce). L'héritier en redressement ne pourra donc pas bénéficier de cette insaisissabilité, quant bien même il continuerait l'activité professionnelle du « *de cujus* »[906]. La règle de l'unité patrimoniale produit tous ses effets et l'héritier en redressement judiciaire sera tenu sur son actif augmenté de celui du *de cujus* qu'il reçoit, désormais saisissable, du paiement de ses dettes ainsi que de celles de son auteur. L'insaisissabilité à éclipse prévue aux articles L 526-1 et suivants du Code de commerce n'occulte pas la règle issue des articles 2092 et suivants du Code civil. La situation des membres de la famille évolue également lorsque le redressement concerne le *de cujus* (§ 2).

[905] Loi n°2003-721 du 1er août 2003 JO 5 août 2003 p. 13449 ; M. Germain : « Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique » JCP éd. G 2003 Act. n°401.
[906] S. Piedelievre : « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel Loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initative économique » JCP éd. G 2003 I, 165.

§ 2 – Le cas du « de cujus » en redressement judiciaire.

321. Le décès du débiteur en procédure entraine pour ses héritiers une option quant à la succession (A) qui, dans le cas d'une acceptation, permet à ces derniers de bénéficier du plan de redressement de leur auteur (B).

A) – L'option de l'héritier.

322. En cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'héritier du chef d'entreprise, décédé en redressement judiciaire, ne peut appréhender le patrimoine du « *de cujus* », qu'après avoir désintéressé ses créanciers. Le redressement judiciaire ne concerne que la succession, de sorte qu'il est important pour les créanciers de rendre opposable le jugement de redressement aux héritiers. La signification du jugement apparaît comme un préalable nécessaire à effectuer (article 877 du Code civil), dans les délais de l'article 795 du Code civil (3 mois pour faire inventaire et 40 jours pour délibérer). L'héritier pourra être poursuivi par les créanciers héréditaires pour la totalité de la dette en cas d'acceptation pure et simple, et dans la limite de l'actif recueilli, en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Hormis le cas où l'héritier acquiert la qualité de commerçant, en poursuivant l'activité de son auteur et est lui-même en état de cessation des paiements, il ne peut se voir soumis à une procédure de redressement judiciaire. Le règlement du passif successoral se fera au moyen de l'actif successoral auquel s'ajoutera éventuellement l'actif du patrimoine de l'héritier. Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier est rompu par le mécanisme du bénéfice d'inventaire, qui permet de séparer le patrimoine successoral du patrimonial personnel de l'héritier[907]. Le choix qui s'offre à lui comporte, indépendamment de la renonciation, soit l'acceptation pure et simple, soit l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Dans ce dernier cas,

[907] J. P. Sénéchal : « Le décès du débiteur soumis à la procédure collective » P. A. 24 avril 2003 p. 55 et s.

la séparation des patrimoines limite le droit de poursuite des créanciers du « *de cujus* » aux seuls actifs successoraux recueillis[908].

323. A l'inverse, l'acceptation pure et simple souligne le problème de l'emprise collective tant sur les biens du défunt que sur ceux de l'héritier. Dans ce cas, l'héritier demeure responsable de la totalité des dettes du « *de cujus* » puisqu'il est tenu « *ultra vires successionnis* ». Le décès du débiteur, au cours du redressement, n'a pas pour conséquences d'étendre au patrimoine de l'héritier la « saisie » collective des créanciers du défunt, mais la solidarité familiale, par l'obligation « *ultra vires* », milite en faveur de cette extension. Au surplus, la procédure collective peut s'ouvrir à l'encontre du défunt sur déclaration de cessation des paiements de la part de l'héritier, dans le délai d'un an des événements précisés à l'article L 621-14 du Code de commerce. En ce cas, sauf reprise de l'activité par les héritiers, la liquidation judiciaire semble s'imposer, à défaut pour ceux-ci de pouvoir payer le passif de leur auteur. Toutefois, la présentation d'un plan de continuation par « *le débiteur* » décédé ultérieurement bénéficie à ses héritiers, de la même façon que ces derniers peuvent proposer un plan de cession (B), propre à sauvegarder les intérêts de la famille.

B – <u>Le bénéfice du plan de redressement</u>.

324. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire permet de distinguer le patrimoine de l'héritier de celui du « *de cujus* » de sorte qu'une offre de reprise, dans le cadre d'un plan de cession, peut être présentée par l'héritier[909]. Cependant, depuis 1994, celui-ci est visé par l'interdiction prévue à l'article L 621-57 alinéa 3 du Code de commerce et ne peut plus se porter candidat à la reprise.

[908] Com 18 février 2003 Act. Proc. Coll. 18 avril 2003 n°91 obs. J. Vallansan relatif aux biens appréhendés par la procédure collective suite à un décès.
[909] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P.Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n°1855.

325. En ce qui concerne le plan de continuation, ses dispositions arrêtées au profit du débiteur bénéficient à ses héritiers[910] , le décès n'ayant aucune influence sur le plan. Le principe successoral, selon lequel l'héritier continue la personne du défunt et reçoit ses droits et actions dans l'état où ils se trouvaient au jour du décès, est la conséquence de la transmission universelle du patrimoine issu d'une succession[911], qui en l'espèce bénéficie aux héritiers et à leur famille. Les créances antérieures restent soumises aux modalités du plan et le décès n'est ni une cause de résolution du plan de continuation, ni un cas de caducité.

Le redressement judiciaire influe sur la famille du débiteur, domaine où des intérêts s'opposent. La protection des créanciers est d'autant plus importante qu'en cas de libéralité l'acte envisagé par le débiteur est dépourvu de contrepartie, ce qui limite l'action des membres de la famille (Section II).

[910] Com 4 janvier 2000 Act. Proc. Coll. 27 janvier 2000 n°21 ; J. P. Sénéchal : « Le décès du débiteur soumis à la procédure collective » P. A. 24 avril 2003 p. 55 et s. (p.57).

[911] CA Dijon 1ère Ch. 1ère Sect. 20 janvier 2000 RPC juin 2002 ; « Période d'observation » Chron. par C. Lebel p. 91 n° 4 : le débiteur principal en redressement judiciaire, qui est héritier de la caution décédée, n'a pas à payer les intérêts de retard mis à la charge de celle- ci. Le principe de l'unité du patrimoine et l'interdiction de toute condamnation en paiement fonde la décision.

Section II – <u>Les libéralités</u>.

326. L'absence de contrepartie traduit l'appauvrissement d'un patrimoine au profit d'un autre, ce que le législateur considère comme suspect. La protection des créanciers fait que « *l'acte gratuit est à ce point suspect qu'une nullité de droit est encourue* »[912]. Le détournement de biens par la famille, au préjudice des créanciers, demeure l'objectif premier que le législateur tente d'éviter. Une nouvelle fois le droit commun subit les assauts des règles propres à la défaillance des entreprises, avec une issue favorable pour les procédures collectives. L'articulation des différents textes doit d'être examinée lorsque le redressement s'applique au donateur (§ 1) et lorsqu'il s'applique au donataire (§ 2).

[912] G. Teboul : « La transmission du patrimoine à titre gratuit ; les nullités de la période suspecte » Gaz. Pal. 10, 11 octobre 2001 p. 5 et s. (p. 6).

§ 1 – Le cas du donateur en redressement judiciaire.

327. La volonté de transférer ses biens, afin de les faire échapper au droit de gage de ses créanciers, notamment en faveur de proches, est une réalité combattue par le droit des procédures collectives. Ces actes accomplis par le chef d'entreprise en redressement, dépourvus de réciprocité patrimoniale, sont sanctionnés par le mécanisme des nullités de la période suspecte (A), qui est renforcé par le régime particulier des donations entre époux (B).

A – La protection des créanciers.

328. Les nullités de la période suspecte vont permettre la remise en cause de l'acte accompli par le débiteur depuis la date de cessation des paiements lorsque, fait à titre gratuit, il est translatif de propriété. Destiné à éviter que l'entrepreneur ne distrait « *une partie de l'actif de la future et inéluctable procédure collective* »[913], l'article L 621-107 du Code de commerce prévoit la protection des créanciers. En ce domaine l'intention du débiteur quant à la préservation de ses actifs, au détriment de ses créanciers, est sans importance, seul le critère objectif de l'appauvrissement d'un patrimoine au profit d'un autre est retenu. Cette présomption irréfragable d'anormalité bénéficie du régime des nullités de droit de la période suspecte, à moins qu'il ne s'agisse d'une donation rémunératrice, exclusive de la qualification d'acte à titre gratuit[914]. Lorsque le débiteur aura accompli un tel acte, antérieurement à la date de la cessation de ses paiements, le droit des entreprises en difficultés ne permettra pas de le remettre en cause. Seules les règles du droit commun s'appliqueront et le bénéfice de l'action ira aux héritiers réservataires, dès lors que la donation portera atteinte à la réserve (article 921

[913] G. Teboul ; « La transmission du patrimoine à titre gratuit : les nullités de la période suspecte » Gaz. Pal. 10, 11 octobre 2001 p. 5 et s. (p. 6) ; Com 1er février 2000 RJDA 5/00 n°570 : l'intention du débiteur « *était de soustraire les biens litigieux aux poursuites des créanciers* ». Les biens donnés par le débiteur comprenaient le domicile familial dont il s'était réservé le droit d'usage.
[914] Com 24 septembre 2003 Act. Proc. Coll. 28 novembre 2003 n°246.

du Code civil). Le rapport des libéralités est toutefois tempéré par l'exigence d'une demande expresse, ou par une demande tacite révélée par la cause ou la nature de la disposition, voire par les dispositions légales de l'article 852 du Code civil[915]. En dehors de ces cas, il est impossible aux héritiers réservataires d'éviter de rapporter à la succession les donations faites avant la date de cessation des paiements par le débiteur. A côté de la sanction des nullités de la période suspecte, qui peut être écartée à la condition que l'acte ait été accompli avant la date de cessation des paiements, le régime des libéralités entre époux offre une garantie particulière aux créanciers de la procédure (B).

B – Les donations entre époux.

329. L'inopposabilité aux créanciers de la procédure des libéralités et avantages matrimoniaux, faits par le débiteur en redressement judiciaire à son conjoint, relève des dispositions de l'article L 621-114 du Code de commerce.

Ce régime, distinct de celui des nullités de la période suspecte, répute l'acte valable « *inter partes* » mais le rend sans effet vis-à-vis des tiers (les créanciers de la procédure). Ce texte s'applique, tant aux mandataires qu'au débiteur[916], et consacre une inopposabilité réciproque, vis-à-vis de laquelle l'administrateur judiciaire ne dispose pas de la possibilité d'exercer de poursuite sur les biens donnés au débiteur par son conjoint. Cette disposition complète les règles de la libre révocation des donations entre époux, prévue à l'article 1096 du Code civil. Cependant, celle-ci ne peut être utilisée par les mandataires judiciaires puisqu'elle ressortit à la compétence exclusive des époux. L'article L 621-114 du Code de commerce consacre une absence d'influence de la procédure de redressement sur les donations faites par contrat de mariage, ainsi que sur les avantages matrimoniaux, et permet

[915] P. Dupuich note sous CA Rennes 6 avril 1910 D. P. 1910, 2, 329.
[916] Com 7 juillet 1992 D. 1992 p. 433.

d'éviter tout acte positif du débiteur, tel que l'action en révocation[917]. Les pouvoirs de l'administrateur judiciaire lui permettront d'accepter ou de refuser une libéralité ou d'en demander sa révocation (inexécution des charges, survenance d'un fait).

330. Toutefois, il n'apparaît pas possible d'appliquer le régime de l'article L 621-114 du Code de commerce aux donations rémunératrices. Ces dernières s'analysent en effet comme des actes à titre onéreux, qui rémunèrent le conjoint pour l'aide qu'il apporte à l'entreprise de son époux. L'obligation de contribution aux charges du mariage peut s'exécuter en nature, de sorte que tout dépassement se doit d'être rétribué par le conjoint à concurrence de l'excédent. Cette rétribution, par le biais du mécanisme de la donation rémunératoire, prive l'acte de toute intention libérale[918]. Cependant, pour certaines actions[919](notamment l'exercice des voies de recours), le chef d'entreprise les accomplira seul, mais les conséquences de celles-ci devront bénéficier aux créanciers de ce dernier. La mise en œuvre de cette règle s'illustre parfaitement à l'occasion du redressement judiciaire du donataire (§ 2).

[917] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n°1895 : « *l'action en révocation est attachée à sa personne et elle ne peut pas être exercée par les mandataires de justice, quelque soit l'étendue du dessaisissement* ».
[918] G. Wiederkher : « Régimes matrimoniaux » JCP éd. G 2003 I, 245 Chronique animée par P. Simler, G. Wiederkher, M. Storck, A. Tisserand au sujet de l'arrêt 1ère Civ 8 février 2000.
[919] M. N. Legrand : « Les pouvoirs du débiteur dessaisi » RPC 1991-1 n°46.

§ 2 – Le cas du donataire en redressement judiciaire.

331. Le redressement judiciaire met en cause, dans ce cas de figure, en plus des organes de la procédure, la famille du donataire et du donateur. Les règles civilistes propres aux donations s'appliquent sans subir l'influence de celles issues de la procédure collective. Il convient cependant d'examiner le régime des donations réalisées antérieurement au jugement d'ouverture (A), ainsi que celles qui sont postérieures à celui-ci (B).

A) – Les donations antérieures au redressement.

332. La possibilité d'assortir la donation d'une clause de retour conventionnel permet, pour les immeubles, dès lors qu'elle est publiée à la conservation des hypothèques, de la rendre opposable aux organes de la procédure collective du donataire. A défaut de publication, de même que dans le cas d'une donation mobilière, la clause leur est inopposable. En ce cas, le décès du donataire en redressement ne permettra pas le retour du bien et, pour les biens meuble, le jeu de l'article 2279 du Code civil s'appliquera[920].

333. L'inexécution des charges par le donataire en redressement judiciaire peut entraîner la révocation de la donation, à moins que celles-ci ne consistent dans le versement d'une somme d'argent. Dans cette hypothèse, toute action de la part du donateur et qui tendrait au paiement de cette charge se heurterait à l'article L 621-40 du Code de commerce. Cet arrêt des poursuites individuelles durant la période d'observation n'autorise que la mise en œuvre du principe de la déclaration des créances antérieures (article L 621-43 du Code de commerce) de la part du donateur.

[920] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n°1898.

334. En cas de révocation pour cause d'ingratitude des donations (article 955 du Code civil), sa mise en œuvre permettra que l'élément d'actif, objet de la donation, échappe aux créanciers du donataire. Les causes de révocation pour ingratitude étant de droit strict[921] indépendamment des humeurs et griefs des parties, il appartiendra au donateur d'en rapporter la preuve et aux juridictions d'apprécier les sévices, délits et injures[922]. A défaut d'y parvenir, le bien restera dans le patrimoine du donataire et augmentera ainsi la garantie de ses créanciers. Le paiement des créanciers, qui est l'un des objectifs des procédures collectives, sera facilité par la survenance d'un élément d'actif, notamment grâce aux donations faites au débiteur postérieurement au jugement d'ouverture qui vont augmenter son patrimoine, gage commun de ses créanciers (B).

B – <u>Les donations postérieures au redressement</u>.

335. Le principe de l'unité patrimoniale a pour conséquence que tout actif, qui augmente le patrimoine d'une personne, peut être saisi par ses créanciers. Cependant, l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991 autorise celui qui donne à soumettre sa libéralité à la condition que les créanciers du gratifié ne puissent pas la saisir. Fondée sur le postulat selon lequel, celui qui peut ne rien donner peut soumettre sa libéralité à cette condition, la logique veut que l'insaisissabilité ne concerne que les créanciers antérieurs à la donation. Cette insaisissabilité se doit d'être distinguée de l'inaliénabilité conventionnelle, qui est opposable à tous les créanciers du donataire[923]. L'objectif poursuivi, quant à la mise en œuvre de cette clause, est de fournir au débiteur un « patrimoine » qui échappe au droit de gage de ses créanciers.

---

[921] J. Patarin : « Successions et libéralités » RTD Civ juillet-septembre 2003 p. 530 et s.
[922] Civ. 1ère 14 janvier 2003 Bull. Civ I, n°5.
[923] Cass. Req. 27 juillet 1863 D. P. 1864 Ière partie p. 494 : « *l'interdiction absolue d'aliéner l'immeuble légué ou donné, imposée à toujours par le testateur ou le donateur, doit être réputée non écrite comme contraire aux principes sur lesquels repose la propriété ; il en est autrement de l'interdiction temporaire que, dans son intérêt le père donateur, avec réserve d'usufruit, impose à son fils donataire pour toute la durée de cet usufruit* ».

336. Dans cet objectif, le contrat d'assurance-vie est un autre moyen qui permet au débiteur de mettre à l'abri des poursuites de ses créanciers le montant des primes qu'il verse. Néanmoins, la requalification de ce contrat en donation indirecte dépendra de la rédaction des clauses[924]. Le mécanisme qui interdit à l'une des parties de disposer des capitaux qu'elle seule a investi, tout en autorisant son coadhérent à bénéficier d'avances et à profiter d'une partie du capital, caractérise l'intention libérale. Cette donation indirecte, dont l'objectif est de contourner la règle de la saisie collective des cranciers, ne pourra pas atteindre son but. En tant qu'élément du patrimoine du débiteur, elle sera remise en cause afin de permettre, grace à un plan de redressement, de désintéresser les créanciers.

L'opposition entre les intérêts familiaux de l'entrepreneur et ceux de ses créanciers ne laisse cependant pas le débiteur sans possibilité de préserver les intérêts économiques de sa famille. En effet, la technicité du droit favorise, par ses mécanismes, cette préservation (Chapitre II).

[924] CA Toulouse 11 octobre 2001 D. 2002 IR p. 539 : relatif à un contrat d'assurance vie conclu entre un neveu et sa tante de 85 ans dont celle-ci avait versé l'intégralité des capitaux et dont le bénéficiaire était le neveu. La cotitularité permettait le maintien du contrat au décès de l'un des adhérents (vraisemblablement le neveu, vu l'âge de la tante) tout en bénéficiant de l'intérêt fiscal lié à ce type de contrat. De plus, un avenant imposait l'accord des deux adhérents pour toute opération de retrait ou de demande d'avance.

Conclusion Chapitre I

En application du principe de l'unité du patrimoine, tous les biens meubles et immeubles, présents et à venir, garantissent les créanciers du débiteur. Dans cette perspective, la procédure collective influe sur la situation des membres de sa famille, notamment lors de la mise en œuvre des règles successorales et des libéralités. La nature personnelle et patrimoniale de ces dernières, associée aux dispositions du redressement judiciaire implique l'intervention des mandataires judiciaires.

Dans le cadre des successions, l'héritier en redressement judiciaire dispose, avec l'administrateur, de la faculté d'option. L'impératif de protection des créanciers autorise l'administrateur, le représentant des créanciers ou le commissaire à l'exécution du plan à mettre en oeuvre l'action paulienne. L'intérêt des créanciers est aussi mis en exergue lors de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Celle-ci, à son décès cesse, de sorte que l'héritier en procédure collective sera tenu, à l'égard de ses créanciers, sur son actif qui intègre celui du *de cujus.* Inversement, lorsque le redressement concerne le *de cujus*, l'héritier dispose de la faculté d'option et ne peut, à moins qu'il ne soit commerçant, être soumis à une procédure collective. L'acceptation pure et simple étend la « saisie » collective des créanciers du défunt au patrimoine de l'héritier, par le jeu de l'obligation *ultra vires successionis.* Ainsi les dispositions du plan de continuation du *de cujus* bénéficient à ses héritiers, dans la mesure ou le décès n'est ni une cause de résolution du plan, ni une cause de caducité de celui- ci.

Dans le cadre des libéralités, l'absence de contrepartie et le risque de transfert d'actif, au profit d'un proche du débiteur et au préjudice des créanciers est l'objectif que le législateur entend déjouer. La remise en cause des libéralités accomplies par le donateur en redressement peut se fonder sur les actions des nullités de la période suspecte et, à défaut, par le droit

commun, dès lors qu'elles portent atteintes à la réserve. Entre époux, les donations tombent sous le coup des dispositions de l'article L 621-114 du Code de commerce, les rendant sans effet vis-à-vis des tiers du fait d'une inopposabilité réciproque qu'il consacre, et qui n'autorise pas l'administrateur à poursuivre le bien donné au débiteur par son conjoint. Afin de garantir aux membres de la famille du débiteur, un niveau de vie équivalent à celui dont ils disposaient avant la procédure de redressement judiciaire, les libéralités réalisées au profit du donataire en redressement doivent se conformer aux règles civilistes et de la « faillite ». Pour les donations antérieures au redressement, l'insertion d'une clause de retour conventionnel permet, pour les immeubles, et à condition qu'elle soit publiée à la conservation des hypothèques, de les rendre opposables aux organes de la procédure. L'inexécution des charges, sauf s'il s'agit du versement d'une somme d'argent, entraîne la révocation de la donation de la même manière qu'en cas d'ingratitudes. Pour les donations postérieures au jugement de redressement, le principe de l'unité du patrimoine permet, pour les créanciers du donataire, de voir augmenter leur garantie. Cependant, le bénéficiaire peut être protégé si la libéralité est soumise à la condition que les créanciers du gratifié ne pourront la saisir. Cette insaisissabilité, issue de l'article 14 de la loi du 9 Juillet 1991, distincte de l'inaliénabilité conventionnelle, n'est toutefois opposable qu'aux créanciers antérieurs à celle-ci. La sauvegarde des intérêts pécuniaires de la famille s'oppose à celui des créanciers. Face à cet antagonisme factuel, qui est retranscrit par les textes, la technique juridique autorise cependant la préservation pécuniaire de la famille du débiteur.

Chapitre II – La préservation des intérêts pécuniaires de la famille.

