



HAL
open science

Le sort des garants dans les procédures collectives

Alain Martial Akue Mickala

► **To cite this version:**

Alain Martial Akue Mickala. Le sort des garants dans les procédures collectives. Droit. 2010. dumas-00576496

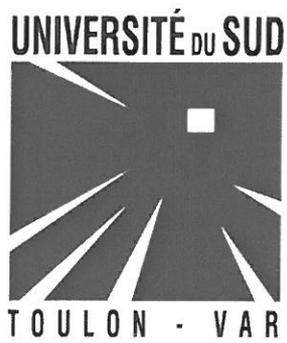
HAL Id: dumas-00576496

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00576496v1>

Submitted on 17 Mar 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Alain Martial AKUE MICKALA

LE SORT DES GARANTS DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES

Mémoire de Master 2 Droit

Mention : Droit public et droit privé

Spécialité : Droit des contentieux

Option : Droit des contentieux public et privé

Sous la direction de Mlle Anne Marie ROMANI

Année universitaire 2009-2010

Au DIEU TOUT PUISSANT qui continue de m'accorder sa toute puissante Grace.

A Feu MICKALA Pierre Didier, mon père et à ma mère NTONGONE Mélanie qui m'ont entouré de leur affection et m'ont appris le sens de l'effort, de la responsabilité, et de l'honneur.

Je tiens particulièrement à remercier Mademoiselle Anne Marie ROMANI qui a bien voulu diriger ma recherche et ma prodigué ses conseils tout au long de ce travail.

J'adresse également mes remerciements à tous mes proches, tous ceux qui me sont chers, les membres de ma famille, tous ceux qui m'ont entouré, soutenu et aidé.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. proc. coll.	Actualités des procédures collectives
al./ a.	Alinéa
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C.	Code
CA	Arrêt de la cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass.com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
ch. mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Civ.	Arrêt d'une chambre civil de la Cour de cassation
D. Affaires	Dalloz Affaires
Doss.	Dossier
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
infra	Ci-dessous
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique édition Entreprise
L.	Loi
n°	Numéro
NCPC	Nouveau code de procédure civile
obs.	Observations
p.	Page
LPA	Les Petites Affiches

Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
et s.	Et suivants
Somm.	Sommaires
supra.	Ci-dessus

SOMMAIRE

PARTIE 1 - LE SORT DES GARANTS DANS L'OPTIQUE DU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE.....	14
CHAPITRE 1 – IMMUNITÉ D'ACTION DONT BÉNÉFICIENT LES GARANTS PENDANT LA PÉRIODE D'OBSERVATION.....	16
Section 1: Cristallisation des actions des créanciers.....	16
Section 2: Mise en œuvre de la cristallisation.....	30
Section 3: Aménagements de la règle de la suspension des poursuites.....	37
CHAPITRE 2 – RÉGIME DE FAVEUR DES GARANTS DANS LA FIXATION DU MONTANT DE LA CRÉANCE.....	44
Section 1: Les garants bénéficient du plan de sauvegarde.....	44
Section 2: Les garants bénéficient du principe de l'arrêt du cours des intérêts.....	51
PARTIE 2 - LE SORT DES GARANT EN CAS D'IMPOSSIBLE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE.....	62
CHAPITRE 1: RESTAURATION DES DROITS DES CRÉANCIERS.....	64
Section 1: Reprise des initiatives individuelles des créanciers.....	64
Section 2: Paiement de la créance par le garant.....	74
CHAPITRE 2: RÉALISATION DES DIFFÉRENTES GARANTIES.....	84
Section 1: Application relative des règles de droit commun.....	85
Section 2: Cas particulier de la fiducie-sûreté en cas de liquidation judiciaire.....	94
 CONCLUSION	

INTRODUCTION

Le risque est une notion présente dans l'ensemble des disciplines du droit. Il peut être désigné comme un préjudice, un sinistre, un événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation. Ainsi, on peut distinguer le risque professionnel (en droit du travail) inhérent à l'exercice d'une profession, le risque sanitaire¹ et de développement² (en droit civil) pour ne citer que ceux là. Le risque est toujours présent dans notre quotidien et encore plus dans les relations contractuelles. Cependant, cette notion a fait l'objet d'une théorie éponyme en droit des contrats³. En effet, Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties est exonérée en raison d'un événement de force majeure qui l'a empêché d'honorer son engagement, la théorie des risques permet de désigner celui qui supportera les conséquences de l'inexécution.