337. L'impact le plus faible de la procédure collective sur le patrimoine du débiteur a toujours été recherchée, tant par lui-même, que par ses proches. L'antagonisme qui se développe entre les buts poursuivis par la famille et la réalité de la saisie collective se matérialise, notamment, par la rédaction de clauses d'inaliénabilité à l'occasion de donation (Section I), ou dans la mise en œuvre de contrats d'assurance vie (Section II). Ces techniques permettent de faire échec à la mainmise des créanciers de la procédure sur les actifs, objets de ces clauses.

Section I – La clause d'inaliénabilité.

338. L'utilisation de cette clause, lors des donations, préserve aux mieux les actifs de l'entrepreneur en redressement. L'inaliénabilité, conséquence de l'insaisissabilité du bien, paralyse l'action des mandataires judiciaires. La mise en œuvre de cette clause favorise le donataire et ses proches (§ 1), sans toutefois laisser l'administrateur judiciaire ou, à défaut, le représentant des créanciers, dépourvu de tout moyen (§ 2).

§ 1 – La mise en œuvre de la clause d'inaliénabilité.

339. La clause d'inaliénabilité, dont le but est le maintien du bien dans le patrimoine du donataire, offre un effet protecteur supplémentaire en cas de procédure collective. Cette efficacité se traduit par l'impossibilité pour les créanciers, ainsi que pour les mandataires judiciaires, de poursuivre la réalisation du bien. La clause d'inaliénabilité prévue en faveur du donataire ou du donateur est l'expression d'un droit personnel (A) qui a une influence sur les membres de la famille (B).

A – L'exercice d'un droit personnel.

340. La clause d'inaliénabilité, prévue à l'article 900-1 du Code civil consacre l'idée selon laquelle celui qui pourrait ne rien donner, peut soumettre sa libéralité à la condition que les créanciers du donataire ne puissent saisir le bien donné[925]. Dans cette perspective, et afin de parvenir à une protection maximale de l'entrepreneur en redressement judiciaire et de ses proches, la clause doit se combiner avec le démembrement du droit de propriété. En effet, le donateur qui se réserve l'usufruit du bien et transmet, sous clause d'inaliénabilité, la nue-propriété[926], confère une plus grande protection aux proches du débiteur. Plus encore, l'insertion de cette clause d'inaliénabilité sous la forme d'une tontine[927] est possible, dès lors qu'elle respecte les dispositions de l'article 900-1 du Code civil. La tontine, plus souvent insérée dans des actes d'acquisition que dans ceux de donation, fournit à ceux-ci l'équivalent d'une clause d'inaliénabilité[928].

---

[925] P. Le Cannu, J. M. Lucheux, M. Pitron, J. P. Sénéchal : « Entreprises en difficultés » éd. Joly n°466.
[926] Req. 27 juillet 1863 D. P. 1864 Ière partie p. 494.
[927] Civ. 1ère 8 janvier 2002 D. 2002 IR p. 542 et s, JCP éd. G 2002 II, 10036 note Y. Chartier.
[928] R. Le Guidec : « Successions et libéralités » JCP éd. G 2002 I, 178 p. 1954 à propos de Civ. 1ère 8 janvier 2002.

341. Le mécanisme voulu par le donateur interdit à l'administrateur, pour peu qu'il représente le débiteur, ainsi qu'au représentant des créanciers de poursuivre la réalisation du bien donné, à moins que tous les donataires ne soient en redressement judiciaire. Hormis ce cas, cette stipulation permet par la double condition, suspensive de survie et résolutoire du prédécès[929], de faire échapper cet actif à la poursuite des créanciers des donataires. Malgré la pluralité de donataires, il n'y a en effet qu'un propriétaire qui ne sera connu que lors de la réalisation de la condition. Cette conséquence, dont l'unique but est d'assurer la protection des intérêts familiaux (B), paralyse toute action de la part des mandataires judiciaires.

B – Une clause protectrice.

342. Afin de remplir ce rôle protecteur, la clause d'inaliénabilité prévue à l'article 900-1 du Code civil doit remplir deux conditions : elle doit être temporaire et elle doit être justifiée par un intérêt sérieux et légitime. La jurisprudence[930] précise que l'inaliénabilité stipulée pour la durée de vie des donateurs est temporaire, alors qu'il en va différemment en cas de stipulation pour la vie du donataire. L'intérêt sérieux et légitime, qui est la cause de l'inaliénabilité, s'apprécie en amont, par rapport aux considérations familiales relatives au bien, dont l'insaisissabilité est recherchée.

A ce titre, dans le but de renforcer le critère de « l'intérêt sérieux et légitime », il serait opportun que le donateur, qui prévoit une clause d'inaliénabilité, se réservât une partie de la propriété (usufruit), afin que l'interdiction d'aliéner se fasse également dans son propre intérêt[931].

---

[929] Civ 1ère 11 janvier 1983 JCP éd. N 1983 II, 329 note R. Brochard ; Civ 1ère 27 mai 1986 D. 1987, 139 note G. Morin.
[930] Y. Chartier note sous Civ. 1ère 8 janvier 2002 JCP éd. G 2002 II, 10036 « assimilant aux inaliénabilités perpétuelles celles qui étaient simplement viagères et même celles qui étaient assorties d'une durée déterminée mais telle qu'elle équivalait en fait à une interdiction viagère d'alinéner pour l'intéressé ».
[931] Req. 27 juillet 1863 D. P. 1864 1ère partie p. 494.

343. La volonté de protéger les biens donnés des créanciers du donataire sera d'autant plus efficace qu'on aura pris soin d'insérer une clause d'accroissement dans l'acte de donation. Le mécanisme de la tontine provoque une quasi inaliénabilité des biens transmis qui, si on l'associe à une donation, aura un effet supérieur à celui d'une acquisition faite par les seuls tontiniers. Dans ce cas l'irrévocabilité des donations conforte l'inaliénabilité de la tontine et, à l'inverse d'une acquisition faite par les tontiniers qui pouvent revenir sur le contrat, ne permet pas de remise en cause de celle-ci[932]. La protection recherchée des intérêts familiaux, à travers la clause d'inaliénabilité, subit toutefois des atténuations (§ 2).

[932] Civ. 1ère 8 janvier 2002 D. 2002 IR p. 542 ; JCP éd. G 2002 II, 1003 note Y. Chartier ; R. Le Guidec : « Successions et libéralités » JCP éd. G 2002 I, 178 p. 1954.

§ 2 – ***Les atténuations aux droits de la famille***.

344. L'accroissement des actifs du débiteur en redressement, par le biais d'une clause d'inaliénabilité, tend à être remise en cause par le représentant des créanciers ou le commissaire à l'exécution du plan. La jurisprudence, sensible aux demandes de ces derniers, se montre particulièrement favorable à leur égard. En effet, elle leur confère une action à l'encontre de ce type d'acte (A) et interprète les textes généraux en faveur des procédures collectives (B).

A – Les actions diligentées à l'encontre des intérêts familiaux.

345. La remise en cause des actes, qui tendent à exclure du droit de gage général des créanciers tout élément d'actif, est un objectif poursuivi par les mandataires judiciaires. Toutefois, le mécanisme de la clause d'inaliénabilité s'oppose aux demandes d'aliénation du bien[933] ; aussi, la jurisprudence était-elle réticente à ouvrir la voie de l'action oblique pour lever ces clauses[934]. L'action visée à l'article 900-1 du Code civil, étant exclusivement attachée à la personne du donataire, n'autorise pas l'un de ses créanciers à agir à sa place. Cette conception, qui n'est pas à l'abri de reproches, refuse de mettre en œuvre l'article 1166 du Code civil, de sorte que la clause d'inaliénabilité poursuit pleinement ses effets, quand bien même l'intérêt qui l'a déterminé aurait disparu. La possibilité d'utiliser l'action de l'article 1166 du Code civil, en cas de clause d'inaliénabilité, permet d'assurer plus

[933] Com 9 novembre 2004 D. 2004 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 3068 et s note A. Lienhard ; Civ. 1ère 29 mai 2001 JCP éd. G 2001 Act. p. 1201 : « *le représentant des créanciers (…) ne peut demander l'autorisation d'aliéner un bien donné avec clause d'inaliénabilité* », RTD Civ.juillet- septembre 2001 p. 644 et s. par J. Patarin, JCP éd. G 2001 I, 360 « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » par M. Cabrillac et P. Petel p. 2042, D. 2001 IR p. 1997 ; Civ. 1ère 3 avril 2002 R. J. Com. décembre 2003 n°1622 note J. P. Sortais pour qui l'action visée à l'article 900-1 est « *subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial (…) exclusivement attachée à la personne du débiteur* » tenant en échec le déssaisissement ; Civ. 1ère 3 juin 1998 Bull. Civ. I n°192.

[934] Civ. 1ère 3 juin 1998 JCP éd. G 1998 I, 177 « Droit des obligations » sous la direction de J. Ghestin par G. Loiseau.

efficacement la protection des droits des créanciers. La Cour de cassation, sensible à cette argumentation, modifia sa jurisprudence[935] et autorisa les créanciers à user de l'action oblique dans le cas d'une donation faite à leur débiteur et assortie d'une clause d'inaliénabilité. L'intensité des intérêts moraux et familiaux, exclusivement attaché à la personne du donataire et qui permet à ce dernier de disposer du bien, doit être appréciée par le juge au visa de l'article 900-1 du Code civil, ainsi qu'il en est de l'examen de la recevabilité de l'action oblique sur le fondement de l'article 1166 du Code civil[936]. Cette protection des droits des créanciers s'inscrit dans une politique jurisprudentielle qui tend, dans le silence des textes spéciaux, à appliquer des dispositions favorables à l'intérêt dont la protection est recherchée. La jurisprudence fait preuve d'originalité, lors de la mise en œuvre de l'action oblique[937], ainsi que de l'action paulienne[938], en faveur des mandataires judiciaires.

346. Cet accroissement de la protection des créanciers doit cependant être relativisé. En effet la levée de la clause d'inaliénabilité, à la demande des mandataires judiciaires, est inopérante dès lors que celle-ci a un fondement moral, personnel ou familial. A l'inverse, l'action oblique prospérera, si le mandataire judiciaire rapporte la preuve que l'intérêt du donataire-débiteur est supérieur à celui du donateur. Cette perspective ne doit pas être confondue avec une jurisprudence d'apparence voisine, mais dont le fondement est différent[939]. Aux termes de cette dernière, « *le représentant des créanciers dans la liquidation judiciaire du donataire ne peut demander l'autorisation d'aliéner un bien donné avec clause d'inaliénabilité* ». Le critère relatif à des « *considérations personnelles d'ordre moral et*

---

[935] Civ.1 ère 11 janvier 2000 D. 2000 Jur. p. 877 et s. note F. Planckeel ; R. Le Guidec « Successions et libéralités » JCP éd. G 2000 I, 278 p. 2235 et s ; D. 2000 IR p. 33.
[936] F. Planckeel note sous Civ. 1ère 11 janvier 2000 D. 2000 Jur. p. 877 et s.
[937] CA Paris 19ème Ch. B 13 mars 1998 JCP éd. G 1998 II, 10072 note V. Duboeuf-Hild.
[938] Com 9 juillet 2002 Act. Proc. Coll. 4 novembre 2002 n° 216 ; Com 13 novembre 2001 JCP éd. G 2002 II, 10151 note E. Bost ; Com 8 octobre 1996 D. 1997 Jur. p. 87 et s. note F. Derrida, D. Aff. 1996 p. 1294 et s; C. Pizzio-Delaporte : « Action paulienne dans les procédures collectives » RTD Com octobre-décembre 1995 p. 715 et s. ; G. Blanc : « L'exercice de l'action paulienne » Act. Proc. Coll. 18 janvier 2002 p. 1.
[939] Civ. 1ère 29 mai 2001 JCP éd. G 2001 Act. p. 1201, D. 2001 IR p. 1997 ; M. Cabrillac et P. Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2001 I, 360 p. 2042 ; J. Patarin : « Successions et libéralités » RTD Civ juillet-septembre 2001 p. 644 et s ; Civ. 1ère 3 avril 2002 R. J.Com. Décembre 2003 n°1622 note J. P. Sortais.

familial (…) exclusivement attachées à la personne du donateur »[940], visé par l'arrêt, semblerait indiquer que la Cour de cassation est revenue à sa jurisprudence antérieure[941], qui excluait la mise en œuvre de l'action oblique. Cependant, la lecture de cet arrêt doit se faire au visa de l'article L 622-9 du Code de commerce, relatif à la liquidation judiciaire[942], qui exclut de la compétence des mandataires judiciaires, l'exercice des actions exclusivement attachées à la personne du débiteur. En l'espèce, il ne s'agissait nullement de l'exercice de l'action oblique par le mandataire, mais au contraire de la mise en œuvre par ce dernier de l'action personnelle du débiteur, visée à l'article 900-1 du Code civil et qui ne fait pas partie du « dessaisissement » édicté par l'article L 622-9 du Code de commerce. Les incertitudes issues de cet arrêt[943] ne remettent nullement en cause la mise en œuvre de l'action oblique à la diligence des mandataires judiciaires, dès lors qu'il n'y a pas d'intérêt moral, personnel ni familial à la clause d'inaliénabilité. Il en est de même de l'action paulienne à l'initiative de ces mêmes personnes, qui peut recevoir application à la condition que la preuve d'un appauvrissement du débiteur, du fait de l'acceptation de cette clause d'inaliénabilité, soit rapportée. En cas d'accueil de l'action oblique, les difficultés apparaissent dès lors qu'il s'agit d'apprécier la notion « d'intérêt » prévue à l'article 900-1 du Code civil (B).

B – La jurisprudence.

347. Il appartient à la jurisprudence de préciser quels intérêts elle entend favoriser entre ceux issus des procédures collectives et ceux provenant de la clause d'inaliénabilité. L'antagonisme entre l'impératif visé aux articles L 620-1 et suivants du Code de commerce et

[940] J. Patarin : « Successions et libéralités » RTD Civ juillet- septembre 2001 p. 645.
[941] Civ. 1ère 3 juin 1998 JCP éd. G 1998 I, 177 « Droit des obligations » sous la direction de J. Ghestin par G. Loiseau.
[942] Le liquidateur exerce « *les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine* » ; CA Paris 3ème Ch. Sect B. 3 juillet 1998 R. J. Com mai 1999 n°1528 note J. Vallansan.
[943] M. Cabrillac et P.Petel : « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » JCP éd. G 2001 I, 360 p. 2042.

les intérêts personnels d'ordre moral ou familial attachés à la personne du donataire en est l'enjeu. La détermination de ce qui ressortit d'un droit ou d'action « *exclusivement attaché à la personne* » et ce qui ne l'est pas procède d'une analyse du juge. Au terme de celle-ci, il pourra privilégier l'intérêt du débiteur, qui seul peut demander en justice la levée de l'inaliénabilité, à l'exclusion des créanciers agissant par la voie oblique[944]. Seule la considération de l'intérêt initial du donateur, de l'intérêt présent du donataire et de l'intérêt général doit être examinée. Aucune systématisation ne peut être faite et l'analyse de la jurisprudence, qui se prononce au cas par cas, indique que les mandataires judiciaires doivent prendre en considération l'intérêt du donataire, en application de l'article 1166 du Code civil, et non celui des créanciers[945]. Le conflit d'intérêts entre le débiteur et les créanciers de la procédure, quant à la levée de l'inaliénabilité, ne peut objectivement se résoudre par la primauté de l'un sur l'autre. A défaut de hiérarchie entre ces deux objectifs[946] , il appartient au juge d'apprécier les faits à la lumière de l'article 900-1 du Code civil et à l'aune de l'intérêt du donataire.

348. Il est à noter toutefois que la jurisprudence a tendance à défendre, sous couvert de l'article 900-1 du Code civil, les intérêts des créanciers[947] au détriment de la cause de l'inaliénabilité qui est le maintien du patrimoine familial. La clause d'inaliénabilité qui porte atteinte à la libre transmission de la propriété, pour aussi drastique qu'elle soit, n'autorise pas le juge à la remettre en cause dans l'unique objectif de faire prévaloir les intérêts des créanciers sur ceux du débiteur. « *L'expropriation* » du donataire contre sa volonté et celle du donateur ne se justifie plus sur le fondement de l'article 900-1 du Code civil, mais s'explique

[944] G. Loiseau : « Droit des obligations » sous la direction de J. Ghestin JCP éd. G 1998 I, 177 p. 1957.
[945] J. Patarin : « Successions et libéralités » RTD Civ juillet- septembre 2001 p. 644 et s.
[946] J. Vallansan note sous CA Paris 3ème Ch. Sect. B. 3 juillet 1998 R. J. Com mai 1999 n°1528.
[947] CA Caen 1ère Ch. Sect.civ. 4 mars 2003 Act. Proc. Coll. 23 mai 2003 n°121 ; CA Bourges 1ère Ch. 20 avril 1999 Act. Proc. Coll. 16 novembre 1999 n°231 ; CA Paris 3ème Ch. Sect. B 3 juillet 1998 R. J. Com mai 1999 n°1528 note J. Vallansan.

par une volonté exacerbée de protéger les créanciers. L'esprit du Code civil est détourné au profit de « *l'intérêt plus important* » des créanciers. La Cour de cassation[948] ne s'est pas engagée dans cette voie et retient comme critère la démonstration que « *l'intérêt de la donataire était supérieur à celui de la donatrice ayant justifié l'insertion de la clause d'inaliénabilité* »[949], respectant ainsi l'article 900-1 du Code civil. L'appréciation des intérêts du donateur et du donataire par le juge, face au critère « *sérieux et légitime* », amène à penser que la clause d'inaliénabilité demeure d'une redoutable efficacité.

349. Tout aussi pertinent, le mécanisme de l'assurance-vie sauvegarde les intérêts familiaux face aux créanciers de la procédure de redressement. La diversité des contrats, qui est regroupée sous la dénomination d' « assurance-vie » poursuit différents objectifs qu'ils soient d'assurance, de capitalisation ou mixte. Cette technique permet d'offrir à un ou plusieurs membres de la famille du débiteur-souscripteur le versement d'un capital, qui ne pourra pas être appréhendé par les mandataires judiciaires (Section II).

[948] Civ. 1ère 8 mars 2005 Gaz. Pal. 6-7 juillet 2005, p 18, obs D. Voinot ; Com 4 janvier 2000 Act. Proc. Coll. 10 mars 2000 n°54, JCP éd. G 2001 I, 360 « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises » par M. Cabrillac et P. Petel p. 2042.

[949] Civ. 1ère 11 janvier 2000 D. 2000 Jur. p. 877 et s. note F. Planckeel, JCP éd. G 2000 I, 278 « Successions et libéralités » par R. Le Guidec p 2235 ; Civ. 1ère 29 mai 2001 D. 2001 IR p. 1997, RTD Civ juillet- septembre 2001 p. 644 et s. « Successions et libéralités » par J. Patarin.

Section II – <u>La protection offerte par l'assurance-vie</u>.

350. Le contrat d'assurance-vie peut, selon les cas, s'analyser en contrat d'assurance ou en contrat de capitalisation dont le règime, ainsi que les objectifs, diffèrent[950]. La prévoyance, qui est à son origine, permet d'offrir aux proches du souscripteur une garantie lors de la survenance de l'aléa qui caractérise tout contrat d'assurance. En cas de redressement judiciaire du souscripteur, les actifs qui constituent le capital échappent à ses créanciers. Sans être une voie qui permet au souscripteur d'organiser son insolvabilité, l'assurance-vie est un outil qui assure la transmission du capital issu du contrat à l'un de ses proches, sans que ses créanciers ne puissent mettre à mal cet effet[951]. Ce contrat, souscrit par l'entrepreneur en redressement, doit concilier les règles issues des procédures collectives avec celles de l'assurance-vie (§1) qui, nécessairement, limitent les prérogatives du « souscripteur-débiteur » (§ 2).

[950] M. Grimaldi : « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » Defrénois 1994 Art. 35841 ; G. Courtieu « Assurances terrestres » J. Cl. civil Tome 2 Fasc 515-10 n°15 relatif aux assurances en cas de décès dans lesquelles « *le souscripteur entend qu'un capital déterminé soit remis lors de son décès à un bénéficiaire moyennant paiement à l'assureur de primes à échéances fixes* », d'assurance en cas de vie « *dans lesquelles l'assureur s'engage, en contre partie de primes, à verser une somme d'argent convenue à une date déterminée, si l'assuré est vivant à cette date* », d'assurance mixte qui combine ces deux formules ; A . E . Credeville : « Qualification des contrats d'assurance-vie», R. J. D. A. février 2005, p 71 et s.

[951] Req. 30 mai 1911 D. 1912, I p.173 et s; CA Rennes 6 avril 1910 D. P. 1910, 2 p. 329 note P. Dupuich ; Com 12 juin 2001 D. 2001 Cah. Dr des Aff. Act. Jur. p. 2034 et s. obs. A. Lienhard. Le capital ou la rente au profit du bénéficiaire échappe aux créanciers du souscripteur.

§ 1 – L'assurance-vie face à la procédure de redressement judiciaire.

351. L'assurance vie institue une technique qui permet d'organiser, aux mieux, les intérêts de la famille du débiteur. Cette dénomination, qui englobe diverses situations, octroie, dans tous les cas, au bénéficiaire du contrat une somme d'argent constituée par le souscripteur. Face aux motivations des parties, il appartient aux juridictions de requalifier ce contrat afin de lui appliquer les règles des procédures collectives (A), dont les conséquences rejaillissent sur le bénéficiaire (B).

A – Les objectifs du contrat d'assurance-vie.