Le risque étant aléatoire il peut survenir dans toutes relations contractuelles, notamment dans les relations entre créancier et débiteur. Le risque qui peut résulter d'une telle relation réside dans l'insolvabilité du débiteur. La pratique des crédits recour donc à certaines garanties afin de se prémunir d'un tel risque. Les entreprises ne pouvant pas toujours financer leurs investissements sur fonds propres vont quasiment recourir au crédit et se faire exiger en contre partie la fourniture d'une garantie. Il s'agit d'un mariage d'intérêts et de sécurité entre le crédit et la garantie à tel point qu' « il n'existe point de crédit sans garantie ».

Cependant, la garantie n'a jamais annulé la réalisation du risque, elle permet simplement d'apporter une certaine quiétude au créancier, il n'existe donc pas de risque zéro avec la garantie. L'idée est que si le créancier n'est pas payé à l'échéance par le débiteur principal, il pourra se faire payer par le garant. Une garantie est d'autant plus efficace qu'elle permet au créancier de recouvrer la quasi-totalité⁴ de sa créance ou encore qu'elle résiste à l'insolvabilité du débiteur. Toujours est-il que le créancier titulaire d'une garantie se sentira davantage plus protégé contre l'insolvabilité de son débiteur.

De prime abord, il convient de préciser les notions de garantie et de sûreté. Nous retiendrons nonobstant toute autre considération, que la garantie est une notion large et la sûreté une notion restrictive de telle sorte que toute sûreté est une garantie mais que toutes les garanties ne sont pas des sûretés. Mais ces dernières sont considérées comme les principales garanties dès lors que d'autres garanties tendent aux mêmes fins et peuvent être également utilisés par les créanciers. En droit civil il existe donc une multitude de mécanismes qui sont apparentés aux sûretés et inscrits au livre IV du code civil intitulé « Des sûretés ». En réalité

¹ Terme générique désignant l'accident médical ou l'infection nosocomiale qui ont des conséquences préjudiciables pour le patient.

² Cause d'exonération de la responsabilité du fait des produits défectueux résidant dans cette circonstance que, au moment où le produit a été mis en circulation, l'état des connaissances scientifiques et techniques n'a pas permis de déceler l'existence du défaut (C.civ. art. 1386-11 et 12).

³ Mais aussi en droit de la responsabilité ; système qui fonde la responsabilité civile sur le fait que celui qui tire un avantage matériel ou morale d'une activité doit en supporter les conséquences dommageables pour les tiers.

⁴ Même avec une garantie le créancier n'est pas sûr d'être désintéressé à 100%, tout dépendra de la solvabilité du garant.

nous ne ferons pas une très grande distinction entre ces deux termes, le garant c'est celui qui aura donné une sûreté réelle ou personnelle ou encore les assimilés.

Cependant, il est généralement admis que le droit de crédit est le point de convergence entre le droit bancaire, le droit des garanties et le droit des procédures collectives, l'efficacité du droit des garanties étant mesurée dans la pratique de ce dernier. Toute chose qui rend encore plus complexe l'étude par nous présentement menée, qui, dans une vision panoramique, consiste à analyser le sort des garants à l'épreuve des procédures collectives. Plusieurs aspects de ce thème ont fait l'objet de plusieurs thèses⁵, de même qu'ils ont donné lieu à une doctrine abondante et une jurisprudence enrichissante.

Qu'à cela ne tienne, le droit des procédures collectives jadis considéré comme une voie de règlement des créanciers a désormais pour principales finalités d'abord le sauvetage de l'entreprise et ensuite le règlement de son passif. Avec ses dernières réformes notamment celle de 2008 (ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008), le droit des entreprises en difficulté organise, d'une part, une procédure de restructuration de nature essentiellement préventive, conventionnelle et confidentielle : Mandat ad hoc et conciliation (c.com.art.611-3 à L.611-15) et d'autre part, trois modes juridictionnels de traitement des difficultés des entreprises, les procédures de sauvegarde (qui permet d'anticiper sur les risques de défaillance de l'entreprise), de redressement et de liquidation judiciaires.