352. La recherche de la cause permet de (re)qualifier le contrat dont le corollaire est, pour les créanciers, la restitution des primes au profit de leur débiteur-souscripteur. La cause implicite et déterminante peut être, pour le souscripteur, la satisfaction d'un devoir, l'accomplissement d'une intention libérale[952]ou une opération de capitalisation dépourvue d'aléa, voire d'une véritable assurance. L'assurance-vie comporte un aléa, redouté par l'assuré qui, à titre de prévoyance, se prémunit contre ce risque[953]. Dès lors, ces contrats d'assurance-vie ne peuvent être requalifiés en contrats de capitalisation dont le capital, déterminé à l'avance, devra être remboursé indépendamment de tout aléa tenant à la durée de vie du souscripteur[954]. Cependant, il est possible, dans le cadre de contrat d'assurance mixte,

[952] M. Grimaldi : « Réflexion sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » Defrénois 1994 art. 35841 (p.743) ; CA Toulouse 11 octobre 2001 D. 2002 IR p. 539 relatif à une donation indirecte déguisée en contrat d'assurance-vie.
[953] J. Ghestin et M. Billiau : « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrat de capitalisation » JCP éd. G 2001 I, 329 ; M. Périer : «Chronique d'une assurance ordinaire : l'assurance- vie devant la chambre mixte de la Cour de cassation. », Gaz. Pal. 19-21 juin 2005, p 2 et s.
[954] CA Paris 2ème Ch. A 2 octobre 2001 D. 2001 IR p. 3248 et s; D. de Montbrial : « L'assurance-vie et la société » Gaz. Pal. 16,18 mars 2003 p. 2 et s.

de méler les effets de l'assurance à ceux de la capitalisation[955] en maintenant la notion d'aléa[956]. L'assureur, propriétaire des primes, doit, au terme du contrat, exécuter une obligation vis-à-vis du souscripteur ou d'un tiers bénéficiaire. A l'inverse du contrat de capitalisation, où l'assureur n'est que le dépositaire des sommes versées par le souscripteur, l'assurance-vie transfert la propriété des primes à l'assureur. L'administrateur, ainsi que le représentant des créanciers, n'aura de cesse que d'obtenir la réintégration des capitaux dans le patrimoine du « débiteur-souscripteur » qui dispose, non seulement de la faculté de rachat, mais encore de celle de désigner le bénéficiaire (B). La notion d'aléa, critère de qualification du contrat en contrat d'assurance, est au centre des débats.

B – Les créanciers face à l'assurance-vie.

353. La position des créanciers varie en fonction de l'acte envisagé, que celui-ci soit constitutif d'une dépense de prévoyance ou d'un investissement[957]. Toutefois l'assurance-vie dont le capital, payé par l'assureur, correspond à la valeur de l'épargne acquise au jour du paiement est une opération de prévoyance et non de capitalisation. Le but poursuivi n'est pas la réalisation d'un profit mais la diminution des inconvénients liés à un décès[958]. L'aléa, qui résulte de la survenance du décés fait obstacle, sauf exceptions, à la remise en cause du contrat par les mandataires judiciaires. La mise en œuvre de ces exceptions se fera sur la base de l'action paulienne (article 1167 du Code civil), des nullités de la période suspecte (articles

[955] En cas de survie du souscripteur au terme contractuel, l'assureur lui verse un capital ou une rente et, en cas de décès, l'assureur verse la somme à un tiers bénéficiaire.
[956] CA Paris 2ème Ch. A 2 octobre 2001 D. 2001 IR p. 3248 et s, l'aléa procède « *de la durée de vie du souscripteur, laquelle détermine le bénéficiaire* ».
[957] M. Grimaldi : « Réflexion sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » Defrénois 1994 art. 35841 p. 750.
[958] J. Ghestin et M. Billiau : « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation » JCP éd. G 2001 I, 329 p. 1209 ; M. Périer « Chronique d'une assurance ordinaire : l'assurance-vie devant la chambre mixte de la Cour de cassation. » Gaz. Pal. 19-21 juin 2005, p. 2 et s ; Ch. Mixte 23 novembre 2004 (4 espèces), Gaz. Pal. 19-21 juin 2005, p. 20 et s ; CA Paris 2ème Ch. A 2 octobre 2001 D. 2001 IR p. 3248.

L 621-107 et suivants du Code de commerce) ou lorsque les sommes versées sont manifestement exagérées, eu égard aux facultés du « souscripteur-débiteur » (article L 132-13 du Code des assurances). L'appréciation de ce dernier fondement s'effectue en fonction de la situation globale de fortune du souscripteur. Ces dispositions atténuent la règle selon laquelle le capital assuré n'a jamais fait partie du patrimoine du souscripteur, en autorisant la réintégration des capitaux versés dans le patrimoine de celui-ci. Les mandataires judiciaires peuvent agir, afin que les primes payées par le « souscripteur-débiteur » réintègrent son patrimoine, dès lors que le capital aura été versé, mais en le limitant à celles qui tombent sous le coup des articles 1167 du Code civil, L 621-107 et suivants du Code de commerce et L 132-14 du Code des assurances.

354. L'exercice du « rachat », qui est un droit personnel au souscripteur, lui permet de résilier son contrat (article L 132-9 du Code des assurances) sans que ses créanciers puissent s'y opposer, notamment sur le fondement de l'action oblique (article 1166 du Code civil)[959], pas plus que le bénéficiaire (à condition qu'il n'aît pas accepté la stipulation). Le « rachat » augmente le patrimoine du « débiteur-souscripteur », gage de ses créanciers. Cependant, faute d'exercer cette faculté, aucun créancier ne pourra user d'une quelconque voie d'exécution à l'encontre de l'assureur quant au paiement de la valeur de rachat, malgré plusieurs réponses ministérielles et instructions fiscales en sens contraire[960].

[959] V. Leclercq : « Quelles conséquences engendre le dépôt de bilan de l'assuré sur le contrat d'assurance-vie individuelle ? » Gaz. Pal. 27, 28 septembre 2000 p. 12 et s. (p. 15) ; J. Ghestin et M. Billiau : « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation » JCP éd. G 2001 I, 329 (p. 1211) citant Com 25 octobre 1994 Bull. Civ. IV n°311 et Civ. 1ère 28 avril 1998 Defrénois 1998 art. 36837 p. 861 et s; M. Grimaldi : « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » Defrénois 1994 art.35841 (n°29).

[960] Rép. min. question n°15507, JO AN Q 31 août 1998 p.4803, rép.min. question n°8872, JO Sénat Q 3 septembre 1998 ; Instr.fiscale n°12 C 6-98, 18 décembre 1998 B0 I 12 C 6-98 29 décembre 1998 qui considèrent que la Cour de cassation ne consacre pas un principe d'insaisissabilité, mais une simple « *indisponibilité temporaire* » qui « *n'empêche pas de procéder à une saisie en cours de contrat, l'assureur prenant acte de cet événement, ce qui permettrait l'appréhension des sommes lors du dénouement du contrat* ».

La Cour de cassation[961] dénonce ces interprétations fiscales en précisant que le souscripteur n'est titulaire d'aucun droit saisissable.

355. Toutefois, lorsque le contrat n'est plus un acte de prévoyance mais de capitalisation, il apparaît choquant que l'épargne constituée échappe au droit de gage des créanciers du débiteur-souscripteur en redressement. Une partie des juridictions du fond, hésitante sur cet aspect[962], s'est prononcée, en pareil cas, en faveur des créanciers, en qualifiant l'acte de donation indirecte. Cette qualification autorise à passer outre les dispositions des articles L 132-13 et L 132-16 du Code des assurances qui prévoyent l'absence de rapport, réduction ou récompense des primes versées. Le mécanisme du contrat d'assurance, lié à la notion d'aléa, entraine le versement d'un capital, en cas de vie du souscripteur au terme du contrat ou au profit de l'un de ses proches en cas de décès, et sauf acceptation du bénéficiaire, confère au souscripteur seul la possibilité de modifier le nom du bénéficiaire ou d'exercer la faculté de rachat. Aucun des mandataires judiciaires du « débiteur-souscripteur » ne peut se faire attribuer ès qualité ce que ce dernier ne peut lui-même recevoir. Sa position se doit d'être nuancée face aux mandataires judiciaires qui, nécessairement, limitent ses prérogatives dans la mise en œuvre du contrat d'assurance (§ 2).

[961] Civ. 1ère 2 juillet 2002 D. 2002 IR p. 2452, 2453 : « *le souscripteur est seulement investi, tant que le contrat n'est pas dénoué, du droit personnel de racheter le contrat ou d'en modifier le bénéficiaire* ».
[962] CA Toulouse 11 octobre 2001 D. 2002 IR p. 539.

§ 2 – Les limites apportées à la mise en œuvre de l'assurance-vie

356. L'influence d'un tel contrat, sur la situation des créanciers est particulièrement lourde. La prévoyance, qu'il instaure en faveur des proches du débiteur, se heurte à l'intérêt de ses créanciers qui voient, par le versement des primes, se réduire leur droit de gage, sans qu'il y aît, pour eux, de contrepartie. Cette situation, apparemment choquante, nait du contrat d'assurance-vie qui subit, comme tous les contrats, les règles impératives du redressement. A cette occasion la signature, ainsi que la poursuite de ce contrat par le débiteur, se trouve limitées par les règles du redressement judiciaire (A). Cependant, eu égard à la notion d'aléa qui anime ce contrat, aucune requalification de ce dernier ne peut s'opérer (B).

A – Les limitations issues des règles du redressement judiciaire.

357. Les intérêts des créanciers et du débiteur doivent se concilier, en cas de redressement judiciaire, lors de la signature ou lors de la continuation d'un contrat d'assurance-vie. La dépense relative aux paiements des primes faite par le chef d'entreprise va à l'encontre de l'intérêt de ses créanciers, lorsque le bénéficiaire du contrat ne recapitalise pas l'entreprise en procédure. Le rôle de l'administrateur judiciaire, soit qu'il veille sur le débiteur, quant aux actes de gestion qu'il accomplit, soit qu'il assure l'administration de l'entreprise, l'autorise à se prononcer sur ce contrat. La personne du bénéficiaire est l'élément clef de la signature ou de la poursuite de ce contrat, par l'administrateur. La désignation d'héritiers ou du conjoint du débiteur en tant que « bénéficiaire » à la place de l'entreprise peut être judicieux à condition qu'ils s'engagent à désintéresser les créanciers[963]. En effet, le versement de l'indemnité d'assurance au profit de l'entreprise aura pour effet d'augmenter son actif, ce qui d'un point de vue fiscal est peu avantageux. Cette même opération, en faveur

[963] D. de Montbrial : « L'assurance-vie et la société » Gaz. Pal. 16-18 mars 2003 p. 2 et s. (p. 9, 10).

des héritiers, subirait une fiscalité moindre avec un effet de levier dans l'hypothèse où l'héritier, bénéficiaire de l'assurance, prêterait à l'entreprise la somme touchée. Le passif de l'emprunt viendrait minorer l'assiette de ses actifs professionnels.

358. Le Code des assurances prévoit, en cas de redressement judiciaire, la continuation du contrat, sauf résiliation de la part de l'assureur, de l'administrateur ou du débiteur autorisé par le juge-commissaire (article L 113-6 du Code des assurances). La loi de sauvegarde des entreprises, applicable au 1er janvier 2006, modifie le régime de la continuation du contrat d'assurance. En supprimant le premier alinéa de l'article L 113-6 du Code des assurances, ce contrat sera soumis au droit commun de la continuation des contrats en cours. Sa continuation de plein droit ne s'opèrera pas et sa résiliation ne pourra plus être prononcée à la suite d'impayés antérieurs au jugement de redressement judiciaire[964]. Actuellement, cette résiliation, lorsqu'elle s'opère du fait de l'assureur, se réalise après mise en demeure du débiteur et de l'administrateur[965]. L'assureur, qui ne dispose pas d'action, ne peut exiger le paiement des primes (article L 132-20 du Code des assurances), ce qui a pour corollaire l'impossibilité de déclarer la créance au passif de la procédure. Le contrat d'assurance étant un contrat consensuel[966], les dispositions spéciales prévues à l'article L 132-20 du Code des assurances, s'opposent à celles de l'article L 621-43 du Code de commerce. Les primes antérieures au jugement de redressement ne peuvent que se compenser avec la prestation due au bénéficiaire, à défaut pour le « débiteur-souscripteur », ou son administrateur, d'être autorisé par le juge-commissaire à régler une créance antérieure, sur la base de l'article L 621-

[964] P. M. Le Corre « premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) » D. 2005 Cah. Dr. des Aff. Cahier spécial, p 2312.
[965] Civ. 1ère 7 juillet 1982 Bull. Civ. I n°253.
[966] CA Rennes 2ème Ch. 21 octobre 1998 « Droit des sûretés » JCP éd. G 1999 I, 158 p. 1467 par P. Simler et P. Delebecque.

24 du Code de commerce. La Cour de cassation[967] considère que l'absence de paiement dans le délai octroyé par l'assureur entraine la résiliation du contrat, sans que l'assureur puisse se voir opposer les dispositions de l'article L 621-40 du Code de commerce, relatives à l'arrêt des poursuites individuelles[968], lorsque la réduction du capital ou des rentes allouées est impossible. Pour une partie de la Doctrine[969], la mise en oeuvre de l'article L 112-6 du Code des assurances[970] permettrait à l'assureur de déduire de la prestation le montant de la prime impayée et d'imposer cette compensation au bénéficiaire[971]. Par ailleurs, l'administrateur dispose de la faculté, lors du paiement de l'indemnité, d'exiger du bénéficiaire le rapport des primes payées et manifestement exagérées, eu égard aux facultés de l'assuré. Egalement, et à défaut de bénéficiaire, l'administrateur aura intérêt à poursuivre le contrat, afin que le bénéfice de l'indemnité profite au chef d'entreprise en redressement. Le paiement de la prime pourra s'effectuer par « *tout intéressé* » (article L 132-19 du Code des assurances), y compris par l'administrateur. En revanche, dès lors que le bénéficiaire est déterminé et a accepté la stipulation, aucune action contre ce dernier ne peut être mise en œuvre, sauf en ce qui concerne le rapport des primes manifestement exagérées. La procédure de redressement, eu égard aux intérêts qu'elle protège, s'immisce dans le champ contractuel de l'assurance-vie. En fonction de l'économie générale du contrat, l'administrateur qui dispose du rôle prépondérant pourra, le cas échéant, user du mécanisme des nullités de la période suspecte ou de l'article 1167 du Code civil, afin de garantir tant l'intérêt de l'entreprise que celui de ses créanciers. La jurisprudence, dans un premier temps fluctuante, soucieuse d'une certaine harmonie au sein du couple débiteur-créanciers, a apporté quelques atténuations dans la mise en œuvre du

[967] Com 26 mai 1999 Bull. Civ. IV n°106, Lamy Droit commercial mai 2000 « Rapport de la Cour de cassation pour 1999 » p. 4 obs. J. Haberer ; Com 26 mai 1999 RPC mars 2000 p. 14 obs. F. Macorig-Venier, Act. Proc. Coll. 25 juin 1999 n°144.
[968] V. Leclercq : « Quelles conséquences engendre le dépôt de bilan de l'assuré sur le contrat d'assurance-vie individuelle ? « Gaz. Pal. 27,28 septembre 2000 p. 12 et s. (p. 13).
[969] G. Parléani : « Le redressement judiciaire de l'assuré » RGAT 1986 p. 510 ; Lamy assurances 1998 n°578.
[970] « *L'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire* ».
[971] Lamy assurances 1998 n°3184.

contrat d'assurance-vie. Toutefois, depuis la position de principe de la chambre mixte de la Cour de cassation, celle- ci limite sérieusement les possibilités de remise en cause de ce contrat par les mandataires judiciaires (B).

B – L'absence de requalification du contrat.

359. La recherche de l'intention véritable des parties, par le juge, permet de requalifier l'acte. Le contrat d'assurance-vie n'échappe pas à cette règle, et sa requalification en contrat de capitalisation, « dépourvu d'aléa », autorise les créanciers du souscripteur en redressement à rapporter au patrimoine de ce dernier le capital versé. Les dispositions des articles L 132-12 et L 132-13 du Code des assurances (qui concernent l'absence de rapport ou de réduction des sommes versées à la succession), sont inapplicables au contrat de capitalisation. En cas de procédure collective, l'action diligentée par le mandataire judiciaire afin de requalifier le contrat en « contrat de capitalisation » entrainera, en cas de succés, que le capital versé accroisse le patrimoine du « débiteur-souscripteur », plutôt que celui du bénéficiaire. La Cour de cassation[972] précise que les dispositions de l'article L 132-12 du Code des assurances ne s'appliquent pas aux opérations de capitalisation[973], qui ne visent que le cas où « *l'assureur recueille l'épargne en vue de sa capitalisation et s'engage à restituer à l'échéance une somme déterminée sans que le contrat ne soit lié à la durée de vie humaine* »[974]. Toutefois, bien que le principe de l'exclusion des contrats de capitalisation du champ des articles L 132-12 et L 132-13 du Code des assurances soit affirmée, rien en revanche n'est précisé par la

[972] Civ. 1ère 18 juillet 2000 JCP éd. G 2000 II, 10434.
[973] J. Ghestin et M. Billiau : « Contre la requalificiation des contrats d'assurance-vie en contrat de capitalisation » JCP éd. G 2001 I, 329 (p. 1207).
[974] J. Bigot : « Tempête ou vaguelette sur l'assurance-vie ? » JCP éd. G 2000 Act p. 2215.

Cour de cassation quant au critère de l'aléa[975]. Cette notion, à l'occasion d'une instance en requalification du contrat d'assurance-vie, se fera au visa de l'article 1964 du Code civil, propre au contrat aléatoire[976]. Le paiement par l'assureur du capital, soit à l'issue du contrat soit, en cas de décès, au bénéficiaire, constitue une incertitude en ce qui concerne le terme. Sur ce point, la Cour de cassation s'est prononcée[977]et permet au « débiteur-souscripteur » de sécuriser l'opération dans le cas des contrats conclus dans l'intérêt de ses proches.

360. L'aléa, inhérent à tout contrat d'assurance, est d'une appréciation délicate, à l'image du suicide du souscripteur qui désire assurer la sécurité de ses proches[978]. Indépendamment de l'article L 132-7 du Code des assurances qui exclut toute couverture lorsque le souscripteur, au cours des deux premières années du contrat, se donne volontairement et consciemment la mort, la jurisprudence apprécie de manière « *in concreto* » la cause du suicide. L'exclusion de toute réparation, en cas de fraude (suicide préparé), ne peut s'apparenter à une rupture volontaire de l'aléa du contrat, dès que la conscience de l'acte de suicide et l'intention dolosive ne sont pas synonymes. Les suicidés apparaissent davantage comme des victimes plutôt que comme des fraudeurs ; pourtant l'octroi de la garantie dépendra des circonstances de l'espèce. Depuis l'intervention de la chambre mixte, la qualification entre contrats d'assurance-vie et contrats de capitalisation, notamment à l'occasion des procédures collectives, est de peu d'intérets. Ces deux contrats étant aléatoires, la remise en cause de ceux- ci et l'affectation des sommes objet de ces derniers au profit des créanciers du débiteur, par les mandataires judiciaires, apparaît des plus ténue.

---

[975] D. de Montbrial : « Assurance-vie : l'arrêt Leroux (Cass 1ère Civ 18 juillet 2000 Gaz. Pal. 24 février 2001, p. 19), un faux événement juridique » Gaz. Pal. 9-11 décembre 2001 p. 4 et s ; M. Périer « Chronique d'une assurance ordinaire : l'assurance-vie devant la chambre mixte de la Cour de cassation », Gaz. Pal. 19- 21 juin 2005, p. 2 et s.

[976] J. Bigot : « Tempête ou vaguelette sur l'assurance-vie ? » JCP éd. G 2000 Act. p 2215.

[977] Ch. Mixte 23 novembre 2004 (4 espèces), Gaz. Pal. 19-21 juin 2005, p. 20 et s. « le contrat comporte un aléa tenant à la durée de vie du souscripteur ».

[978] CA Agen 1ère Ch. 15 septembre 1999 ; CA Paris 7ème Ch. A 7 décembre 1999 D. 2000 Jur. p. 327 et s. note B. Beignier.

361. En ce domaine, l'entrepreneur en redressement, sauf partage de pouvoir avec l'administrateur judiciaire, est dans une situation proche d'une personne *« in bonis* ». Les restrictions résultent à la fois de l'intervention des mandataires judiciaires, dont la mission de sauvetage de l'entreprise et de préservation des intérêts des créanciers s'oppose au droits du débiteur, et également de la jurisprudence qui, parfois « *contra legem* », limite l'étendue de ses droits, en requalifiant les contrats d'assurance en contrat de capitalisation. Cette volonté affichée de rapprocher la situation du chef d'entreprise en redressement judiciaire de celle de l'entrepreneur « *in bonis* » est en passe de se réaliser. La finalité des procédures collectives restreint nécessairement une partie de ses droits, tout comme la jurisprudence qui, pourtant dans le cas des voies de recours, a su lui en octroyer dans le silence du législateur. Gageons que les prochaines lois sur les procédures collectives parachèvent la restauration des droits des débiteurs en redressement judiciaire, pour rapprocher leur situation, autant que faire se peut, de celle des entrepreneurs « *in bonis* ».

Conclusion Chapitre II

Bien que les intérêts pécuniaires de la famille du débiteur entrent en conflit avec ceux des créanciers, l'arsenal juridique laisse au débiteur la possibilité de mettre à l'abri sa famille. Toutefois, cette volonté sera combattue par l'administrateur ou le représentant des créanciers. Diverses techniques mettent en lumière cette protection familiale.

La clause d'inaliénabilité, qui peut se combiner avec le démembrement du droit de propriété, confère au donateur en redressement, et à sa famille, une protection d'autant plus importante que la donation comporte une tontine. Afin de défendre la position des créanciers du débiteur, la jurisprudence autorise la mise en œuvre de l'action oblique et de l'action paulienne par les mandataires judiciaires en vue de remettre en cause cette inaliénabilité, exclusivement liée à la personne du donataire. La levée de cette clause s'opérera si l'intérêt du donataire débiteur est supérieur à celui du donateur. Elle ne le sera cependant pas, dès lors qu'elle aura un fondement moral, personnel, familial. La notion de « l'intérêt », visée à l'article 900-1 du Code civil, est liée à la notion d'action « exclusivement attachée à la personne ». Le juge doit examiner l'intérêt initial du donateur et l'intérêt actuel du donataire, afin de préciser lequel des deux est supérieur à l'autre pour lever, éventuellement, la clause.

De même, L'assurance-vie tend à la protection des intérêts familiaux en transférant la propriété des primes à l'assureur qui, au terme du contrat, les versera au souscripteur ou à un tiers bénéficiaire. Les mandataires judiciaires tenteront de faire annuler le contrat par le biais de l'action paulienne, des nullités de la période suspecte ou du droit des assurances. La requalification du contrat, par leur soin, en donation indirecte est envisageable lorsque le contrat n'est plus de prévoyance, mais de capitalisation. En ce cas les règles du rapport, de la réduction et des récompenses trouveront application. Par ailleurs, la mise en œuvre de ce contrat, à l'occasion d'une procédure de redressement, doit concilier les intérêts du débiteur et

de ses créanciers, notamment quant au paiement des primes. Celles-ci, distinctes d'une recapitalisation de l'entreprise, contredisent l'intérêt des créanciers, surtout si le bénéficiaire du contrat est un « tiers » ayant accepté la stipulation. La requalification du contrat d'assurance-vie en contrat de capitalisation dépourvu d'aléa, à l'initiative du mandataire judiciaire, semble actuellement impossible et ne permet pas, en cas de prime unique, de rapporter le capital versé au patrimoine du souscripteur droit de gage de ses créanciers. Les conséquences, tant à l'égard de la famille du débiteur souscripteur, que des créanciers de ce dernier, sont de toute première importance. Face à l'importance des enjeux, un abondant contentieux a opposé le mandataire judiciaire au débiteur, dont l'issue s'est jouée en faveur de ce dernier.

Conclusion Titre II

La conciliation des intérêts patrimoniaux du débiteur et de sa famille avec ceux de ses créanciers constitue le point d'achoppement entre le droit des procédures collectives et le droit commun. La place de la famille du débiteur, lors de la mise en œuvre des règles successorales et des libéralités, se heurte à celles de créanciers, de sorte que l'intervention des mandataires judiciaires s'opérera à l'occasion de ces actes personnels. L'arsenal juridique, qui tend à préserver les droits des créanciers face à un acte de leur débiteur qui leur cause un préjudice, ne permet toutefois pas d'empêcher tout transfert de richesse. Des montages juridiques bien concoctés donnent au débiteur la possibilité de préserver sa famille, grâce au mécanisme de la clause d'inaliénabilité, ainsi que par celui du contrat d'assurance-vie. Les conséquences du mécanisme de ce dernier, après des hésitations entretenues par la doctrine et la jurisprudence, sont désormais claires. Sa requalification par les cours et tribunaux, à l'initiative des mandataires judiciaires, apparaît difficile de sorte que les prévisions voulues par le débiteur et sa famille seront atteintes.

Conclusion de la seconde Partie

Le principe de l'unité du patrimoine mis en œuvre à l'occasion des procédures collectives voit émerger les divergences d'intérêts entre le débiteur, les membres de sa famille, et ses créanciers. Bien que les actes accomplis par le débiteur dans le cadre de sa vie privée, relatifs à l'application des « droits de la famille », lui soient personnels, les conséquences patrimoniales qui en découlent contredisent les droits de ses créanciers. La protection de ces derniers est assurée tant par les règles du droit commun que par celles, spéciales, des procédures collectives, afin d'éviter un transfert d'actif en faveur de sa famille. Ce principe est le même qui anime l'application des règles successorales et des libéralités, dans lesquelles la place de la famille est prépondérante. La sauvegarde de celle-ci ne reste cependant pas à l'abri des actions diligentées à l'initiative des mandataires judiciaires pour remettre en cause ces « avantages », mais dont la portée sera des plus limitée dans ses effets.

Conclusion générale

Au terme de cette étude relative aux droits du débiteur en redressement judiciaire, l'on ne peut s'empêcher de faire un parallèle entre sa situation et celle d'une personne *in bonis*. Les intérêts divergents édictés par l'article L 620-1 du Code de commerce mettent en lumière la difficulté de faire ressortir l'étendue de ses droits. Les conséquences patrimoniales de ses actes, tant à l'occasion de son activité professionnelle que dans le cadre de sa vie privée, révèlent les enjeux et les divisions qui apparaissent entre la défense des intérêts des créanciers et la sauvegarde de ses propres droits.

Dans le cadre de sa vie professionnelle, le dessaisissement du débiteur constitue désormais une exception. La restauration de ses prérogatives tend à le rapprocher d'un entrepreneur *in bonis* qui, cependant, souffre de deux atténuations. D'une part, en cas de nomination d'un administrateur judiciaire, la mission de ce dernier n'a pas pour effet de démettre, sauf cas exceptionnel de dessaisissement, le débiteur de ses droits. D'autre part, l'accomplissement de certains actes l'oblige, préalablement à leur réalisation, à obtenir une autorisation judiciaire. Toutefois, malgré ces atténuations, le débiteur dispose de la pleine capacité dans la mise en œuvre de ses droits propres. Ceux-ci, essentiellement constitués par les voies de recours, peuvent être réalisés par lui seul. En effet, les restrictions voulues par le « droit de la faillite » dans le cadre des voies de recours sont atténuées par la jurisprudence qui, en vue de la préservation des droits du débiteur, lui applique la théorie des recours nullité et de la règle *specilialia generalibus derogant.*

Dans le cadre de sa vie privée, sa situation tend également à se rapprocher de celle d'une personne *in bonis*. L'exercice des « droits de la famille », qui sont personnels, n'autorise aucun mandataire judiciaire à agir aux lieu et place du débiteur. Cependant, à l'occasion de ces actions purement personnelles, leurs conséquences patrimoniales intéressent les créanciers

du débiteur par le truchement des mandataires judiciaires. L'opposabilité de ces actes aux organes de la procédure est conditionnée par la mise en cause de ces derniers à l'instance. Toutefois, leur intervention ne se fera pas au stade du débat purement personnel de la mesure, mais à l'occasion de l'évocation de ses conséquences patrimoniales.

L'exploration du domaine des droits du débiteur en redressement judiciaire, qu'il s'agisse de l'aspect professionnel aussi bien que privé, est particulièrement étendue. La procédure collective, qui est au carrefour de la mise en œuvre des différents droits, impose d'examiner son influence sur ceux-ci afin d'en déterminer les conséquences envers le débiteur. Face à leur confrontation, le débiteur en redressement, loin d'être démuni, se trouve dans une situation proche de celle d'une personne *in bonis*.

Dès lors, face à cette évidence, la proposition de thèse est la suivante : *la procédure de redressement judiciaire, malgré les intérêts qu'elle entend défendre, est de peu d'influence sur les droits du débiteur qui en est l'objet et dont la situation se rapproche de celle d'une personne in bonis, en dépit des apparences laissées par les textes.*

Cette étude a permis de définir, non seulement les droits qui étaient conférés au débiteur en redressement judiciaire, mais encore d'envisager, grâce à des montages juridiques, des moyens qui lui permettent de renforcer sa position. Ces « outils » juridiques, dont les conséquences rayonnent également sur les proches du débiteur, tendent à réduire l'intervention des mandataires judiciaires. De la sorte, la restauration de ses droits a pour effet de restreindre le clivage entre personne en redressement judiciaire et personne *in bonis*. A ce titre, il convient de remarquer que le projet de loi de sauvegarde des entreprises confirme ce rapprochement de situation. Cependant, cette tendance est à l'image de la flèche de Xénon qui n'atteint pas son but. Il semble peu vraissemblable que le législateur, du fait des intérêts en jeu lors d'une procédure collective, confère au débiteur les mêmes droits que ceux dont dispose une personne *in bonis*. L'analogie entre ces deux situations, à défaut d'être parfaite,

tend néanmoins à se rapprocher. Cette quasi osmose ne peut se réaliser sans l'intervention du juriste, dont la connaissance des mécanismes du droit permet le rapprochement de cette dualité d'états. La maitrise de ceux-ci, ainsi que la réflexion sur les moyens propres à satisfaire l'objectif voulu par le débiteur et ses proches, sont les enjeux qui doivent être solutionnés afin de parachever cette union entre les droits de la personne en redressement et celle *in bonis.*

BIBLIOGRAPHIE

I. SOURCES HISTORIQUES

CANON DES CONCILES MEROVINGIENS ET CAROLINGIENS.

CAPITULARIA REGUM FRANCORUM.

CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS (dit Code de justinien).

CODEX THEODOSIANUS (Code Théodosien).

CONSTITUTION du 3 Septembre 1791.

CONSTITUTION du 5 Fructidor an III (22 Août 1795)**.**

CONSTITUTION du 22 Frimaire an VIII (13 Décembre 1799).

COUTUME d'Amiens.

COUTUME d'Arras.

COUTUME d'Artois.

COUTUME de Calais.

COUTUME de Cambrésis.

COUTUME de Furnes.

COUTUME de la Marche.

COUTUME de Montpellier.

COUTUME de Montreuil.

COUTUME d'Orléans.

COUTUME de Paris (de 1580)**.**

COUTUME de Reims.

COUTUME de Rennes.

COUTUME de Rouen.

COUTUME de Saint Malo.

COUTUME de Saint Omer.

Déclaration royale du 10 Janvier 1680.

Déclaration royale du 23 Décembre 1699.

Déclaration royale du 10 Juin 1715.

Déclaration royale du 11 Janvier 1716.

Déclaration royale du 27 Mars 1718.

Déclaration royale du 13 Septembre 1739.

DIGESTA ou ***PANDECTAE de justinien.***

EDIT de Charles Le Bel de 1344.

ETABLISSEMENTS de saint Louis.

FORMULAE MEROVINGICI ET KAROLINI AEVI (*in Monumenta Germaniae Historica).*

INSTITUTIONES (Institutes de Justinien).

LEX BURGONDIONUM.

NOVELLAE CONSTITUTIONES (NOVELLES).

Ordonnance de françois Ier de 1539.

Ordonnance d'Henri II de 1551.

Ordonnance de Charles IX de Novembre 1564.

Ordonnance de 1667.

Ordonnance d'Août 1669.

Ordonnance de 1670.

Ordonnance de Mars 1673.

PLACARD de Charles Quint du 4 Octobre 1540.

Recueil des Chartes de l'Abbaye de Cluny.

Parlement de Bordeaux : arrêt du 15 septembre 1671.

Parlement de Dijon : arrêt du 3 décembre 1598.

Parlement de Flandre : arrêt de règlement du 16 septembre 1672.
arrêt du 22 Septembre 1677.
arrêt du ? juillet 1679.
arrêt de règlement du 9 février 1700.
arrêt du 9 janvier 1781.
arrêt du 1er Mars 1784.
arrêt du 29 Novembre 1784.

Parlement de Metz : arrêt du 17 Juin 1780.

Parlement de Paris : arrêt du 23 Mars 1574.
arrêt du 2 Mai 1609 (jugement souverain).
arrêt du 12 Janvier 1633.
arrêt du 30 Mai 1673.
arrêt du 30 Janvier 1682.
arrêt du 30 Juillet 1706.
arrêt du 14 Août 1711.
arrêt du 21 Juillet 1739.
arrêt du 22 Février 1759.
arrêt du 24 Février 1764 (Châtelet).

arrêt du 15 Mars 1766.
arrêt du 23 Décembre 1782 (Cour des Aides).

Parlement de Provence : arrêt du 30 Juin 1701.

Parlement de Rennes : arrêt du 26 Septembre 1604.

Parlement de Rouen : arrêt du 18Janvier 1545.
arrêt de règlement du 31 Août 1568.
arrêt du 28 Mars 1630.
arrêt du 1er Juillet 1749.

Parlement de Toulouse : arrêt du 26 Mars 1648.

Cour d'appel de Metz du 31 Juillet 1812.

Tribunal de commerce de Charleville du 1er Août 1810.

AULU GELE
-20.1 *Pandectes de Justinien* mise dans un nouvel ordre par Pothier Tome I.

BALZAC (H.)
-*César Birotteau.*

BEAUMANOIR (P.)

BERGASSE et RAMBERT
-*Histoire du commerce de marseille*, IV, Paris, 1954.

BRUEL
-*Recueil des Chartes de l'abbaye de Cluny* II.

CICERON (Marcus Tullius.)
- *de oratore*
- *pro Quinctio*
- *de re publica*

DARMON (P.)
-*LeTribunal de l'impuissance*, éd. Seuil, 1979.

De CERTAIN (E.)
-*Les miracles de Saint Benoit- sur-Loire*, Paris, 1858.

DENISSART
-*Collections*, antérieures à 1806.

De TOURS (G.)
-*Liber de virtibus sancti Juliani*,c. 19,I.

D'HALICARNASSE (Denis également Denys.)
-*Antiquités romaines, Liv 4.*

DOEHAERD
-*Le haut moyen âge occidental*, éd. Economie et Société.

DOMAT
-L*ivre du droit public*.

DUPOUY
-*Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, 1960.

FERRIERE
-*Dictionnaire de Droit et de pratique.*

GIFFARD et VILLERS
-*Droit romain.*

GODEFROY Jacques (*GOTHOFREDUS).*

GUYOT (P.)
-*Répertoire*, éd 1784.

HILAIRE (J.)
-*Introduction historique au droit commercial.*

JOUSSE
-*Commentaire sur l'ordonnance du commerce de mars 1673*, 2ème éd, Paris, 1841.

JUVENAL (D. Junius Juvenalis.)
- Labriolle et Villeneuve, Coll. Budé, 1921.

LAFON (J. L.)
-*Les députés du commerce et l'ordonnance de mars 1673*, éd Cujas.

LEVY- BRUHL (H.)
-*La faillite dans notre ancien droit s'appliquait elle aux non commerçants ?*, R. H. D. XVIII, 1939.

Saint MATHIEU
-*L'Evangile.*

MAY
-*Eléments du droit Romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, 6 ème éd.

MERLIN
-*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4 ème éd.

MITTEIS
-*ZSSt XXII et ZSS XXV.*

NOAILLES
-R. H. D. 1940-1941.

OURLIAC
-*Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil.*

PLAUTE (Titus Maccius PLAUTUS)
-*Menechme.*

POTHIER
-*Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, Tome I.

QUINTILIEN (M FABIUS QUINTILIANUS)
- *de institutione oratoria*

SAVARY

SOEFVE
-Tome I, cent.3.

TITE LIVE (T LIVIUS).

TOUBEAU
-*Institutes de droit consulaire ou la jurisprudence des marchands.*

TREVOUX
-*Dictionnaire.*

VALERE (M.)
-*Lib 2 cap.5.*

VARRON (M TERENTIUS VARRO REATINUS)
- *De lingua latina***,** éd Groetz. Schoell. 1910.

VANDENHANE
-*Table générale.*

VITAL ROUX

ZEUMER (K.)
-*Monumenta Germaniae Historica*. L. sectio II, Berlin, 1886.

II TRAITES ET MANUELS

BOLARD (G.)
-*Les voies de recours in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire,* Sirey, 1987, Tome 2.

CHAVANNE (A.) et BURST (J. J.)
-*Droit de la propriété industrielle,* 4 ème éd, Dalloz.

CORNU (G.)
-*Droit civil- La Famille,* 2 ème éd, Montchrestien.

COURBE (P.)
-*Introduction générale au droit,* Mementos Dalloz, 1988.

DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J. P.)
-*Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3 ème éd, Dalloz.

GRIMALDI (M.)
-*Droit civil- successions,* 4 ème éd LITEC.

GUYON (Y.)
-*Droit des affaires,* Tome II, 2 ème éd Economica.

HERON (J.)
-*Droit judiciaire privé,* éd Montchrestien.

JEANTIN (M.) et Le CANNU (P.)
-*Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Entreprise en difficultés*, 6 ème éd. 2003, Dalloz.

Le CANNU (P.), LUCHEUX (J. M.), PITRON (M.) et SENECHAL (J. P.)
-*Entreprises en difficulté,*éd Joly.

Le CORRE- BROLY (E.)
-*Droit des entreprises en difficulté*, éd 2001, Dalloz.

MALAURIE (P.) et AYNES (L.)
-*Droit civil- les obligations*, 2 ème éd, Cujas.

MAZEAUD (H. L et J.) et CHABAS (F.)
-*Leçons de droit civil, Les biens*, Tome II, volume II, 7 ème éd, Montchrestien.
Les personnes : la personnalité, les incapacités, Tome I, volume II, 7 ème éd, Montchrestien.
Biens : Droit de propriété et ses démenbrements, Tome II, volume II, 7 ème éd, Montchrestien.

MAZEAUD (H. L et J.) par De JUGLART (M.)
-*Leçons de droit civil,Régimes matrimoniaux*,, Tome IV, volume I, 5 ème éd, Montchrestien.

MAZEAUD (H. L et J.) par RANOUIL (V.) et CHABAS (F.)
-*Leçons de droit civil, sûretés publicités foncières*, Tome III, volume I, 6 ème éd, Montchrestien.

PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.)
-*Entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 3 ème éd, LGDJ.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)
-*Traité de droit commercial*, Tome 2, 13 ème éd. LGDJ.

SOINNE (B.)
-*Traité des procédures collectives*, Litec, 2ème éd.

SOLUS (H.) et PERROT (R.)
-*Droit judiciaire privé*, Tome 3, Sirey, 1991.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.)
-*Les obligations*, 4ème éd, Litec.

WEILL (A.) et TERRE (F.)
-*DROIT CIVIL, Les Obligations*, 4 ème éd, Dalloz.

III THESES, MONOGRAPHIES ET JURISCLASSEUR

CAGNOLI (P.)
-*Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Thèse Caen, 1999.

COURTIEU (G.)
-*Assurances terrestres, J.-Cl Civil*, Tome 2, fasc. 515-15.

CROZE (H.) et LAPORTE (C.)
-*Procédures spécifiques, J.-Cl Procédures*, Décembre 2000, « faillites internationales ».

DELEBECQUE (P.)
- *Redressement et liquidation judicaires,J.-Cl Commercial*, Vol 8,fasc. 2330.

Le CANNU (P.)
-*Redressement et liquidation judicaires,J.-Cl Commercial*, Vol 7, fasc. 2226.

Le NABASQUE (H.)
-*Procédures collectives, J.-Cl Commercial,* Vol 9, fasc. 2398.

MARTIN- SERF (A.)
- *Redressement et liquidation judicaires, J.-Cl Commercial,* Vol 8, fasc. 2310.

STORCK (M.)
-*Droit patrimonial de la famille et procédures collectives de paiements, J- Cl Commercial,* Vol 6, facs 3170.

IV ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS ET RAPPORT DE JURISPRUDENCE

AMALVY (A.) et DERRIDA (F.)
« Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement », *D,* 1988, chron, p 208.

ARRIGHI De CASANOVA (C.) et COUVREUR (O.)
« La codification par ordonnance », *J .C .P. G.* 2001, I, 285.

AUBERT (J.)
-obs sous C. A. Douai 18 février 1999, *Les Annonces de la Seine,* 10 Juin 1999.

AUTEM (D.)
« L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Defrénois,* 15 mars 2004, art 37890.

Auteurs anonymes
« l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. p 1898.
« Proposition de loi sur la réforme de la prestation compensatoire », *J. C. P. G.* 2000, Act, p 393.

AVENA- ROBARDET (V.)
-note sous Com 4 janvier 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 70.
-obs sous Com 24 novembre 1998, *D. Aff,* 1999, p 175.
-obs sous Com 3 février 1998, *D. Aff,* 1998, p 383.

BACH (F.)
-obs sous C. E. 18 mars 1998, *R. P. C.* Juin 1999, n°4.
-obs sous C. A. Amiens 4ème Ch. 19 novembre 1998, *R. P. C.* Mai 2001, p 66.
-obs sous C. A. Douai 2ème Ch. 25 juin 1998, *R. P. C.* Mars 2000, n°1.

BACHASON (D.)
« La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives », *G. P.* 11- 12 décembre 1998, p 2.

BECQUE- ICKOWICZ (S.)
-note sous Com 8 octobre 2003, *J. C. P. G.* 2004, II, 10012.

BEHAR- TOUCHAIS (M.)
« La fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession », *D. Aff,* 1997, p 365.

BEIGNIER (B.) et BLERY (C.)
« L'impartialité du juge entre apparence et réalité », *D,* 2001, chron, p 2427.

BENABENT (A.)
« Prestation compensatoire : la révision des dupes », *D.* 2000, point de vue, p V.
-note sous Com, 3 fev 1998, *D.*1999, p 185.

BERTHOUR- RIBAUTE (H.)
« Le sort de la société civile immobilière dans les procédures collectives », *R. T. D. Com*, Avril - Juin 2003, p 259.

BLANC (G.)
« L'exercice de l'action paulienne », *Act. Proc. Coll.* 18 janvier 2002, p 1.
-obs sous Civ. 3. 13 octobre 1999, *Act. Proc. Coll.* 24 Décembre 1999.

BOITEAU (C.)
« Droit administratif », *J. C. P. G.* 2000, I, 251.

BOIZARD (M.)
-note sous C. E. 3 décembre 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 62.
-obs sous Civ. 3. 31 mai 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur, p 355.

BOLARD (G.)
« Administration provisoire et mandat ad'hoc : du fait au droit », *J. C. P. G*, 1995, I, 3882.
« Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites », *R. P. C* .1991-1, p 1.
-obs sous Com 6 mars 1990, *J. C. P. G.* 1990, II, 21513.