En effet, les professionnels et les personnes morales de droit privé sont soumis à ces procédures lorsqu'ils rencontrent des difficultés économiques et financières de nature à compromettre l'exécution de leurs engagements pécuniaires envers leurs différents créanciers. D'où les liens étroits qu'entretiennent ce droit et celui des sûretés.

Le terme de garanties ou de garant seront cependant plus usité tout au long de notre étude (cf. supra) pour désigner, outre les « sûretés légales », tout mécanisme de droit ayant pour objet de prémunir le créancier contre une perte pécuniaire et qui est reconnu en tant que tel par le droit des entreprises en difficulté. Cette dernière précision est très importante car comme nous verrons tout le long de cette étude, en dehors des sûretés traditionnelles le droit des procédures collectives ne retient que quelques mécanismes qui ont vocation de garantie⁶ dont le dernier à être consacré est la fiducie sûreté. De ce fait, nous nous intéresseront plus particulièrement au sort des personnes reconnues comme garants au sens du droit des procédures collectives ainsi que par la jurisprudence.

Par ailleurs, le terme de « garant » est une production jurisprudentielle qui peut être défini comme la personne qui s'engage à se substituer au débiteur principal au cas où celui-ci serait défaillant. Autrement dit, le garant c'est le chef d'entreprise personne physique ou un proche, la société mère d'une filiale ou un consortium...qui, à travers une garantie personnelle ou réelle, garantit le paiement de la dette du débiteur principal. Le droit des procédures collectives, le définit à travers une formule issue de l'ordonnance de 2008 sus visée comme les

⁵ Cf. Bibliographie.

⁶ L'incertitude demeure sur d'autres mécanismes tel que la délégation imparfaite.

« personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

Quid donc de ces garants.

Il s'agit des garants personnels et des garants réels personnes physiques mais aussi de garants personnes morales, bien que les dispositions du code de commerce que les personnes physiques, il conviendra d'en déduire le sort des premiers sur celui réservé aux seconds. Il ne s'agira donc pas d'une analyse exclusive des garants dont le sort est déterminé par les dispositions du code de commerce. Il s'agira donc d'une part, aussi bien des cas de la caution, du donneur d'une lettre d'intention, du donneur d'une garantie autonome que du donneur d'une promesse de porte fort (« personnes physiques (...) ayant consenties une sûreté personnelle ») et les coobligés.

D'autre part, les hypothèses des personnes physiques ou morales ayant consenti un gage, une hypothèque, un nantissement ou encore ceux ayant consenti l'antichrèse (« personnes physiques (...) ayant affecté un bien en garantie ») et les personnes ayant constituées une fiducie-sûreté (« personnes (...) ayant cédé un bien en garantie »). Il s'agira donc d'examiner le sort qui est réservé à ces derniers dans les procédures collectives.

Autre précision aussi importante concerne la personne même du garant s'agit-il du débiteur lui-même ? par exemple lorsqu'il affecte son bien en garantie de sa dette. Ou le garant dont s'agit, sera un tiers qui garantira la dette du débiteur ? La première hypothèse ne présente pas d'intérêt pour notre étude à partir du moment où le garant est confondu au garant. C'est donc la deuxième hypothèse qui intéressera particulièrement, celle où un tiers décide de garantir les dettes d'autrui le sort de ce dernier a plus d'intérêt dès lors qu'il est tiers à la dette du débiteur pour diverses raisons.

Pourquoi le choix du sort du garant ?

En effet, le garant est un acteur incontournable et indispensable dans la vie et la survie des entreprises et donc un acteur très important dans la réussite et l'efficacité des procédures collectives. Du moins, le garant permet au débiteur d'obtenir des financements et les crédits nécessaires au fonctionnement de son activité et au maintien de son unité économique. Avec un garant (débiteur accessoire), l'institution bancaire (créancière) qui consent un prêt à une entreprise (débitrice principale) est sûre d'être désintéressé à échéance. Avec le garant, le créancier est plus sûr d'être satisfait, surtout en période de turbulences économiques où le risque d'insolvabilité est accru. Et force est de constater dans la pratique bancaire qu'il n'y a « point de crédit sans garant ». Il symbolise doublement la crédibilité du débiteur principal et la confiance, mais aussi la sécurité juridique et financière du créancier.

Dans l'hypothèse d'une mauvaise ou d'une moindre protection du garant dans les procédures collectives, le danger est de voir de moins en moins de garants prendre le risque d'apporter leur soutien aux entreprises en difficultés qui ont besoin d'un air nouveau. Toute chose qui, corrélativement, mettrait en échec les objectifs visés par différentes procédures collectives. La protection des garants est donc primordiale. Par ailleurs, beaucoup de garants

sont les dirigeants des entreprises en difficulté, leur rôle étant très important dans l'ouverture et le déroulement de la procédure qui visent à sauver l'entreprise, il est nécessaire de s'intéresser à son sort. Ne ce reste qu'il est celui qui connaît le mieux les forces et les faiblesses de l'entreprise en difficulté⁷ pour ne pas dire les « maux » dont il souffre.

Problèmes qui se posent

Nul n'est besoin de rappeler que le garant n'est pas le seul acteur dans la vie et la survie d'une entreprise car on ne fait appel aux garanties que parce qu'il existe un rapport contractuel entre le débiteur et le créancier détenteur des fonds qui permettront au premier d'assurer l'exécution de son activité. C'est pourquoi sa sécurité juridique mérite également d'être assurée dans le cadre des procédures collectives.

L'intérêt de notre étude réside ainsi dans la conciliation de ces deux intérêts ; celui du créancier et celui du garant car en réalité l'ouverture d'une procédure collective est la réalisation du risque contre lequel le créancier a entendu se prémunir. Si sa situation est altérée il consentira difficilement des crédits aux entreprises, ce qui constituerait une difficulté supplémentaire pour la survie de celles-ci. Il faut donc qu'il y ait un équilibre dans la protection des différents acteurs qui interviennent dans la résolution des difficultés que rencontrent les entreprises.

Dès lors se dégage une multitude de questions dont les unes ont trait au degré de protection accordée aux garants dans les procédures collectives avec les dernières réformes de 2006 (**ordonnance du 23 mars 2006 portant sur la réforme du droit des sûretés**) sur le droit des sûretés et de 2008 précédemment citée, les autres ont trait aux règles applicables aux garants dans le cadre du droit des entreprises en difficultés par rapport au droit commun des sûretés. On se demandera en effet :

Quel est le sort des garants ?

Leur sort est-il aligné sur celui des débiteurs principaux ?

Comment sont protégés les garants ?

Fondement de leur protection ?

Quelles sont les limites de cette protection ?

Quelles sont les règles applicables ?

Dérogent-elles au droit commun des sûretés ?

Comment le législateur concilie-t-il les intérêts en présence ?

Sacrifie-t-il les intérêts des créanciers ?

⁷ Du moins, lorsque le tiers garant est le dirigeant de l'entreprise à l'encontre duquel une procédure collective est ouverte.

Telle constitue la liste non exhaustive des questions dont nous tenterons d'apporter des réponses tout au long de notre étude.

Pour avoir un aperçu de ce que sera le sort des garants il convient de faire un clin d'œil à la conciliation qui est un mode de traitement conventionnel des difficultés de l'entreprise⁸ dans lequel l'intervention judiciaire ne se limite qu'à un rôle d'accompagnement des différentes parties à trouver une solution aux problèmes que connaît l'entreprise. Le sort des garants doit être appréhendé selon que les parties sont parvenues ou non à un accord.