BONNEAU (T.)
-obs sous Civ. 2. 6 mai 1999, *Droit des Sociétés*, Août- Septembre 1999, n°125.
-obs sous Civ. 3. 31 mai 2000, *Droit des Sociétés*, Octobre 2000, n°134.
-obs sous Com 1er fevrier 2000, *Droit des Sociétés*, Juin 2000, n°86.
-obs sous Com 18 janvier 2000, *Droit des Sociétés*, Mai 2000, n°70.
-obs sous Com 12 janvier 1999, *Droit des Sociétés*, Mai 1999, p 12, n°70.
-obs sous C. A. Paris 28 mai 1999, *Droit des Sociétés*, Octobre 1999, n°141.

BORONAD- LESOIN (E.)
« La survie de la personne morale dissoute », *R. T. D. Com.* Janvier- Mars 2003, p 1.

BOURDILLAT (J. J.)
-obs sous C. A. Montpellier 18 février 1997, *D.* 1998, p 227.

BOULOC (B.)
-note sous Crim 21 juin 2000, *Droit des Sociétés*, Octobre-Décembre 2000, p 753.

BUREAU (D.) et MOLFESSI (N.)
« Le nouveau Code de commerce ? une mystification », *D*, 2001, Cah. Dr. Aff, chron p 361.

BOSSE- PLATIERE (H.)
« Droit de la famille », sous la direction de J. RUBELLIN- DEVICHI, *J. C. P. G.* 2004, I, 109.

BOST (E.)
-note sous Com 13 novembre 2001, *J. C .P. G.* 2002, II, 10151.

BRAZIER (M.)
« Prestation compensatoire : que peut- il résulter des récents travaux parlementaires ? », *G. P.* 23- 27 Avril 2000, p 19.

BROCHARD (R.)
-obs sous Civ. 1. 11 janvier 1983, *J. C. P. N.* 1983, II, 329.

BUREAU (H.)
« La période intermédiaire entre l'adoption et la réalisation d'un plan de cession », *J. C. P. E.* 1999, p 1182.

CABRILLAC (M.)
-obs sous Com 16 février 1999, *J. C. P. G.* 1999, I, 177, p 1923.
-note sous Com 12 octobre 1993 et Com 22 octobre 1996, *J. C. P. E.* 1997, p 651.

-note sous Com 15 janvier 1991, *J. C. P. E.* I, p 44.

CABRILLAC (M.) et PETEL (P.)
« Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *J. C. P. G*, 2002, I, 109.
J. C. P. G, 2001, I, 321.
J. C. P. G, 2000, I, 298.
J. C. P. G, 2000, I, 269.
J. C. P. G, 1999, I, 177.
J. C. P. G, 1999, I, 139.
J. C. P. G, 1998, I, 141.
J. C. P. G, 1998, I, 111.
J. C. P. G, 1996, I, 3960.
J. C. P. G, 1996, I, 3935.
J. C. P. G, 1996, I, 3896.
J. C. P. G, 1994, I, 3799.

CADIET (L.)
«L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises », *R. P. C*, 1989-3, p 371.

CADIOU (M.)
-note sous Com 3 février 1998, *R. P. C.* 1999, p 31, n°25.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch. Sect. C. 30 mai 1997, *R. P. C.* 1998-1, p 55, n°25.
-obs sous C. A. Paris 18 décembre 1996, *R. P. C.* Mars 1999, p 27.

CADOU (E.)
-note sous Com 5 octobre 1999, *J. C. P. G.* 2000, II, 10255.

CAGNOLI (P.)
« Liquidation judiciaire et motivation de la contestation par le débiteur », *Act. Proc. Coll.* 30 juin 2000, p 1.
-note sous Com 14 mars 2000, *J.C .P. G.* 2000, II, 10350.

CANET (P.)
-obs sous Com 5 janvier 1999, *R. P. C.* 1999, p 176.
-obs sous Com 2 avril 1996, *R. P. C.* 1997, p 482.
-obs sous C. A. Agen 1ère Ch. 23 juin 1997, *R. P. C.* 1998-1, p 9, n°13.
-obs sous C. A. Paris 21 juin 1999, *R. P. C.* 1999, p 177.
-obs sous C. A. Paris 19 décembre 1995, *R. P. C.* 1999, p 177, n°25.
-obs sous T. G. I. Metz 20 novembre 1996, *R. P. C.* Juin 1999, p 103.

CARAMALLI (D.)
« La qualité de tiers repreneur à une offre en plan de cession : la candidature des actionnaires », *D.* 2005, Cah. Dr. Aff. LE POINT SUR… p 2210.

CASEY (J.)
-note sous Civ. 1. 3 mai 2000, *J. C. P. G.* 2000, II, 10389.
-note sous C. A. Pau 2ème Ch. 15 mai 2000, *J. C. P. G.* 2000, II, 10085.

CHAILLE de NERE (S.)
-note sous Civ. 1. 19 novembre 2002, *J. P. C. G.* 2002, II, 10201.

CHAPUT (Y.)
« L'entrée en vigueur d'un droit communautaire de la faillite », *Droit des Sociétés*, Novembre 2000, chron p 4.
-obs sous Civ. 2. 6 mai 1999, *Droit des Sociétés*, Août- Septembre 1999, n°122.
-obs sous Com 3 mai 2001, *Droit des Sociétés*, Juillet 2001, n°102.
-obs sous Com 26 avril 2000, *Droit des Sociétés*, Juillet 2000, n°102.
-obs sous Com 4 janvier 2000, *Droit des Sociétés*, Mars 2000, n°42.

-obs sous Com 26 octobre 1999, *Droit des Sociétés,* Février 2000, n°27.
-obs sous Com 26 octobre 1999, *Droit des Sociétés,* Février 2000, n°28.
-obs sous Com 6 juillet 1999, *Droit des Sociétés,* Janvier 2000, n°11.
-note sous Com 24 novembre 1998, *Droit des Sociétés,* Mars 1999, p 13.
-obs sous Com 27 octobre 1998, *Droit des Sociétés,* Mars 1999, n°40.
-obs sous Soc 9 décembre 1998, *Droit des Sociétés,* Mai 1999, n°77.
-obs sous Crim 21 juin 2000, *Droit des Sociétés,* Janvier 2001, n°7.
-obs sous C. A. Amiens Ch ; com 31 août 2000, *Droit des Sociétés,* Février 2001, n°30.
-obs sous C. A. Metz 1ère Ch H 21 juillet 1999, *Droit des Sociétés,* Août- Septembre 2000, n°119.
-obs sous C. A. Orléans Ch. Com. 27 avril 2000, *Droit des Sociétés,* Août- Septembre 2000, n°122.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch. 11 janvier 2000, *Droit des Sociétés,* Août- Septembre 2000, n°122.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch 19 octobre 1999, *Droit des Sociétés,* Août- Septembre 2000, n°122.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch B 25 juin 1999, *Droit des Sociétés,* Janvier 2000, n°11.
-obs sous C. A. Poitiers 1ère Ch. 10 novembre 1987, *R.T. D. Com.* 1989, p 307.
-obs sous C. A. Rennes 2ème Ch. 24 juin 1998, *Droit des Sociétés,* Janvier 2000, p 11, n°5.
-obs sous C. A. Versailles 13 ème Ch. 30 novembre 1995, *Droit des Sociétés,* Avril 1996, n°76.
-obs sous T. Com. Antibes 16 décembre 1986, *R. T. D. Com.* 1989, p 307.

CHARTIER (Y.)
-note sous Civ. 1. 8 janvier 2002, *J. C. P. G.* 2002, II, 10036.
-obs sous Civ. 2. 6 mai 1999, *Droit des Sociétés,* 2000, p 817.

CHATELON (S.) et GRILLIER (F.)
« Les conséquences incertaines de la résolution du plan de cession », *R. P. C.* Mars 2002, p 47.

CORDIER (P.)
« Le plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire », *R. J. D. A.* 2/00, p 95.

CONVERT (L.)
-obs sous Com 26 octobre 1999, *R. J. Com,* 2000, n°1554.

COURCELLE (S.)
« Les prestations compensatoires », *G. P.* 18- 19 Mars 1998, p 10.

COURET (A.)
-obs sous Crim 21 juin 2000, *J. C. P. G.* 2001, II, 10481.

COURTIER (J. L.)
« Nullité de la convention définitive de divorce conclue après la date de cessation des paiements », *Droit des Sociétés,* Juillet 2000, p 10.
« Les pouvoirs donnés au juge commissaire par l'article 33 al 3 de la loi du 25 janvier 1985 », *R. P. C.* Décembre 1999, p 210.
« Les modalités procédurales de la demande de report de la date de cessation des paiements », *R. P. C.* 1999-4, p 139.
« Procédures applicables à la résolution du plan de continuation », *Dr. Soc,* 2 février 1999, p 9.
-obs sous Ass plén 24 janvier 2003, *R. J. Com.* Octobre 2003, n°1621.
-obs sous Com 11 mai 1999, *J. C. P. E.* 1999, p 1878.
-obs sous Com 5 janvier 1999, *R. J. Com.*1999, p 414, n°1542.
-obs sous Com 5 janvier 1999, *Droit des Soc.* Décembre 1999, p 14.
-obs sous Com 8 décembre 1998, *R. J. Com.* 2000, n°1557.

COUZIGOU- SUHAS (N.)
« La prestation compensatoire à l'épreuve de la pratique notariale », *G. P.* 23- 27 Avril 2000, p 12.

CREDEVILLE (A. E.)
« Qualification des contrats d'assurance-vie », *R. J. D. A.* Février 2005, p 71 et s.

CROZE (H.)
-obs sous C. A. Orléans 17 février 2000, *J. Cl Procédures,* Juin 2000, n°145.

CROZE (H.) et LAPORTE (C.)
-Règlement C. E. 1346/2000, *J. Cl. Procédures*, Décembre 2000, n°236.

DANIS- FATÔME (A.)
-obs sous Com 8 octobre 2003, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. somm, « Droit civil de l'entreprise » par E. CLAUDEL et B. THULLIER.

DECHRISTE (C.)
« L'étendue du contrôle prud'homal en matière de licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure collective », *D. Aff*, 1999, p 359.

DELENEUVILLE (J. M.)
« L'exécution provisoire, l'appel et la publicité des jugements », *R. P. C.* Mars 1999, p 1.

DELFOUR (F.)
-obs sous Com 26 octobre 1999, *J. C. P. E.* 2000, p563.

DERRIDA (F.)
« Irrecevabilité de l'offre de reprise présentée par l'administrateur provisoire d'une société civile professionnelle », *D.* 2003, comm, p 269.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 2002, Cah. Dr. Aff, somm, p 208.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 2002, somm, p 80.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 1.
« La recevabilité du pourvoi en cassation du ministère public partie jointe en cas de report de la date de cessation des paiements », *P. A.* 27 Août 1999, p 10.
« la notion de tiers admis, aux termes de l'article 21 de la loi du 25 janvier 1985, à présenter une offre de reprise », *P. A.* 19 Février 1999, p 9, n°36.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 1998, somm, p 1.
-obs sous Com 16 octobre 2001, *D.* 2002, somm, p 80.
-obs sous Com 16 février 1999, *D.* 1999, p 490.
-obs sous Com 16 février 1999, *D.* 1999, p 276.
-obs sous Com 13 avril 1999, *D.* 1999, p 490.
-note sous Com 8 octobre 1996, *D.* 1997, Jur p 87.
-obs sous Com 27 novembre 1991, *D.* 1992, p 81.
-obs sous Soc 5 octobre 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 6.
-obs sous Soc 27 octobre 1998, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 7.
-obs sous Soc 8 juin 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 6.
-obs sous Soc 10 mai 1999, *D.* 2000 Cah. Dr. Aff, somm, p 8.
-obs sous Soc 6 mai 1998, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 5.
-note sous Crim 21 juin 2000, *D.* 2002, Cah. Dr. Aff, somm, p 207.
-obs sous C. A. Aix en Provence 19 février 1999, *P. A.* 19 Novembre 1999, n°36.
-obs sous C. A. Aix en Provence 19 novembre 1998, *P. A.* 19 Février 1999.
-obs sous C. A. Aix en Provence 19 novembre 1998, *D.* 1999, p 79.
-obs sous C. A. Lyon 11 janvier 2001, *D.* 2002, cah. Dr. Aff, somm, p 204.
-note sous T. Com. Antibes 16 décembre 1986, *D.* 1987, p 372.

DERRIDA (F.) et JULIEN (P.)
-obs sous Com 22 mars 1988, *D.* 1988, p 375.
-note sous C. A. Paris 3ème Ch A. 16 septembre 2003, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. p 130.

DERRIDA (F.), JULIEN (P.) et RENUCCI (J. F.)
-obs sous Com 30 juin 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. comm. p 2429.

DEWAILLY (C.)
« PACS et indivision : le couple maudit », *G. P.* 6- 7 juin 2003, p 22.

DOM (J. P.)
-obs sous C. A. Versailles 24ème Ch. 4 septembre 2003, *Act. Proc. Coll.* 31 Octobre 2003.

DUBOEUF- HILD (V.)
-note sous C. A. Paris 19ème Ch. B. 13 mars 1998, *J. C. P. G.* 1999, II, 10072.

DUMONT (M. P.)
« Procédure collective et droit des sociétés », *R. P. C.* Septembre 2005, p 226 et s.

DUREUIL (B.)
-note sous Com 17 mai 1994, *R. P. C.* 1995-2, p 106.

FADDOUL (J.)
-obs sous Com 14 déc 1999, *D,* 2000, Cah. Dr. Aff, Act Jur, p 90.

FOSSET- LEFEBVRE (I.)
« Pension alimentaire, prestation compensatoire et procédure collective » (à propos de deux arrêts de la Cour de cassation du 8 octobre 2003), *R. P. C.* Mars 2004, p22.

FOURGOUX (C.)
-note sous C. A. Paris ère Ch. H. 15 juin 1999, *J. C. P. G.* 2000, II, 10254.

FRELOT- DEJAS (F.)
« Le droit patriminial de la famille et le droit des procédures collectives. Présentation générale », *G. P.* 27- 29 Janvier 2002, p 3.

FRICERO (N.)
« Droit européen des droits de l'homme», *D.* 2001, somm, p 1063.
« AGS et tierce- opposition », *Act. Proc. Coll.* 27 Janvier 2000, p 1.
« L'appel du débiteur contre le jugement arrêtant le plan de cession », *Act. Proc. Coll.* 24 Septembre 1999, p 1.
-obs sous C. E. D. H. 6 juin 2000, *D.* 2001, somm « Droit européen des droits de l'homme », p 1062.

FRISON- ROCHE (M. A.)
« A l'aune de l'efficacité économique, le droit français est- il menacé ? », le nouvel Economiste, 29 septembre- 5 octobre 2005, p 22.

GALLET (C. H.)
-obs sous Com 5 janvier 1999, *R. J. Com.* 1999, p 408, n°1540.

GALL-HENG (E.)
« Premières rélexions sur la loi sauvegarde », *G. P.* 7-8 septembre 2005, p 5 et s.

GARAUD (E.)
« Droit des affaires et droits de l'homme », *J. P. C. E.* 2000, p 988.

GOAZIOU- HURET (I.)
« Divorce procédures collectives », *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 2002, p 627.

GOYET (C.)
« Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.* 2001, chron, p 328.

GRANIER (T.)
-obs sous Com 3 juin 1997, *R. J. Com*, Mai 1998, n°1506.

GUEDJ (V.)
-note sous Civ. 2. 25 novembre 1999, *J. C. P. G.* 2000, II, 10338.

HAEL (J. P.)
« L'inexecution des engagements », *P. A.*16 juin 1993, p 39.

HAENNIG (L.)
-note sous C. A. Besançon 2ème Ch. 6 décembre 1996 et 20 décembre 1996, *R. J. Com*, Février 1999, p 80.

HEIT (S.)
-note sous C. A. Paris 3ème Ch. Sect. C. 4 juin 1996, *R. J. Com.* 1996, p 314.

HENRY (C.)
-obs sous Civ. 1. 19 décembre 2002, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. somm « *Procédures collectives* », p 1625.

HENRY (L. C.) et FABIANI (D.)
« Le divorce des époux et la rupture du PACS », *P. A.* 24 Avril 2003, p 35.

HONORAT (A.)
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 2002, Cah. Dr. Aff, somm, p 1479.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 328.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 1999, somm, p 70.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 1997, somm, p 310.
« Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 1997, somm, p 77.
-obs sous Com 26 juin 2001, *D.* 2002, Cah. Dr. Aff, somm, p 1482.
-obs sous Com 26 mai 1999, *D,* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 97.
-obs sous Com 11 mai 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. somm, p 98.
-obs sous Com 5 janvier 1999, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff, somm, p 350.
-obs sous Com 23 juin 1998, *D.* 1999, somm, p 71.
-obs sous Com 2 avril 1996, *D.* 1997, somm, p 78.
-obs sous Com 6 février 1996, *D.* 1997, somm, p 77.

IDOT (L.)
« Nouveau droit communautaire des procédures collectives : le règlement du 29 Mai 2000», *J. P. C. E,* 2000, p 1648.

JOUFFIN (E.)
« Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : présentation des procédures de conciliation et de sauvegarde », Répertoire de droit commercial, Septembre 2005, p. 3 et s.

JUDE (J. M.)
« Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité ? », *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. Chron, p 2675.

KENFACK (H.)
-obs sous Civ. 2. 6 mai 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, comm, p 515.
-obs sous Com 16 mars 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, comm, p 513.

LACAMP- LEPLAË (O.)
-note sous Soc 31 janvier 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. comm, p 2404.

LAGARDE (B.)
« Représentation de la personne morale disoute, le droit des sociétés, le droit des procédures collectives et le droit fiscal », *Les Annonces de la Seines,* 16 janvier 2003, p 1.

LAPORTE (C.)
-note sous Com 26 avril 2000, *J. Cl. Procédures,* Juillet 2000, n°164.
-obs sous Com 23 novembre 1999, *J. Cl. Procédure,* Mars 2000, n°65.
-obs sous C. A. Lyon 11 janvier 2001, *J. Cl. Procédure,* Mars 2001, p 9.

LAUDE (A.)
-obs sous Com 15 février 2000, *R. T. D. Com.* Avril- Juin 2000, p 443.
-obs sous Com 9 juin 1998, *R. T. D. Com.* Janvier- Mars 1999, p 190.

LEBARS (T.)
« Nouvelles observations sur la codification « à droit constant » du Code de Commerce », *JCP.G* 2000, Act, p 2163.

LEBEL (C.)
« La loi de sauvegarde des entreprises et période d'observation », *R. P. C.* Septembre 2005, p 197 et s.
« Etre ou ne pas être en cessation des paiements », *G. P.* 7-8 septembre 2005, p 14 et s.
« Priorité à la survie de l'entreprise », *Act. Proc. Coll.* 6 Juillet 2001, p 1.

Le CALVEZ (J.)
« Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », *D.* 2000, chron p 151.

Le CANNU (P.)
-note sous Civ. 3. 13 novembre 2003, *Bull. Joly. Sociétés 2004*, p 212.

Le CORRE (P. M.)
« Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », *D.* 2005, Cah. Dr. Aff, Cahier spécial, p 2299 et s.
« Propos introductifs à la loi de sauvegarde des entreprises », *Act. Proc. Coll.* 16 Septembre 2005, p 1.
« Procédure de vérification et d'admission des créances et dissolution des sociétés placées en liquidation judiciaire », *G. P.* 7- 8 Avril 2004, p 2.
« La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant projet de réforme des entreprises en difficulté », *G. P.* 10-110 décembre 2003, p 13.
-note sous Com 8 octobre 2003, *G. P.* 2, 4 Novembre 2003, p 3.
-obs sous Com 18 février 2003, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. somm, p 1620.
-note sous Com 4 janvier 2000, *J. C. P. G.* 2000, II, 10341.

Le CORRE (P. M.) et MONTERAN (T.)
« Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : présentation », *G. P.* 31 Août – 1er Septembre 2005, p 2 et s.

LECUYER (H.)
« Droit patrimonial de la famille et entreprise en difficulté : les pouvoirs des époux », *P. A.* 24 Avril 2003, p 20.
-note sous Civ. 2. 27 janvier 2000, *Droit de la famille*, juillet- Août 2000, p 16.

LEGRAND (M. N.)
« Les pouvoirs du débiteur dessaisi », *R. P. C.* 1991-1, p 1.
-note sous T. G. I. Paris, Ch des ventes immobilières 18 juin 1998, *R. J. Com.* Octobre 1999, somm, p 426.

LEGROS (J. P.)
-obs sous Com 17 juillet 2001, *Droit des Sociétés*, Janvier 2002, p 20.
-obs sous Com 26 juin 2001, *Droit des Sociétés.* Décembre 2001, n°175.
-note sous Com 24 novembre 1998, *J. C. P. E.* 2000, p 419.
-obs sous Crim 4 avril 2001, *Droit des Sociétés*, Janvier 2002, p 7.
-obs sous Crim 21 juin 2000, *Act. Proc. Coll.* 6 Octobre 2000, n°199.

Le GUIDEC (R.)
« Successions et libéralité », *J. C. P. G.* 2003, I, 180.
, *J. C. P. G.* 2002, I, 178.

LEMAIRE- PECRIAUX (C.)
« Le changement de régime matrimonial et les tiers », *G. P.* 19- 21 Novembre 2000, p 12.

Le NABASQUE (H.)
« Les pouvoirs des dirigeants des sociétés dissoutes en application de l'article 1844-7 du code civil », *revue Actes pratiques*, Avril 1998, p 24.
« La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *J. C. P. E*, 1990, II, 15770.

LIENHARD (A.)
-note sous Avis C. Cass. 10 juillet 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 404.
-note sous Civ. 1. 19 novembre 2002, *D.* 2002, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 3341.
-obs sous Civ. 1. 25 janvier 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 103.