Tant que les parties ne seront pas parvenues à un accord, le garant ne bénéficiera d'aucune mesure de faveur, et les créanciers titulaires de garanties pourront les poursuivre pendant le déroulement de la procédure. Ils pourront donc être amenés à payer les créanciers qui les appelleront en garantie à conditions que leurs créances soient exigibles. La loi du 10 juin 1994 (annexe 2) prévoyait une solution contraire en ce sens qu'elle permettait au débiteur de bénéficier de la suspension des poursuites pendant la recherche de l'accord c'est-à-dire une fois la conciliation était ouverte. Les garants ne bénéficiaient ce pendant pas de cette mesure, à l'exception de la caution simple qui aurait pu s'en prévaloir sur le fondement du caractère accessoire du cautionnement.

Le débiteur bénéficiera expressément d'une suspension des poursuites lorsque lui et ses créanciers seront parvenus à la conclusion d'un accord et que celui-ci aura été homologué⁹. Avant la réforme de 2008, les cautions, les coobligés et les garants autonomes étaient les seuls à profiter des dispositions de l'accord constaté¹⁰. Désormais, depuis l'ordonnance de 2008, les coobligés les personnes physiques ayant consentis une sûreté personnelle ou les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de l'accord homologué dès lors que ladite ordonnance a supprimé la distinction faite entre les effets de l'accord constaté et de l'accord homologué. Toutefois, si le législateur suspend expressément les poursuites à l'encontre du débiteur (C.com. art. L. 611-10), le sort du garant est tout autre dès lors qu'il peut être amené à payer les créanciers nonobstant l'homologation de l'accord, à condition que ces créances soient échues. Mais il ne pourra pas être poursuivi en paiement tant que ces créances ne seront pas échues, de même que, bénéficiant des dispositions de l'accord il profitera des délais de paiements et remises de dettes qui auront été consentis au débiteur.

Deux enseignements peuvent d'ores et déjà être tirés de ces quelques observations à savoir que le sort du garant est déterminé par le législateur à travers des dispositions qui lui sont propres¹¹ et d'autres dont il tire de la situation du débiteur. Par ailleurs, l'application du

⁸ Nous n'examinerons pas la question du sort des garants dans la conciliation qui est un mode non juridictionnel, nous nous limiterons au sort des garants dans les procédures juridictionnelles qui constituent le nœud gordien du sort des garants. La conciliation étant un arrangement des parties elles nécessitent moins d'intérêts à notre sens.

⁹ L'homologation de l'accord met fin à la procédure.

¹⁰ La constatation de l'accord relève de la compétence du président du tribunal tandis que l'accord homologué est de la compétence exclusive du tribunal.

¹¹ Elles sont très peu nombreuses, le sort du garant est dans une large mesure aligné sur celui du débiteur à tel point qu'on a l'impression que le caractère accessoire est appliqué à toutes les garanties qui bénéficient des dispositions du législateur des entreprises en difficulté (c'est ce que nous tenterons de démontrer tout au long de notre étude).

principe de l'accessoire en droit des sûretés est parfois mis à mal en droit des procédures collectives dès lors que, par exemple les garants accessoires ne bénéficient pas toujours de toutes les mesures de faveurs accordées au débiteur¹². Par ailleurs, entre les garants on peut observer que tous n'ont pas bénéficié des faveurs du législateur au même moment, tout a commencé le plus souvent avec la caution à l'exemple de la règle de la suspension des poursuites contre la caution pendant la période d'observation qui a été adopté par la Loi de 1994 sus visé. Cette règle comme certaines autres encore n'a été étendue aux autres garants que progressivement¹³, et là encore ils ne sont pas tous concernés par ces faveurs législatives. Les garants personnes morales sont ceux qui subissent tous les assauts des créanciers pendant la procédure collective.

C'est dans ce mouvement de prise en compte de la situation des garants, ou du moins de la protection de leurs intérêts dans les procédures collectives, jalonné d'inégalités et parfois d'incohérences de tout genre que nous aborderons la présente étude.

Comment aborder le sujet

Il ne s'agira pas de faire une étude détaillée des sûretés personnelles ou réelles encore moins de faire une étude comparative entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives, ou encore de faire une étude distincte du sort des garants et celui des créanciers dans les procédures collectives, ou enfin du sort des garants et de celui des débiteurs. Certes l'aspect comparatif du sort des garants à celui des débiteurs et créanciers nous permettra de connaître sa situation dans les procédures, mais cet aspect ne dominera pas notre étude. Il est en effet, évident qu'en parlant du sort des garants que l'on évoquera les principes qui gouvernent le droit des sûretés, de même que nous tireront des conséquences du sort réservé aux garants sur celui des créanciers. Par ailleurs, les intérêts des garants et ceux des créanciers sont tellement opposés que le droit des procédures collectives apparaît comme une balance qui penche soit du côté du garant, soit du côté des créanciers sans jamais parvenir à un équilibre.

Il est apparu dans nos différentes recherches que le sort des garants est largement tributaire du but visé par chaque procédure collective ou du moins de son issue et que d'une part, le législateur dans le souci d'inciter les dirigeants, qui garantissent souvent « leur entreprise », à solliciter la protection judiciaire, a pris vis-à-vis de ces derniers des mesures

¹² Par exemple, nous verrons plus tard que la caution personne physique, garant accessoire par excellence, ne bénéficie pas comme tous les autres garants des dispositions du plan de redressement judiciaire. De même que pendant que le débiteur ne peut être en principe poursuivi en paiement pendant le déroulement de la liquidation judiciaire, la caution pourrait souvent être amené à payer les créanciers qui le solliciteraient la mise en œuvre de sa garantie.

¹³ La loi de 1994 s'était intéressée à la situation de la caution personne physique, la loi de sauvegarde de 2005 a étendu le régime de la caution aux coobligés et à la garantie autonome tous aussi personnes physiques avant que l'ordonnance de 2008 ne l'étende davantage à toutes les personnes physiques qui ont consentis des sûretés personnelles et des sûretés réelles en générale et la fiducie-sûreté nouvellement admise comme sûreté réelle.

incitatives et attractives par l'application des règles qui leur sont entièrement favorables , du moins tant que l'entreprise peut être encore viabilisée¹⁴.

D'autre part, plusieurs règles du droit commun des suretés sont méconnues en vue d'assurer une plus grande protection aux garants, qu'ils soient autonomes ou accessoires, pendant une période plus ou moins longue pendant laquelle le créancier devra patienter pour exercer ses droits et se faire payer par le garant.

La règle principale est la protection maximale du débiteur, sur lequel est souvent aligné le sort des garants sous certaines conditions, pour faciliter le traitement des difficultés de l'entreprise en vue d'assurer son maintien. Dans le cas contraire le législateur a prévu comme une sorte de sanction des débiteurs et partant des garants et parfois même des créanciers (les uns sanctionnés plus sévèrement que les autres) qui ne seront pas parvenus à assurer la survie de l'entreprise dont la réussite dépend finalement de la mobilisation de toutes les énergies. Tous les acteurs de la chaîne de production doivent contribuer au redressement de l'entreprise. Le principe étant la solidarité de tous face aux difficultés actuelles et avenir de l'entreprise et les créanciers sont ceux qui sont appelés à plus de sacrifices car il leur est ordonné de ne pas exercer les prérogatives inhérentes à leur droit de créance dès lors qu'une tentative de sauvetage est en marche. Mais on le verra, les créanciers ne retrouvent pas toutes leurs prérogatives, même lorsqu'il est impossible de sauver l'entreprise.

Le législateur opère toutefois dans cette perspective des distinctions variables et diversifiées entre les garants personnes morales et personnes physiques, entre les garants personnels et les garants réels, entre les différentes périodes d'observation. Et le fondement des règles applicables à ces différentes situations est tout aussi varié selon la nature de la procédure.

Le but poursuivi par cette étude consiste avant tout à démontrer que la protection des garants est relativement assurée par le droit des procédures collectives cette affirmation non péremptoire trouvera à se justifier tout au long de notre étude qui distingue cette protection selon que le sauvetage de l'entreprise est possible ou non. Nous verrons donc successivement le sort des garants dans l'optique du sauvetage de l'entreprise (Première partie), le sort des garants en cas d'impossible sauvetage de l'entreprise (Deuxième partie).

¹⁴ C'est-à-dire lorsque l'entreprise a encore des chances d'être sauvée par le débiteur, elle connaît des difficultés qu'il est encore possible de surmonter si on s'y prend à temps. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire sont ici visées.