-note sous Civ. 3. 7 novembre 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 3619.
-obs sous Com 12 juillet 2005, *D.*2005, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2071.
-obs sous Com 5 juillet 2005, *D.* 2005, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2146.
-note sous Com 9 novembre 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 3068.
-obs sous Com 30 juin 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2043.
-obs sous Com 10 mars 2004 (2 esp), *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 949.
-obs sous Com 8 octobre 2003, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2637.
-note sous Com 17 septembre 2002, *D.* 2002, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2735.
-obs sous Com 16 octobre 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 3273.
-obs sous Com 17 juillet 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2677.
-obs sous Com 17 juillet 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2519.
-obs sous Com 26 juin 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2300.
-obs sous Com 26 juin 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2199.
-obs sous Com 12 juin 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2301.
-note sous Com 29 mai 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2033.
-obs sous Com 26 avril 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 263.
-obs sous Com 28 mars 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 210.
-obs sous Com 26 octobre 1999, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 77.
-obs sous Com 16 mars 1999, *D. Aff*, 1999, p 718.
-obs sous Com 16 février 1999, *D. Aff*, 1999, p 477.
-obs sous Com 19 janvier 1999, *D. Aff*, 1999, p 296.
-obs sous Com 5 janvier 1999, *D. Aff*, 1999, p 174.
-obs sous Com 27 octobre 1998, *D. Aff*, 1998, p 2019.
-obs sous Com 7 juillet 1998, *D. Aff*, 1998, p 1361.
-obs sous Com 23 juin 1998, *D. Aff*, 1998, p 1535.
-obs sous Com 9 juin 1998, *D. Aff*, 1999, p 1449.
-obs sous Com 26 mai 1998, *D. Aff*, 1998, p 1047.
-note sous Com 6 janvier 1998, *D. Aff*, 1998, p 256.
-obs sous Crim 7 janvier 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 419.
-note sous Crim 21 juin 2000, *D*, 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 352.
-obs sous Crim 21 mars 2000, *D*, 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 280.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch. A. 24 mai 2002, *D.* 2002, cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2055.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch. A. 9 octobre 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 3196.
-note sous C. A. Paris 5ème Ch. A. 9 février 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 200.
-obs sous C. A. Paris 19ème Ch. B. 13 mars 1998, *D. Aff*, 1998, p 673.
-obs sous C. A. Versailles 13 ème Ch. 25 mars 1999, *D. Aff*, 1999, p 716.
-obs sous C. A. Versailles 13 ème Ch. 9 avril 1998, *D. Aff*, 1998, p 1051.

LUCAS (F. X.)
« Annulation de la convention de divorce homologuée », *Act. Proc. Coll.* 23 Mars 2000, p 1.
-obs sous Com 8 octobre 2003, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. somm, p 55.
-obs sous C. A. Amiens Ch. Com. 31 août 2000, *D.* 2001, somm, p 1069.

LUCAS (F. X.) et Le CORRE (P. M.)
-obs sous Com 8 octobre 2003, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. somm, p 51.
-obs sous Com 3 février 2003, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. somm, p 1619.

LYON- CAEN (G.)
-note sous Soc 20 novembre 1963, *D.* 1964, p 139.

MACORIG- VENIER (F.)
-obs sous Crim 28 avril 1997, *R. P. C.* Mars 2000, p 16.

MAGNIER (V.)
« La notion de justice impartiale », *J. C. P. G.* 2000, I, 252.

MARGUENAUD (J. P.)
« Le droit à « l'expertise équitable » », *D.* 2000, chron, p 111.
-obs sous C. E. D. H. 25 juin 1997, *R. T. D. Civ.* 1997, p 1006.

MARLY (P. G.)
-note sous Civ. 1. 3 juin 2003, *D.* 2003, Jur, p 2655.

MARTIN (J. F.)
« La cession de l'entreprise aux dirigeants et actionnaires de la personne morale en redressement judiciaire ou à une société constituée par eux », *G. A.* 1989, 2 Doct. 711.

MARTIN- SERF (A.)
-obs sous Civ. 1. 25 janvier 2000, *R. T. D. Com.* Avril- Juin 2000, p 460.
-note sous Com 8 octobre 2003, *R. T. D. Com.* Avril- Juin 2004, p 368.
-obs sous Com 16 octobre 2001, *R. P. C.* Juin 2002, p 113.
-obs sous Com 24 novembre 1998, *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 1999, p 975.
-obs sous Com 13 février 1998, *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 1999, p 979.
-note sous C. A. Paris 1ère Ch. A. 4 septembre 2000 et C. A. Versailles 1ère Ch. A. 18 mai 2000, *R. T. D. Com.* Janvier- Mars 2001, p 234.

MASCALA (C.)
-note sous Ass Plén 24 novembre 2000, *R. T. D. Com*. Janvier- Mars 2001, p 249.
-obs sous C. A. Colmar 5 décembre 2000, *R. T. D. Com.* Janvier- Mars 2001, p 247.

MASSIP (J.)
-obs sous Civ. 1. 6 mars 2001, *J. C. P. G.* 2001, II, 10582.

MAUPAS (L.)
« L'appel nullité dans les procédures collectives », *R. P. C.* Décembre 2002, p 229.

MENJUCQ (M.)
« Le principe de l'universalité de la faillite », *Act. Proc. Coll.* 17 Janvier 2003, p 1.

MESTRE (J.)
-obs sous Com 3 fev 1998, *R. T. D. Civ.* 1998, p 363.

MESTRE (J.) et DELEBECQUE (P.)
-obs sous T. Com. Antibes 16 décembre 1986, *R. P. C.* 1988, p 367.
-obs sous C. A. Poitiers 1ère Ch. 10 novembre 1987, *R. P. C.* 1988, p 367.

MONIOLLE (C.)
-obs sous C. E. 23 février 2000, *J. C. P. G.* 2000, II, 10371.

MONSERIE- BON (M. H.)
« Liquidation judiciaire et qualité pour recevoir signification d'un jugement », *Act. Proc. Coll.* 15 Octobre 2004, p 1.
« Le plan de cession », *P. A.* 6 Septembre 2000, p 43.
« Chronique Période d'observation », *R. P. C.* Mars 2000, p 8.
-obs sous Com 27 oct 1998, *R. P. C.* 1999, p 157.
-obs sous Com 31 mars 1998, *R. P. C.* 1999-4, p 157.
-obs sous C. A. Caen 8 oct 1998, *R. P. C.* 1999, p 157.

MONTERAN (T.)
« Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *G. P.* 7-8 septembre 2005, p 8 et s.
« Avocats, protégez-vous ! la déclaration d'insaisissabilité, une protection peu onéreuse et efficace du patrimoine familial de l'avocat », *G. P.* 9- 11 Mai 2004, p 2.
« Observations sur l'avant projet de loi de sauvegarde des entreprises », *G. P.* 10-11 décembre 2003, p 2.
« L'impartialité du juge et les procédures collectives », *R. P. C.* Décembre 2002, p 243.

MONTERAN (T.) et Le CORRE (P. M.)
« LOI DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES » (1ère partie), *G. P.* 7-8 septembre 2005.

« LOI DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES » (2ème partie), *G. P.* 9-10 septembre 2005.

MORIN (G.)
-obs sous Civ. 1. 27 mai 1986, *D.* 1987, 139.

MOOS (D.)
« Prestation compensatoire : une réforme nécessaire ou chimérique ? », *G. P.* 23- 27 Avril 2000, p 4.

NIBOYET (M. L.)
« Droit civil de l'entreprise », *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 10.
-obs sous C. E. D. H. 6 juin 2000, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. somm « Droit civil de l'entreprise », p 1610.

PAQUETTE- DESSAIGNE (C.)
« La primauté du droit des procédures collectives sur le droit de la famille », *P. A.* 28 Février 2001, p 16.
-note sous Com 26 avril 2000, *P. A.* 28 Février 2001, n°42.

PARLEANI (G.)
-obs sous Com 31 janvier 1995, *D.* 1995, p 426.

PASTUREL
-Rapport de Madame PASTUREL, Conseiller à la Cour de cassation, relatif à Com 20 janvier 1998, *D.* 1998, p 125.

PATAUT (E.)
-note sous Civ. 2. 9 juillet 1997, *J. C. P. G.* 1998, II, 10033.

PEISSE (M.)
« Biens des époux/ liquidation patrimoniale et prestation compensatoire », *G. P.* 23- 27 Avril 2000, p 42.

PELISSIER (A.)
« Nature et sanction de l'engagement du cessionnaire de l'entreprise en difficulté », *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, comm, p 383.
-obs sous Com 26 octobre 1999, *J. C. P. E.* 2000, p 563.

PERIER (M.)
« Chronique d'une assurance ordinaire : l'assurance- vie devant la chambre mixte de la Cour de cassation. », *Gaz. Pal.* 19- 21 juin 2005, p 2 et s.

PEROCHON (F.) et MAINGUY (D.)
« Réserve de propriété- revendication », *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, somm, p 65.

PERROT (R.)
-obs sous Com 26 mai 1999, *J. Cl Procédures*, Février 2000, p 6.
-obs sous Com 28 mai 1996, *R. T. D. Civ.* 1996, p 985.
-obs sous Com 17 juin 1975, *D.* 1976, p 67.

PETEL (P.)
-obs sous Com 17 mars 1998, *J. C. P. E.* 1997, I, n°681.
-obs sous C. A. Paris 3ème Ch. B. 2 juillet 1999, *D. Aff,* 1999, p 1462.
-obs sous C. A. Paris Ord 9 juillet 1998, *R. J. Com*, Avril 1999, n°1525.

PHILIPPE (C.)
-note sous Civ. 2. 27 juin 1985, *D.* 1986, 230.

PICOD (Y.)
-note sous Com 17 mars 1998, *D.* 1999, p 236.

PIEDELIEVRE (S.)
« L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique », *J. C. P. G.* 2003, I, 165.

PIQUET (S.)
-obs sous Com 4 avril 1995, *D.* 1996, Jur p 141.

PISONI (P.)
-obs sous C. A. Douai 18 février 1999, *D. Aff*, 1999, p 599.
-note sous C. A. Paris 2ème Ch. B. 9 mars 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 210.

PIZZIO- DELAPORTE (C.)
« L'action paulienne dans les procédures collectives », *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 1995, p 716.

POMART (C.)
-note sous Crim 7 janvier 2004, *J. C. P. G.* 2004, II, 10060.

RAKOTOVAHINI (M. A.)
« Le «clair obscur » de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire », *D.* 2000, Cah. Dr. Aff, chron, p 51.

RAVANAS (J.)
-note sous C. A. Paris 1ère Ch. A. 16 octobre 2000, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. comm, p 1167.

REGNAULT- MOUTIER (C.)
-obs sous Com 10 mai 2005, *Act. Proc. Coll.* 17juin 2005, n°123.
-obs sous Com 10 décembre 2002, *Act. Proc. Coll.* 28 février 2002, n°49.
-obs sous Com 26 juin 2001, *Act. Proc. Coll.* 21 Septembre 2001, n°186.
-obs sous C. A. Toulouse 2ème Ch. 2ème Sect. 8 avril 1999, *R. J. Com.* Juin 2000, n°1558.

REGNAULT- MOUTIER (C.) et VALLANSAN (J.)
-obs sous C. A. Caen 17re Ch 28 septembre 2000, *Act. Proc. Coll.* 11 Mai 2001.
-obs sous C. A. Douai 18 février 1999, *Act. Proc. Coll.* 23 Mars 2000, p 1.

REMERY (J. P.)
-rapport de Monsieur le Conseiller rapporteur sous Com 17 mars 1998, *J. C. P. E.* 1998, p 1549.
-rapport de Monsieur le Conseiller rapporteur sous Com 17 mars 1998, *J. C. P. G.* 1998, II, 10080.

RENUCCI (J. F.)
« Droit européen des droit de l'homme», *D.* 2001, somm, p 1069.
-obs sous C. A. Grenoble Ch. Com 11 septembre 1997, *D.* 1998, p 128.

ROSSI (P.)
-note sous Com 13 fev 1998, *J. C. P. E.*1999, p 1060.

SAINT- ALARY- HOUIN (C.)
« La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *R. P. C.*1990-1, p 3.
« La gestion de l'entreprise », *R. T. D. Com*, 1986, hors série, p 37.
-obs sous Civ. 2. 6 mai 1999, *R. T. D. Com*, Octobre- Décembre 1999, p 965.
-obs sous Civ. 3. 1er avril 1998, *R. T. D. Com*, Octobre- Décembre 1998, p 929.
-obs sous Com 18 janvier 2000, *R. T. D. Com*, Avril- Juin 2000, p 447.
-note sous Com 16 février 1999, *R. T. D. Com*, Avril- Juin 2000, p 446.
-note sous Com 17 février 1998, *R. T. D. Com*, Juillet-Septembre 1998, p 675.
-obs sous C. A. Rennes 2ème Ch 24 juin 1998, *R. T. D. Com*, Octobre- Décembre 1999.
-obs sous C. A. Versailles 13ème Ch. 21 décembre 2000, *R. P. C.* juin 2002, p 100, n°2.
-obs sous T. G. I. Béthune 13 mai 1998, *R. P. C.* Décembre 1999, p 220, n°6.

SAINTE- ROSE (J.)
-conclusions de l'Avocat Général Jerry SAINTE- ROSE sous Civ. 1. 19 novembre 2002, *J. P. C. G.* 2002, II, 10201.

SAINTOURENS (B.)
« Le défaut de signature des actes de réalisation d'un plan de cession », *Act. Proc. Coll.* 10 Décembre 1999, p 1.
-obs sous Com 11 mai 1999, *R. J. Com.* Octobre 1999, p 410.

SAVATIER (J.)
« L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. Soc,* 1990, p 515.

SEUBE (J. B.)
« Réflexion sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives », *J. C. P. E.* 1999, p 564.

SIMLER (P.), WIEDERKEHR (G.), STORCK (M.) et TISSERAND (A.)
« Régimes matrimoniaux », *J. C. P. G.* 2000, I, 245.

SOINNE (B.)
« Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au 1er janvier 2006 (Loi n°2005-845, 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises), *R. P. C.* Septembre 2005, p 175 et s.
« Le nouveau Code de Commerce », *Act. Proc. Coll*, 6 Octobre 2000, p1.
-obs sous Com 11 mai 1999, *R. P. C.* Décembre 2000, p 209.
-obs sous Com 18 mars 1998, *R. P. C.* Mai 2000, n°16.
-note sous Com 17 mai 1994, *R. P. C.* Décembre 2000, n°16.
-obs sous Crim 21 juin 2000, *R. P. C.* Décembre 2000, n°21.
-obs sous C. A. Bourges 1ère Ch 8 février 1989, *R. P. C.* 1989-4, p 510.
-obs sous C. A. Riom 26 mars 1997, *R. P. C.* 1998-1, p 50, n°95.
-obs sous T. Com Valencienne (Ord. Réf.) 20 janvier 1989, *R. P. C.* 1989-2, p 185.

SPORTOUCH (J. M.)
« Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires », *Dr. Soc,* 1992, p 788.

STORCK (M.)
« Le sort des créances nées de prestations compensatoires ou de pensions alimentaires », *Act. Proc. Coll.* 14 novembre 2003, p 1.

SUDRE (F.)
« Droit de la Convention Européenne des Droit de l'Homme », *J. P. C. G.* 2001, chron, p 188.
-note sous C. E. 3 décembre 1999, *J. C. P. G.* 2000, II, 10627.

TAORMINA (G.)
-obs sous Civ. 1. 3 avril 2002, *D.* 2003, somm, p 1468.

TAQUET (F.)
« Motivation de la lettre de licenciement », *Act. Proc. Coll.* 28 Février 2003, p 1.
-obs sous Soc 6 décembre 2000, *R. P. C.* Juin 2001, p 105.
-obs sous Soc 6 juillet 1999, *R. P. C.* Mars 2000, p 19.
-obs sous Soc 8 juin 1999, *R. P. C.* 1999, p 228.
-obs sous Soc 26 mai 1999, *R. P. C.* 1999, p 225.
-obs sous Soc 10 mai 1999, *R. P. C.* 1999, p 231.
-obs sous Soc 30 mars 1999, *R. P. C.* 1999, p 232.
-obs sous Soc 2 mars 1999, *R. P. C.* 1999, p 227.
-obs sous Soc 12 janvier 1999, *R. P. C.* 1999, p 172.
-obs sous Soc 27 octobre 1998, *R. P. C.* 1999, p 172.
-obs sous Soc 5 mai 1998, *R. P. C.* 1998-3, n°41.

TEBOUL (G.)
« Le plan de cession », *G. P.* 4, 5 Juillet 2003, p 2.
« La transmission du patrimoine à titre gratuit : les nullités de la période suspecte », *G. P.* 10- 11 Décembre 2001, p 5.
« A propos de la cessation des paiements », *R. J. Com,* Mai 1998, p 174.

TEILLAIS (G.)
-obs sous Com 3 fev 1998, *R. J. Com*, Janvier 2000, n° 247.
-obs sous Com 20 janvier 1998, *R. J. Com*, Janvier 2000, n° 246.

THIERRY (J.)
« Faut- il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? », *D.* 2000, Chron, p 68.

TISSERAND (A.)
« Régimes matrimoniaux », *J. C. P. G.* 2001, I, 309.

TOUGNE (S.)
« Les problèmes de droit privé des rapatriés d'Algérie », *D.* 2000, chron, p 491.

TRAVIER (B.)
-obs sous C. A. Montpellier 5ème Ch. Sect. A. 16 février 2004, *G. P.* 23, 24 juin 2004, p 2.

URBAIN- PARLEANI (I.)
« Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. Soc.* 1993, p 239.

VALLANSAN (J.)
« Loi de sauvegarde des entreprises », *Act. Proc. Coll.* 16 Septembre 2005, n° 163 et s.
-obs sous Com 27 novembre 2001, *Act. Proc. Coll.* 18 Janvier 2002, n°12.
-obs sous Com 18 janvier 2000, *Act. Proc. Coll.* 11 Février 2000.

VALLANSAN (J.) et LEPROVAUX (J.)
-note sous Civ. 1. 19 octobre 2004, *Act. Proc. Coll.* 26 Novembre 2004, n°233.

VALLENS (J. L.)
-note relative au décret 2004-836 du 20 août 2004, *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 2004, p 815.
« La mise en œuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédure », *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. Chron, p 1421.
« Droit de la faillite et droits de l'homme », *R. T. D. Com*, 1997, p 567.
« L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire », *D.* 1997, chron, p 111.
-obs sous C. E. D. H. 17 janvier 2002, *Lamy Droit Commercial*, Mars 2002, p 1.
-obs sous C. E. D. H. 6 juin 2000, *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 2000, p 1021.
-obs sous Civ. 1. 19 novembre 2002, *R. T. D. Com.* 2003, p 169.
-obs sous Com 26 juin 2001, *R. T. D. Com.* Juillet- Septembre 2001, p 778.
-obs sous Com 12 juin 2001, *R. T. D. Com.* Juillet- Septembre 2001, p 775.
-obs sous Com 19 décembre 2000, *R. T. D. Com.* Avril- Juin 2001, p 522.
-obs sous Com 18 janvier 2000, *R. T. D. Com.* Avril- Juin 2000, p 467.
-obs sous Com 6 juillet 1999, *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 1999, p 987.
-obs sous Com 11 mai 1999, *R. T. D. Com.* Juillet- Septembre 1999, p 761.
-obs sous Com 16 février 1999, *R. T. D. Com.* Avril- Juin 1999, p 511.
-obs sous Com 27 octobre 1998, *R. T. D. Com.* Janvier- Mars 1999, p 205.
-obs sous Com 26 mai 1998, *R. T. D. Com.* Janvier- Mars 1999, p 210.
-obs sous Com 3 février 1998, *R. T.D. Com*. Janvier- Mars 1999, p 201.
-obs sous Com 3 novembre 1992, *D.* 1993, p 538.
-obs sous C. A. Dijon 26 janvier 1999, *R. T. D. Com.* Octobre- Décembre 1999, p 989.
-note sous C. A. Versailles 24ème Ch. 4 septembre 2003, *D.* 2003, cah. Dr. Aff. comm, p 2352.

VAUVILLE (F.)
« Déclaration notariée d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant », *Act. Proc. Coll.* 31 Octobre 2003, p 1.

VOINOT (D.)
-obs sous Civ. 1. 8 mars 2005, *G. P.* 6-7 Juillet 2005, p 18.
-obs sous T. G. I Béthune 13 mai 1998, *Act. Proc. Coll.* 16 Avril 1999, p 1.

VRAY (H.)
-obs sous C. A. Lyon 10 juin 1997 (2 esp.), *G. P.* 20-21 Mars 1998, p 14.

WERNERT (D.)
« Offres dans le cadre du redressement judiciaire : plan de cession », *J. C. P. E.* 1999, p 111.
-note sous Com 22 octobre 1996, *J. C. P. E.* 1997, p 111.

WIEDERKHER (G.)
-obs sous Civ. 1. 8 février 2000, *J. C. P. G.* 2000, I, 245, p 1364.

JURISPRUDENCE.

(*les décisions sont classées par juridiction et de façon chronologique)*

C. E. D. H. 24 janvier 2002, *R. J. D. A.* 6/02, n°586.
C. E. D. H. 17 janvier 2002, *D.* 2002, Dern Act, p 658.
Cah. Dr. Aff. Act. Jur. P 807.

C. Constit. 20 juillet 1988, *A. J. D. A.* 1988, 572.

C. E. 3 décembre 1999, *J. C. P. G.* 1999, Act, p 2237.
C. E 6 octobre 1995, *R. J. D. A.* 2/96, n°276.

C. cass. Avis. 10 juillet 2000, *Bull.civ. Avis,* n°4.
R. J. D. A. 2/01, n°198.
Act. Proc. Coll. 25 novembre 2000, n°225.
C. cass. Avis. 1er novembre 1991, *Bull. inf* n°43.

Ass. Plén. 24 novembre 2000, *Bull. civ. Ass. Plén.,* n°10.
Ass. Plén. 7 juillet 2000, *Bull. Civ. Ass. Plén.,* n°5.
R. J. D. A. 12/00, n°1092.
Ass. Plén. 5 février 1999, *Bull. Civ. Ass. Plén.,* n°1.
Ass. Plén. 2 novembre 1990, *J. C. P. G.* 1991, II, 21631.
Bull. civ. Ass. Plén., n°11.