Première partie :

**LE SORT DES GARANTS DANS L'OPTIQUE
DU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE : UNE
PROTECTION AFFIRMEE**

Le législateur français à travers les différentes réformes entreprises sur le droit des procédures collectives a défini de nouvelles priorités à celui-ci en accordant la primauté à la sauvegarde de l'entreprise, souvent au détriment du paiement intégral des créanciers. Autrement dit, l'ouverture d'une procédure collective consistera d'abord à mettre en place tous les moyens nécessaires au maintien et au redressement de l'entreprise, tant que cela est possible, avant d'envisager le paiement des créanciers et donc l'apurement du passif. Pour atteindre cet objectif législatif il est apparu nécessaire de protéger les différents « débiteurs » du créancier notamment le débiteur principal et ses garants. Il reviendra au premier de préparer le plan pendant qu'il sera demandé au créancier d'attendre que la situation du débiteur principal soit fiable afin de garantir le paiement intégral de sa créance.

Le garant à l'image du débiteur principal bénéficie d'un régime favorable pendant la période d'observation toutes les fois qu'un sauvetage ou un redressement de l'entreprise sera possible. Sa protection est affirmée par le législateur, ce qui lui permet de bénéficier d'une immunité d'actions pendant la période d'observation (**Chapitre 1**) ainsi que d'un régime de faveur dans la fixation du montant de la créance (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'IMMUNITÉ D'ACTION DONT BÉNÉFICIENT LES GARANTS PENDANT LA PÉRIODE D'OBSERVATION

L'objectif premier du législateur à travers les dernières réformes (Loi de 2005 et Loi de 2008) est de sauver l'entreprise et assurer la poursuite de ses activités. Et pour ce faire il a entrepris des mesures favorables non seulement au débiteur mais aussi à ses garants pour atteindre ledit objectif.

L'idée est de permettre au débiteur ainsi qu'à ses garants en général de bénéficier d'un temps de répit, de tranquillité afin d'envisager sereinement les moyens nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. C'est dans ce sens qu'il épargnera au garant à la suite des débiteurs le souci inhérent à la saisie d'une partie ou de la totalité de son patrimoine. Les garants, comme le débiteur dont ils garantissent la dette vont bénéficier d'un certain nombre d'avantages dès l'ouverture de la procédure.

Ces avantages consisteront notamment à paralyser toutes les actions des créanciers contre les garants pour permettre à ces derniers d'aider plus efficacement le débiteur à faire face ou prévenir des éventuelles difficultés qui menaceraient son activité. La cristallisation des créanciers s'entend de la suspension ou de l'interdiction des actions en justice de ces derniers contre les garants dès le jugement d'ouverture de la procédure collective (**Section 1**). Cependant, ce principe n'est pas appliqué dans toute sa rigueur car il existe bien de situations où malgré l'ouverture d'une procédure, le débiteur ou le garant est poursuivi (**Section 2**).

Section 1 : Cristallisation des actions des créanciers munis de garanties

L'article 35 de la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite Loi de sauvegarde devenu article L.622-21 du code de commerce pose le principe de l'arrêt des poursuites contre le débiteur. Cependant, le législateur a adopté de façon expresse des dispositions qui permettent au garant de jouir de la cristallisation des actions des garants. En effet, l'article L. 622-28 al. 2 dispose que « le jugement d'ouverture suspend (...) toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Ce principe n'est cependant pas nouveau, il s'appliquait déjà à la seule caution sous l'empire de la loi de 1994. Mais depuis l'adoption de l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 cette règle s'applique à tous les garants personnes physiques.

Il convient dès à présent de voir d'abord le principe de la suspension des poursuites contre les garants (Paragraphe 1), ensuite la mise en œuvre de la cristallisation des actions des créanciers (Paragraphe 2) et enfin les aménagements apportés à cette règle (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Principe de la suspension des poursuites contre les garants

La règle de la suspension des poursuites est applicable aussi bien aux débiteurs¹ qu'aux garants, dans ce dernier cas notamment la nature des actions n'est pas différente de celle retenue pour le débiteur. Les actions visées en ce qui concernent les débiteurs sont les mêmes que celles des garants. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-21 du code de commerce la règle de l'arrêt des poursuites concerne les actions en justice initiées par les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure.