Ch. Mixte. 23 novembre 2004 (4 espèces), *Gaz. Pal.* 19- 21 juin 2005, p 20 et s.

Civ. 1, 3 juin 2003, *R. J. D. A.* 12/03, n°1211.
, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 1763.
Civ. 1, 19 novembre 2002, *Act. Proc. Coll.* 17 janvier 2003, n°10.
Civ. 1, 8 janvier 2002, *Act. Proc. Coll.* 15 mars 2002, n°66.
, *D.* 2002, I. R. p 542.
Civ. 1, 30 mai 2000, *Bull. civ. I,* n°162.
Civ. 1, 23 mai 2000, *Bull. civ. I,* n°151.
Civ. 1, 3 mai 2000, *Act. Proc. Coll.* 16 juin 2000, n°127.
, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 294.
Civ. 1, 25 janvier 2000, *Act. Proc. Coll.* 23 mars 2000, n°68.
, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Der Act, p II.
, *J. C. P. G.* 2000, IV, n°1447.
Civ. 1, 19 novembre 1996, *D. Aff.* 1997, p 156.
Civ. 1, 19 décembre 1995, *D. Aff.* 1996, p 209.
Civ. 1, 6 janvier 1976, *Bull. civ.I,* n°4.

Civ. 2, 12 juillet 2001, *Bull. civ. II,* n°142.
Civ. 2, 6 mai 1999, *D. Aff.* 1999, p 908.
Civ. 2, 2 octobre 1997, *J. C. P. G.* 1997, IV, n°2208.
Civ. 2, 1 octobre 1997, *R. P. C.* 1998-1, p 57, n°27 et 30.
Civ. 2, 5 février 1997, *D. Aff.* 1997, p 313.

Civ. 3, 31 mai 2000, *Bull. civ.III,* n°120.
Civ. 3, 13 juillet 1999, *D. Aff.* 1999, p 1461.
, *R. J. D. A.* 10/99, n°1065.

Com, 30 juin 2004, *Act. Proc. Coll.* 15 octobre 2004, n° 203.
Com, 7 avril 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 1384.
Com, 10 mars 2004, *Act. Proc. Coll.* 7 mai 2004, n°98.
Com, 28 janvier 2004, *Act. Proc. Coll.* 2004, n°6.
Com, 8 octobre 2003, *Act. Proc. Coll.* 14 novembre 2003, n°230.
, *J. C. P. G.* 2003, Act. 514.
, *J. C. P. G.* 2003, Act. 513.
, *R. J. D. A.* 3/04, n°337.

Com, 24 septembre 2003, *Act. Proc. Coll.* 28 novembre 2003, n°246.
Com, 18 février 2003, *R. J. D. A.* 7/03, n°748.
Com, 27 novembre 2002, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 204.
Com, 13 novembre 2002, *D.* 2003, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 65.
Com, 17 septembre 2002, *Act. Proc. Coll.* 4 novembre 2002,n°221.
Com, 19 février 2002, *R. J. D. A.* 6/02, n°652.
, *D.* 2002, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 958.
Com, 7 février 2002, *Act. Proc. Coll.* 5 juillet 2002, n°158.
Com, 5 février 2002, *D.* 2002, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 887.
, *Act. Proc. Coll.* 15 avril 2002, n°88.
Com, 9 juillet 2002, *Act. Proc. Coll.* 4 novembre 2002, n°216.
Com, 13 novembre 2001, *Act. Proc. Coll.* 1er février 2002, n°25.
, *Act. Proc. Coll.* 18 janvier 2002, n°1.
Com, 16 octobre 2001, *Bull. civ. IV*, n°167.
, *Act. Proc. Coll.* 7 décembre 2001, n°251.
Com, 17 juillet 2001, *Bull. civ. IV*, n°149.
, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 1677.
, *Act. Proc. Coll.* 21 septembre 2001, n°185.
, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2519.
Com, 26 juin 2001, *Bull. civ. IV*, n°127.
, *R. J. D. A.* 12/01, n°1232.
, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2289.
Com, 15 juin 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2301.
, *Act. Proc. Coll.* 27 juillet 2001, n°161.
Com, 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n°108.
, *Bull. civ. IV*, n°105.
, *Act. Proc. Coll.* 6 juillet 2001, n°158.
Com, 15 mai 2001, *Act. Proc. Coll.* 27 juillet 2001, n°168.
Com, 20 février 2001, *Bull. civ. IV*, n°42.
, *Act. Proc. Coll.* 30 mars 2001, n°79.
Com, 6 février 2001, *Act. Proc. Coll.* 30 mars 2001, n°84.
Com, 9 janvier 2001, *D.* 2001, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 630.
, *R. J. D. A.* 5/01, n°602.
, *Act. Proc. Coll.* 16 mars 2001, n°58.
Com, 28 novembre 2000, *Act. Proc. Coll.* 2 février 2001, n°28.
Com, 30 octobre 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 438.
Com, 15 octobre 2000, *Act. Proc. Coll.* 29 avril 2000, n° 83 et 84.
Com, 20 juin 2000, *R. J. D. A.* 12/00, n°1148.
, *Act. Proc. Coll.* 6 octobre 2000, n°197.
Com, 6 juin 2000, *R. J. D. A.* 11/00, n°1005.
, *Act. Proc. Coll.* 6 octobre 2000, n°185.
Com, 10 mai 2000, *Bull. civ. IV*, n°97.
, *R. J. D. A.* 9- 10/00, n°894.
, *Act. Proc. Coll.* 30 juin 2000, n°143.
Com, 26 avril 2000, *Act. Proc. Coll.* 30 juin 2000, n°144.
, *Act. Proc. Coll.* 16 juin 2000, n°126.
Com, 14 mars 2000, *Bull. civ. IV*, n°62.
, *J. C. P. G.* 2000, IV, n°1805.
, *D.* 2000, cah. Dr. Aff. Act Jur. p 212.
, *R. J. D. A.* 6/00, n°699.
Com, 29 février 2000, *R. J. D. A.* 6/00, n°695.
, *R. J. D. A.* 6/00, n°703.
Com, 18 janvier 2000, *R. J. D. A.* 4/00, n°448.
, *Act. Proc. Coll.* 11 janvier 2000, n°32
Com, 15 janvier 2000, *R. J. D. A.* 6/00, n°682.
Com, 4 janvier 2000, *R. J. D. A.* 3/00, n°315.
, *R. J. D. A.* 2/00, n°194.
, *J. C. P. G.* 2000, IV, n°1285.
Com, 14 décembre 1999, *Act. Proc. Coll.* 14 janvier 2000,n°9.
, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 65.

Com, 23 novembre 1999, *R. J. D. A.* 2/00, n°196.
, *Act. Proc. Coll.* 14 janvier 2000, n°8.
Com, 26 octobre 1999, *Act. Proc. Coll.* 24 décembre 1999, n°278.
, *Act. Proc. Coll.* 24 décembre 1999, n°265.
, *Bull. civ. IV,* n°196.
, *R. J. D. A.* 12/99, n°1366.
, *Bull. civ. IV,* n°193.
, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 95.
, *Bull. civ. IV,* n°191.
, *R. J. D. A.* 12/99, n°1359.
, *Act. Proc. Coll.* 10 décembre 1999, n°254.
Com, 5 octobre 1999, *J. C. P. G.* 2000, II, 10255.
Com, 6 juillet 1999, *Act. Proc. Coll.* 24 septembre 1999, n°182.
, *R. J. D. A.* 11/99, n°1233.
, *R. J. D. A.* 10/99, n°1099.
, *Act. Proc. Coll.* 24 septembre 1999, n°197.
Com, 8 juin 1999, *R. J. D. A.* 10/99, n°1105.
Com, 11 mai 1999, *G. P.* 26- 28 septembre 1999, pan. P 201.
, *J. C. P. G.* 1999, I, 177, p 1925.
, *R. J. D. A.* 8- 9 /99, n°977.
, *R. J. D. A.* 8- 9 /99, n°973.
, *Bull. civ. IV,* n°100.
, *D.* 1999, I. R. p 153.
Com, 6 avril 1999, *R. J. D. A.* 6/99, n°693.
Com, 30 mars 1999, *Bull. civ. IV,* n°76.
, *R. J. D. A.* 5/99, n°570.
Com, 16 mars 1999, *D. Aff.* 1999, p 635.
, *Bull. civ. IV,* n°66.
, *D.* 1999, I. R. p 103.
, *G. P.* 4- 6 juillet 1999, pan. P 154.
, *Act. Proc. Coll.* 16 avril 1999, n°99.
Com, 16 février 1999, *J- Cl Procédures Collectives,* 16 avril 1999, n°89.
, *Act. Proc. Coll. 1*2 mars 1999, n°67.
, *Bull. civ. IV,* n°47.
, *R. J. D. A.* 5/99, n°600.
, *R. J. D. A.* 5/99, n°577.
, *Act. Proc. Coll.* 10 mai 1999, n°105.
, *R. J. D. A.* 4/99, n°439.
, *Act. Proc. Coll.* 12 mars 1999, n°74.
, *D. Aff.* 1999, p 392.
, *Act. Proc. Coll.* 10 mai 1999, n°109.
Com, 19 janvier 1999, *Act. Proc. Coll.* 28 mai 1999, n°127.
, *Act. Proc. Coll.* 12 février 1999, n°36.
, *R. T. D. Com.* 1999, p 746.
Com, 5 janvier 1999, *D. Aff.* 1999, p 219.
, *D. Aff.* 1999, p 174.
, *P. A.* 26 janvier 1999, n°18.
, *Act. Proc. Coll.* 26 février 1999, n°52.
, *Act. Proc. Coll.* 12 février 1999, n°29.
, *R. J. D. A.* 799, n°797.
Com, 8 décembre 1998, *R. J. D. A.* 3/99, n°306.
, *R. J. D. A.* 2/99, n°193.
, *J. C. P. G.* 1999, I, 139, p 972.
Com, 24 novembre 1998, *D. Aff.* 1999, p 82.
, *R. J. D. A.* 1/99, n°68.
Com, 27 octobre 1998, *R. T. D. Com.* 1999, p 749.
, *R. J. D. A.* 1/99, n°82.
, *Act. Proc. Coll.* 4 décembre 1998, n°157.
Com, 13 octobre 1998, *D. Aff.* 1998, p 1816.
, *R. J. D. A.* 12/98, n°1377.

Com, 23 juin 1998, *D. Aff.* 1998, p 1451.
, *R. J. D. A.* 11/98, n°1262.
Com, 9 juin 1998, *R. T. D. Com.* 199, p 751.
, *D. Aff.* 1998, p 1449.
, *D. Aff.* 1998, p 1177.
Com, 26 mars 1998, *Bull. civ. IV*, n°171.
, *D. Aff.* 1998, p 1047.
, *R. J. Com.* 1999, n°1526.
Com, 1er avril 1998, *R. J. D. A.* 6/98, n°771.
Com, 17 mars 1998, *D. Aff.* 1998, p 624.
, *J. C. P. E.* 1998, p 1549.
, *J. C. P. G.* 1998, II, 10080.
Com, 17 février 1998, *D.* 1998, somm. P 82.
Com, 3 février 1998, *D. Aff.* 1998, p 479.
, *LAMY Droit Commercial*, Mars 1998, p 6, n°2801 et 2803.
Com, 20 janvier 1998, *D. Aff.* 1998, p 253.
Com, 6 janvier 1998, *D. Aff.* 1998, p 382.
Com, 9 décembre 1997, *J. C. P. G.* 1998, I, 141, p 1042.
, *LAMY Droit des Affaires*, Février 1998, p 7.
Com, 1er juillet 1997, *R. J. D. A.* 12/97, n°1546.
, *D.* 1997, I. R. p 177.
, *J. C. P. G.* 1997, I, 111, p 273.
, *D. Aff.* 1997, p 934.
, *R. P. C.* 1998- 1, p 56, n°26.
Com, 3 juin 1997, *D. Aff.* 1997, p 833.
, *J. C. P. G.* 1998, I, 111, p 277.
Com, 20 mai 1997, *D. Aff.* 1997, p 762.
Com, 6 mai 1997, *R. J. D. A.* 8-9/97, n°1104.
Com, 22 avril 1997, *D. Aff.* 1997, p 864.
Com, 25 mars 1997, *Bull. civ. IV*,n°82.
, *D. Aff.* 1997, p 613.
Com, 19 novembre 1996, *D. Aff.* 1997, p 131.
Com, 8 octobre 1996, *D. Aff.* 1996, p1294.
Com, 25 juin 1996, *R. J. D. A.* 12/96, n°1532.
Com, 11 juin 1996, *R. J. D. A.* 12/96, n°1533.
Com, 9 juin 1996, *D. Aff.* 1996, p 687.
Com, 28 mai 1996, *D. Aff.* 1996, p 779.
Com, 14 mai 1996, *D. Aff.* 1996, p 814.
Com, 2 avril 1996, *Bull. civ. IV*, n°107.
Com, 23 janvier 1996, *Bull. civ. IV*, n°23.
Com, 9 janvier 1996, *R. J. D. A.* 4/96, n°549.
Com, 5 décembre 1995, *J. C. P. G.* 1996, I, 3935, n°3.
Com, 6 juin 1995, *J. C. P. G.* IV, n°1892.
, *P. A.* 26 janvier 1999, n°18, p 6.
Com, 23 mai 1995, *D.* 1995, jur. p 413.
Com, 11 avril 1995, *R. P. C.* 1996, p102, n°19.
Com, 5 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n°142.
Com, 22 février 1994, *J. C. P. G.* 1994, IV, n°1115.
, *J. C. P. G.* 1994, I, 3739, n°2.
, *Bull. civ. IV*, n°76.
Com, 12 octobre 1993, *Bull. civ.IV*, n°331.
, *R. J. D. A.* 2/94, n°221.
Com, 22 juin 1993, *R. P. C.* 1993-1, p 52.
Com, 30 mars 1993, *D.* 1993, I. R. 131.
Com, 21 janvier 1992, *Bull. civ. IV*, n°28.
Com, 19 mars 1991, *J. C. P. G.* 1991, II, 21726.
Com, 22 mai 1990, *D.* 1990, p 415.
Com, 3 avril 1990, *Bull. civ. IV*, n°115.
Com, 6 mars 1990, *J. C. P. G.* 1990, II, 21513.
Com, 18 avril 1989, *D.* 1990, somm. p 9.

Com, 14 mars 1989, *R. P. C.* 1989-4, p 510, n°4.
Com, 20 décembre 1988, *R. P. C.* 1989-4, p 510, n°4.
Com, 8 novembre 1988, *Bull. civ. IV*, n°295.
Com, 10 mars 1987, *Bull. civ. IV*, n°68.
Com, 23 juin 1981, *Bull. civ. IV*, n°291.
Com, 15 juin 1971, *Bull. civ. IV*, n°171.

Soc, 24 janvier 2003, *Act. Proc. Coll.* 28 février 2003, n°47.
Soc, 27 novembre 2001, *Act. Proc. Coll.* 18 janvier 2002, n°11.
Soc, 3 mai 2001, *Bull. civ. V*, n°151.
, *Act. Proc. Coll.* 27 juillet 2001, n°164.
Soc, 26 juin 2000, *Bull. civ. V*, n°254.
, *Dict. Perm. Diff. Entreprises*, Mai 2001, p 6068, n°504.
Soc, 5 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n°367.
, *D.* 1999, I. R. p 242.
Soc, 8 juin 1999, *Act. Proc. Coll.* 24 septembre 1999, n°187.
, *Bull. civ. V*, n°268.
, *Bull. civ. V*, n°263.
Soc, 3 mars 1998, *Bull. civ. V*, n°312.
Soc, 14 octobre 1997, *J. C. P. G.* 1997, I, 111, p 276.
Soc, 5 avril 1995, *Bull. civ. V*, n°123.
Soc, 10 janvier 1995, *R. P. C.* 1996, p 104, n°20.
Soc, 30 mai 1990, *Bull. civ. V*, n°258.
Soc, 26 juin 1986, *Bull. civ. V*, n°339.

Crim, 9 juin 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 2157.
Crim, 21 juin 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Dern Act. p III.
Crim, 5 novembre 1976, *D. S.* 1977, 72.

C. A. Aix- en- Provence 8 ème Ch. A. 14 octobre 1999, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 102.
C. A. Aix-en -Provence 19 novembre 1998, *R. J. D. A.* 5/99, n°577.
, *P. A.* 19 février 1999, n°36, p 9.

C. A. Caen 7 février 2002, *R. J. D. A.* 6/02, n°675.
, *Act. Proc. Coll.* 5 juillet 2002, n°158.
C. A. Caen 1ère Ch. 28 septembre 2000, *Act. Proc. Coll.* 11 mai 2001, n°101.

C. A. Dijon 1ère Ch. Sect. 1. 19 décembre 2000, *Act. Proc. Coll.* 6 juillet 2001, n°149.
C. A. Dijon 1ère Ch. 3 décembre 1998, *J. C. P. G.* 1999, IV, n°3091.
C. A. Dijon 1ère Ch. Sect. 1. 4 juillet 1995, *G. P.* 6- 7 mars 1998, p 10.

C. A. Douai 2 ème Ch. 13 janvier 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 116.
C. A. Douai 18 février 1999, *D. Aff.* 1999, p 492.
, *D. Aff.* 1999, p 599.
, *Les Annonces de la Seine*, 12 avril 1999, p 14.

C. A. Lyon 3 ème Ch. 26 juin 1998, *R. J. D. A.* 1/99, n°75.
C. A. Lyon (Ord. Réf.) 12 novembre 1996, *G. P.* 6- 7 mars 1998, p 9.

C. A. Metz 1 ère Ch. H. 21 juillet 1999, *D. Aff.* 1999, p 1264.
, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 8.

C. A. Orléans 9 mars 2000, *R. J. D. A.* 6/00, n°702.
C. A. Orléans 17 février 2000, *R. J. D. A.* 4/00, n°450.

C. A. Paris 3 ème Ch. B. 26 mars 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 1168.
C. A. Paris 1ère Ch. A. 4 septembre 2000, *R. J. D. A.* 1/01, n°53.
C. A. Paris 1 ère Ch. A. 4 juillet 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 398.
C. A. Paris 3 ème Ch. A. 26 octobre 1999, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 79.
C. A. Paris 3 ème Ch. A. 19 octobre 1999, *Act. Proc. Coll.* 16 février 2001, n°41.

C. A. Paris 3 ème Ch. B.	25 juin 1999, *Act. Proc. Coll.* 8 octobre 1999, n°198.
C. A. Paris 3 ème Ch. H.	15 juin 1999, *J. C. P. G.* 2000, II, 10254.
C. A. Paris 3 ème Ch. B.	16 avril 1999, *D.* 1999, I. R. p 153.
	, *R. J. D. A.* 8-9/99, n°959.
C. A. Paris 3 ème Ch. C.	22 janvier 1999, *R. J. Com.* Février 2000, somm. jur. n°163.
C. A. Paris 3 ème Ch. B.	5 novembre 1998, *D. Aff.* 1999, p 36.
C. A. paris 3 ème Ch. C.	7 novembre 1997, *D. Aff.* 1998, p 80.
C. A. Paris	24 juin 1997, *R. P. C.* 1998-1, p 53, n°21.
C. A. Paris	4 novembre 1996, *D. Aff.* 1996, p 1395.
C. A. Paris	25 septembre 1996, *D. Aff.* 1996, p 1282.
C. A. Paris	15 septembre 1995, *D. Aff.* 1995, p 138.
C. A. Paris (Ord.)	25 mars 1988, *R. P. C.* 1989-4, p 510, n°6.
C. A. Paris	30 octobre 1962, *R. T. D. Com.* 1963, 647.
C. A. Poitiers	29 avril 1997, *R. P. C.* 1998-1, p54, n°23.
C. A. Poitiers 1 ère Ch.	10 novembre 1987, *R. P. C.* 1988, p 367.
	, *Juris Data*, 046991.
C. A. Reims	7 mai 1997, *R. P. C.* 1998-1, p51, n°18.
C. A. Riom	15 juin 1994, *R. P. C.* 1998-1, p 51, n°23.
C. A. Rennes 2 ème Ch.	24 février 1999, *Act. Proc. Coll.* 30 juin 2000, n°137.
C. A. Toulouse 2 ème Ch.	6 mai 1999, *J. C. P. G.* 2000, IV, n°1089.
C. A. Versailles 24 ème Ch.	4 septembre 2003, *J. C. P. G.* 2003, Act. n°482.
C. A. Versailles	15 juin 2000, *R. J. D. A.* 11/00, n°1022.
C. A. Versailles 13 ème Ch.	30 mars 2000, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 272.
C. A. Versailles 13 ème Ch.	30 septembre 1999, *D.* 1999, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 95.
C. A. Versailles 1 ère Ch. A.	18 mars 1999, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 49.
	, *R. J. D. A.* 2/00, n°198.
	, *R. J. D. A.* 7/99, n°802.
C. A. Versailles 13 ème Ch.	4 mars 1999, *Act. Proc. Coll.* 10 décembre 1999, n°255.
C. A. Versailles 1 ère Ch.	8 janvier 1999, *J. C. P. G.* 1999, IV, n°1961.
C. A. Versailles 13 ème Ch.	13 décembre 1998, *D. Aff.* 1999, p 380.
C. A. Versailles 12 ème Ch.	8 octobre 1998, *D. Aff.* 1998, p 2019.
C. A. Versailles 13 ème Ch.	9 avril 1998, *D. Aff.* 1998, p 1051.
C. A. Versailles	13 juin 1996, *D. Aff.* 1996, p 1103.
C. A. Versailles	20 janvier 1988, *R. P. C.* 1998-4, p 374.
C. A. Versailles	5 janvier 1988, *D.* 1990, somm. p 9.
	, *R. P. C.* 1988-4, p 358.
T. Com. Antibes	16 décembre 1986, *D.* 1987, p 372.
T. Com. Charleville	25 novembre 1999, *R. G.* 98- 789.
T. Com. Charleville	18 novembre 1999, *R. G.* 99- 571.
T. Com. Charleville	29 avril 1999, *R. G.* 99- 122.
T. Com. Charleville	23 décembre 1998, *R. G.* 98- 1002.
T. Com. Charleville	3 avril 1997, *R. G.* 97- 237.
T. Com. Lyon	25 octobre 1972, *R. J. Com.* 1973, p 123.
T. Com. Paris 17 ème Ch.	30 novembre 1999, *Act. Proc. Coll.* 20 octobre 2000, n°201.
T. G. I. Béthune Ch. Com.	27 février 2004, *D.* 2004, Cah. Dr. Aff. Act Jur. p 700.

Table des matières

Introduction p 1

Première Partie : Les droits du débiteur dans sa vie professionnelle p 56

Titre Premier : Les pouvoirs partagés p 58

Chapitre I : L'étendue des pouvoirs du débiteur p 59

Section I : Le régime général du redressement judiciaire p 59

§1 La surveillance p 63

§2 L'assistance p 66

§3 La représentation p 70

Section II : Le régime simplifié du redressement judiciaire p 77

§1 Aperçus sur le régime simplifié p 79

§2 Le dépassement de pouvoir de l'administrateur p 84

§3 La place du débiteur durant la période d'observation p 87

Chapitre II : Les actes soumis à l'autorisation judiciaire p 93

Section I : L'autorisation du juge-commissaire p 94

§1 Les actes prévus à l'article L 621-24 alinéa 2 et 3 du C.com p 97
A) Les actes graves : article L 621-24 alinéa 2 du C.com p 97
B) Le paiement d'une dette antérieure : article L 621-24 alinéa 3 du C.com p 101

§2 Les actes prévus à l'article L 621-37 C.com p 104
A) La procédure visée à l'article L 621- 37 du C. com p 104
B) Le débiteur face au juge prud'homal p 108

§3 Les actes prévus à l'article L 621-137 C.com p 112
A) La poursuite des contrats en cours p 112
B) Le paiement différé de biens livrés sous clause de réserve de propriété p 114

Section II : L'autorisation du tribunal p 116

§1 La location-gérance p 116
A) La location gérance durant la période d'observation p 117
B) La location gérance postérieure au jugement arrêtant le plan de redressement p 120

§2 La cession de parts sociales ou actions des dirigeants p 122
A) La qualification vis-à-vis du chef d'entreprise p 123
B) Les conséquences de la mesure p 125

§3 Les offres de reprise p 127
A) Une approche critique du texte p 127
B) Une conception plus pragmatique p 130

Titre Second : Les pouvoirs propres du débiteur p 137

Chapitre I : Les pouvoirs propres du débiteur et l'entreprise p 138

Section I : Les pouvoirs propres du débiteur dans le cadre de l'entreprise en redressement judiciaire p 138

§1: Les actes autorisés p 139

A) Les actes conservatoires p 139
1) Les conceptions en présence p 140
2) La mise en œuvre p 142

B) Les actes de gestion courante p 143
1) La notion d'actes de gestion courante : article L 621-23 alinéa 2 C.com p 144
2) L'accès aux marchés publics et aides p 148

§2 : Les actes de représentation dans le cadre d'un plan de cession p 152

A) La représentation de la société p 152
1) Les sources légales p 153
a) Les textes en présence p 154
b) La mise en œuvre des dispositions légales p 156
2) L'étendue des prérogatives du représentant de la société p 160
a) L'étendue de la fonction p 161
b) La représentation en justice p 162

B) Le représentant de la société p 163
1) Désignation d'un liquidateur p 164
a) L'apanage des associés p 164
b) La désignation judiciaire p 165
2) Le rôle du liquidateur sociétaire p 167
a) Le périmètre de son action p 167
b) La qualification p 169

Section II : Les pouvoirs propres du débiteur dans le cadre d'une entreprise in bonis p 171

§1 : Le principe de l'unité du patrimoine : du mythe à la réalité p 172

A) Le principe de l'unité du patrimoine et les interprétations de l'article. L 621-23 C.com. p 172
1) Le principe de l'unité du patrimoine p 172
2) Les interprétations doctrinales de l'article. L 621-23 C.com. p 175

B) L'appréciation jurisprudentielle p 176
1) Le point de vue de la doctrine p 176
2) La portée de la solution jurisprudentielle p 178

§2: La réaffirmation du principe de l'unité du patrimoine p 181

A) L'application du principe au regard de la décision rendue p 181
1) La motivation du tribunal de commerce d'Antibes p 181
2) La mise en œuvre de la motivation p 182

B) La confirmation du principe par la jurisprudence p 183
1) Un principe constant p 184
2) L'exercice d'une activité nouvelle par le débiteur en redressement judiciaire p 185

Chapitre II : Les pouvoirs propres du débiteur quant aux voies de recours p 190

Section I : Les voies de recours p 190

§1: Les dispositions légales p 191

A) Conditions et modalités propres aux recours p 191
1) Conditions nécessaires à la formation d'un recours p 191
2) L'intervention en justice p 193

B) Les différents recours dont dispose le débiteur p 195
1) L'appel et le pourvoi en cassation p 195
a) Les règles propres à l'appel p 197
b) Les règles propres au pourvoi p 199
2) La suspension de l'exécution provisoire p 200
a) Le principe p 200
b) Les exceptions p 202

§2 : Une jurisprudence favorable au débiteur p 204

A) Les recours du débiteur suite à l'adoption d'un plan p 204
1) Les décisions mixtes p 205
a) La problématique issue de l'article L 623-6 C.com. p 205
b) Les pouvoirs du débiteur p 206
2) La cession forcée visée à l'article L 621-59 C.com. p 208
a) L'évolution jurisprudentielle p 208
b) La protection du dirigeant p 209

B) Le recours nullité p 211
1) Les conditions propres aux recours nullité p 211
a) Le champ d'application p 211
b) L'effet dévolutif p 212
2) Le contrôle de la Cour de cassation quant au recours nullité p 213
a) Le principe p 213
b) L'exception au principe p 214

Section II : Des principes favorables aux débiteurs p 216

§1: La Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve du droit interne p 217

A) Les principes fondamentaux en droit interne p 218
1) L'impartialité p 218
a) Les différentes conceptions de l'impartialité p 218
b) La subsidiarité de la Convention p 219
2) Le contradictoire p 221
a) A l'occasion de la convocation p 221
b) A l'occasion de l'audience p 225

B) Les principes supra-nationaux p 227
1) Le droit à un procès équitable p 227
a) La saisine d'office du tribunal p 227
b) Les modalités de la saisine d'office p 229
2) L'impartialité et l'indépendance du tribunal p 230
a) La présence du juge-commissaire p 231
b) L'ouverture d'un recours p 232

§2: La situation du débiteur en cas d'inexécution du plan de redressement p 234

A) L'inexécution du plan de cession p 236
1) La résolution p 236

a) La critique du terme « résolution » p 236
b) La qualification applicable p 238
2) La place du débiteur postérieurement à la résolution du plan de cession p 238
a) L'état de la procédure p 239
b) La position du chef d'entreprise p 239

B) L'inexécution du plan de continuation p 240
1) Les enjeux en présence p 240
a) L'origine de l'inexécution p 241
b) La caducité p 242
2) Une jurisprudence établie p 243
a) La position des juges du fond p 243
b) La position de la Cour de cassation p 244

Seconde Partie : Les droits du débiteur dans sa vie privée p 252

Titre Premier : L'interaction des règles du redressement judiciaire sur la vie de famille du débiteur p 253

Chapitre I : Le droit de la famille à l'épreuve du redressement judiciaire p 254

Section I : Les droits propres du débiteur p 255

§1 Les droits personnels du débiteur p 255
A) Les droits de la personnalité et le droit parental p 255
B) Les créations intellectuelles p 259

§2 La situation matérielle du débiteur p 261
A) Les subsides p 261
B) La protection du logement familial p 263

Section II : Les règles issues des régimes matrimoniaux p 266

§I Les modifications du régime matrimonial p 267
A) Les règles générales p 267
B) La mise en application p 270

§2 Le divorce p 275
A) Le divorce sur requête conjointe ou pour rupture irrémédiable du lien conjugal p 275
B) L'action directe en recouvrement p 283

Chapitre II : Le respect des droits des créanciers en cas de fin de communauté de vie p 289

Section I :La liquidation de la communauté de vie p 290

§1 Le sort des biens p 290
A) Au cas de partage p 290
B) Au cas d'attribution préférentielle p 291

§2 Le régime de l'indivision p 293
A) L'indivision et la clause d'accroissement p 293
B) Le pacte civil de solidarité et le concubinage p 295

Section II : Le contrôle des actes conclus par le débiteur p 297

§1 Application du droit commun p 298
A) Les dispositions du Code civil p 298
B) Les dispositions du Nouveau code de procédure civile p 299

§2 Application du droit des procédures collectives p 300
A) L'action oblique et l'action paulienne p 300
B) Les nullités de la période suspecte p 303

Titre Second : L'interaction du redressement judiciaire sur les successions et libéralités p 309

Chapitre I : La place de la famille du débiteur p 309

Section I : Les successions p 310

§1 Le cas de l'héritier en redressement judiciaire p 310
A) La faculté d'option de l'héritier p 311
B) L'unité du patrimoine p 313

§2 Le cas du *de cujus* en redressement judiciaire p 314
A) L'option de l'héritier p 314
B) Le bénéfice du plan de redressement p 315

Section II : Les libéralités p 317

§1 Le cas du donateur en redressement judiciaire p 318
A) La protection des créanciers p 318
B) Les donations entre époux p 319

§2 Le cas du donataire en redressement judiciaire p 321
A) Les donations antérieures au redressement p 321
B) Les donations postérieures au redressement p 322

Chapitre II : La préservation des intérêts pécuniaires de la famille p 326

Section I : La clause d'inaliénabilité. p 326

§1 La mise en œuvre de la clause d'inaliénabilité p 327
A) L'exercice d'un droit personnel p 327
B) Une clause protectrice p 328

§2 Atténuation aux droits de la famille p 330
A) Les actions diligentées à l'encontre des intérêts familiaux p 330
B) La jurisprudence p 332

S*ection II : La protection offerte par l'assurance- vie* p 335

§1 L'assurance- vie face à la procédure de redressement judiciaire p 336
A) Les objectifs du contrat d'assurance- vie p 336
B) Les créanciers face à l'assurance- vie p 337

§2 Les limites apportées à la mise en œuvre de l'assurance- vie p 340
A) Les limitations issues des règles du redressement judiciaire p 340
B) L'absence de requalification du contrat p 343

Index alphabétique

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abandonnement : 17, 18.

Acceptilatio : 1.

Acte -conservatoire : 52, 114 et s, 117, 262.

-de gestion : 77.

Action - directe : voir divorce.

- noxale : 7.

- oblique : 309 et s, 345, 346.

- paulienne : 9, 262, 282, 310 et s, 319.

Activité nouvelle : 150 et s, 155, 168 et s.

Administrateur - mission : 39 et s, 51 et s, 86, 116.

- assistance : 45 et s.

- représentation : 49 et s.

- surveillance : 42 et s.

- modification de la mission : 164.

- responsabilité : 51.

Aide : - personnalisée au logement : 272.

- publiques : 126, 127.

- aux rapatriés d'Algérie : 269.

Amende honorable : 20.

Appel : voir recours

Attermoiement : 18.

Auteur : voir créations intellectuelles.

Autorité parentale : 262, 263.

Assurance vie : 336, 350 et s.

- aléa : 359.
- rachat : 354.
- résiliation : 358.

Attribution préférentielle : voir partage.

B

Bancq francs : 14.

Bannissement : 19.

Banqueroute : 17, 19, 21, 23, 28.

Bourgeois : 14.

Brevet : 265.

C

Caducité (du plan): 100, 241, 248.

Carcan : 20.

CEDH : 211 et s, 231 et s.

- impartialité et indépendance : 231 et s.

- subsidiarité : 217, 218.

Cessation des paiements : 22.

Cessio bonorum : 6, 7.

Cession : - parts sociales, actions : 102, 103, 198 et s.

- prix : 102.

- de biens : 18, 22.

Clain : 14, 16.

Clause d'accroissement : 300 et s.

Comitium :2.

Compensation : 75.

Compes : 3.

Conciliation : 32.

Concubinage : 303.

Contractus :1.

Contradictoire : 219 et s.

- audience : 223, 224.

- convocation : 220, 221, 222.

Contrainte par corps : 15.

Contrat d'union et de direction : 19.

Contrefaçon : 265.

Courrier : 70.

Créations intellectuelles : 264.

Curateur : 8, 18.

D

Décret forcé : 16.

Débiteur : 29, 30 et s, 111 et s, 119, 120, 198 et s.

- location gérance : 99, 100.

Directeur : 19.

Divorce : 283 et s.

- action directe : 290 et s.

- convention (de) : 285.

- prestation compensatoire : 286 et s.

- fixation : 287.

- révision : 287.

- requête conjointe : 283 et s.

- rupture irrémédiable du lien conjugal : 283 et s.

Donation : voir libéralité

Droit - de la défense : 197.

- de la personnalité : 259.

- de propriété : 103, 106.

- de rétention : 83.

E

Elargissement : 15.

Emptor (bonorum) : 6, 8.

Entreprise : 29, 52.

Exécution provisoire : voir recours.

Expert : 223.

Expropriation : 103, 106, 196, 202.

F

Faillite : 12, 13, 17, 22, 23, 25, 26, 27, 28.

Famille (droit de la) : 256 et s.

Filiation : 259.

Flétrissure : 19.

Foire : 12, 13.

Forum : 3.

Fouet : 19.

G

Galères : 20.

Gestion courante : 120, 121 et s, 151.

- étendue : 123, 125.

Gorneau (projet) : 21.

I

Impartialité : 214 et s, 229 et s.

-objective : 216.

- subjective : 216.

Incapacité : 51, 96, 114, 118.

Incarcération : 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 28.

Incessibilité (droits sociaux) : 103.

Indivision : 300.

- concubinage : 303.

- PACS : 302.

- voir régimes matrimoniaux.

Inopposabilité : 46 et s, 49, 66 et s.

Insolvabilité : 17.

Instance *in jure* : 2, 6.

Interdiction bancaire : 72, 73.

Interposition (de personne) : 108.

Inventeur : voir créations intellectuelles.

J

Judex fori : 12.

Judicatus : 2.

Juge commissaire - autorisation - acte : 75 à 84, 92 et s.
- licenciement : 85, 88.
- impartialité : 233.
- présence : 22, 232 et s.
- rapport : 228, 234.

Jugement d'*iterato* : 15.

Julia (lex) : 6.

L

Lettres - de réhabilitation : 18.
- de répit : 8, 18.
- royaux : 18.

Libéralité : 314 et s, 326 et s.

- donataire : 331 et s.
- donateur : 327 et s.
- époux (entre) : 329, 330.
- inaliénabilité : 338 et s, 347.
- insaisissabilité : 335.

Licenciement : 85 et s.

- absence de cause : 87.
- critères : 88, 89 et s.
- juridictions compétentes : 86, 88.

Liquidation judiciaire : 27.

Littera : 1.

Location gérance : 98 et s.

- après le jugement arrêtant le plan : 100.
- en période d'observation : 99, 155.
- inexécution : 100.

Logement familial : 270, 271.

M

Magister : 6, 8.

Manus injectio : 2.

Manus injectio judicati : 2.

Marché public : 125.

Marque : 19.

Ministère public : 224.

Mise de fait : 16.

Missio in possessionem : 6.

Mort gage : 10.

N

Nervus : 3.

Nexum : 2, 4.

Nexus : 2.

Nuda pactio : 1.

Nuncupatio : 2.

Nullité : 46 et s, 49, 66 et s, 78, 84.

- de la période suspecte : 282, 312 et s, 328.

O

Offre de reprise : 105 et s.

- tiers : 105, 107, 108.

P

PACS : 302.

Pactum : 1.

Partage : 297 et s.

- attribution préférentielle : 298.

Per aes et libram : 2.

Pied à pied : 14.

Pignorum capio : 1, 5.

Période d'observation : 60 et s.

Plan : 69, 236, 237.

- inexécution : 235 et s.

- caducité : 241, 248 et s.

- clôture de la procédure : 243 et s.

- plan de cession : 238 et s.

- plan de continuation : 245 et s.

Prestation compensatoire : voir divorce.

Procés équitable : 226 et s.

Proscriptio bonorum : 6.

R

Recours : - autorisation de licenciement : 86.

- débiteur : 181, 182 et s, 186, 191, 201.

- intervention : 178 et s.

- nullité : 97, 103 (appel), 204 et s.

- Parquet : 176.

- plan (après l'adoption du) : 195 et s.

- pourvoi : 188 et s, 199.

- prétention : 176.

- réformation (appel) : 103, 173 ets, 184, 185, 186, 194 et s.

- suspension de l'exécution provisoire : 190 et s.

- champ d'application : 192, 193.

- tierce opposition : 280.

Régimes matrimoniaux : 273 et s.

- communautaire : 277.

- indivision : 278.

- modification : 274 et s.

- partage : voir ce mot.

- séparation de biens : 280.

Règlement amiable : 28.

Règlement transactionnel : 28.

Réhabilitation : 24, 25, 28.

Représentant des créanciers : 37.

Res : 1.

Résidence principale : - insaisissabilité 270 et s, 320.

Résolution : - plan de cession 238 et s.

S

Saisine d'office : 227 et s.

- rédaction (note et rapport) : 228, 229.

Sanction : 244.

Sauvegarde : 32, 35, 37, 42, 45, 49, 56, 102, 105, 129, 131, 195, 225, 228, 231, 232, 289, 358.

Société : - représentation (après l'arrêt du plan de cession) 129 et s.

- représentant : 132, 133, 139, 145.

- dénomination : 146.

- désignation : 142 et s.

- prérogatives : 138, 139.

Sponsor : 2.

Statuts : 12.

Subhastation : 16.

Subsides : 268.

Successions : 314 et s.

- dettes *ultra vires successionis* : 323.

- droit d'option : 318, 322.

- héritier : 317, 322.

- plan de redressement : 324, 325.

T

Tables (Loi des XII…) : 1, 4, 8.

Temps légitime (*tempus legitimum*) : 1.

Tiers : - bonne foi : 124, 152.

- offre de reprise : 105, 107, 108.

Tontine : voir clause d'accroissement.

Transaction : 79.

Tribunal : - autorisation - cession (actions, parts sociales) : 102 et s.

- location gérance : 97 et s.

- saisine d'office : 227 et s.

U

Unité du patrimoine : 32, 119, 149, 155 et s, 160 et s, 165 à 171, 320.

Usufruit : 262.

V

Venditio bonorum : 5, 6.

Vente : 106.

Verba : 1.

Ville d'arrêt : 14.

RESUME en Français

À l'occasion des procédures collectives, les droits du débiteur apparaissent sacrifier sur l'autel des intérêts des salariés, de l'entreprise et des créanciers. Le redressement judiciaire n'échappe pas à cette appréciation, qui se révèle toutefois erronées. Le débiteur, loin d'être considéré comme un périèque, constitue le personnage-clé de cette procédure et ses droits sont, en définitive, voisins de ceux d'une personne *in bonis*. En effet, la désignation d'un administrateur judiciaire, rare en régime simplifié, et davantage axée sur la surveillance et l'assistance en régime générale, ne le place plus dans la position d'un étranger à son redressement.
Dans le cadre de son activité professionnelle la réalisation de certains actes, bien que conditionnée par une autorisation judiciaire préalable, ne réduit pas ses droits à néant. L'expression de ceux-ci se traduit, pour l'essentiel, à travers la mise en oeuvre des voies de recours et de la possibilité qu'il a d'exercer une nouvelle activité.
Dans le cadre de sa vie privée, l'accomplissement de ses droits personnels demeure de sa compétence exclusive. Toutefois les conséquences patrimoniales de ces derniers intéressent les mandataires judiciaires, qui cependant, n'interviennent pas à l'occasion du débat purement personnel.
Les mécanismes juridiques, issus du droit civil et du droit commercial, assurent davantage le renforcement de la sauvegarde de ses droits. Ainsi, le débiteur en redressement judiciaire se situe dans une perspective proche de celle de son homologue *in bonis*.

TITRE en Anglais

Rights of the debtor in bankruptcy proceedings.

RESUME en Anglais

In collective proceedings, the rights of the debtor seem to be sacrificed on the altar of employee, company and creditor interests. Bankruptcy is no exception to this assessment that, however, proves to be erroneous. Far from being considered a second- class citizen, the debtor is the key figure in these proceeding and, when all is said and done, his rights are similar to those of a person *in bonis*. In fact, the appointement of a receiver, rare under the simplified procedure, and focused more on oversight and assistance under the general procedure, no longer places the debtor in a position of being an outsider in his reorganization.
In terms of his business activity, the performance of certain acts, although they are subject to prior judicial authorization, does not completely abolish his rights.
These rights are expressed mainly through the filing of appeals and the possibility of engaging in a new business.
In terms of his private life, the exercise of his personal rights remains solety within his domain. However, the property consequences of these rights concern the court- appointed agents, who do not, however, intervene in purely personal matters.
The legal mechanisms, derived from civil and commercial law, further safeguard his rights. Thus the debtor in bankruptcy proceedings has nearly the same prospects as his counterpart *in bonis*.

DISCIPLINE

Droit privé

MOTS CLES

Redressement judiciaire – débiteur – droit – unite du patrimoine – voies de recours – activité nouvelle – droit de la famille – vie privée

INTITULE ET ADRESSE DE L'U. F. R. OU DU LABORATOIRE

Université de Reims Champagne-Ardenne – Faculté de Droit
57 bis, rue Pierre Taittinger – 51096 Reims Cedex