Du reste, l'imprécision de l'article 622-28, qui consacre la règle de la suspension des poursuites contre les garants à titre personnel, sur la nature des actions visées² ne constitue pas un obstacle à son interprétation³ car l'objectif du législateur demeure le même ; qu'il s'agisse de la suspension des poursuites contre le débiteur ou contre les garants, il veut éviter que les poursuites individuelles des créanciers ne paralysent l'activité économique de l'entreprise et que son passif ne s'alourdisse. Aussi, entend-il mettre leurs patrimoines respectifs hors d'atteinte des actions de leur créancier afin qu'ils se concentrent sur la résolution de leurs difficultés.

Il existe donc une certaine homogénéité de la situation des débiteurs principal et accessoire (garant) dans les actions visées par la règle de la suspension des poursuites qui a connu une certaine évolution (A) et s'étend désormais à une grande partie des garants. Aussi, convient-il d'examiner son contenu (B).

A) Fondement et évolution

Aux termes des dispositions de l'article 622-21 sus évoqué, la suspension des poursuites vise essentiellement les actions tendant à la condamnation du garant au paiement d'une somme d'argent et donc à la réalisation forcée (judiciaire) de la garantie ainsi que les actions en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent⁴.

1. Fondement commun de la règle

La règle de la suspension des poursuites se justifie aussi bien pour le débiteur que pour le garant par le souci d'organiser collectivement la procédure, ce qui implique en d'autres termes la suppression des inégalités qui pourraient résulter du traitement des principaux

¹ Le législateur parle en principe de l'arrêt des poursuites, mais cette notion suppose la suspension des actions en cours et de l'interdiction des actions nouvelles.

² L'article L.622-21 du code de commerce dispose que « le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers ... », cet article vise expressément les actions en justice contrairement à la généralité des termes de l'article L.622-28 du code de commerce qui étend la règle de la suspension des poursuites aux garants

³ On aurait pu penser que de la généralité des termes de l'alinéa 2 de l'article L.622-28 découlerait la généralité de la nature des actions par elle visées. Il n'en est rien. C'est dans ce sens que le Professeur Pierre Michel LE CORRE (Droit et Pratique des procédures collectives 2010/2011, Dalloz n°621.12) a jugé utile préciser que « la règle de l'arrêt des poursuites individuelles ne concerne que les actions en justice. Elle ne concerne pas les exceptions qu'un créancier pourrait opposer, dans le cadre d'une action en justice initiée par le débiteur ».

⁴ Ceci a d'ailleurs constitué une innovation importante de la Loi de 1985 dès lors qu'avant cette réforme la jurisprudence s'opposait à cette solution dans un arrêt de la cour de cassation en date du 23 novembre 1976, D.1977, p.69, note F. DERRIDA

acteurs de la procédure collective notamment le débiteur et ses garants et même des différents créanciers avec ou sans privilèges. L'idée est l'égalité et corrélativement la solidarité entre tous les acteurs de telle sorte qu'on ne puisse pas traiter le garant plus durement que le débiteur principal⁵.

Par ailleurs, permettre aux créanciers de poursuivre individuellement le garant d'un débiteur en sauvegarde ou en redressement judiciaire aurait eu comme conséquence de dissuader ces derniers à soutenir le débiteur dans ses efforts de sauvetage et de maintien de l'activité économique par la facilitation de l'octroi de crédit. Ce qui, à notre avis n'aurait pas facilité la situation du débiteur principal mais aurait pu avoir des effets économiques irréversibles.

C'est pourquoi, déjà la législation antérieure à la Loi de sauvegarde de 2005⁶ laissait entrevoir dans le cadre du redressement judiciaire, la volonté du législateur de laisser à l'entreprise le répit nécessaire à l'établissement d'un bilan et à l'élaboration d'un plan de redressement.

Or, et plus qu'hier encore, l'objectif des dernières réformes du droit des entreprises en difficulté n'est pas d'enfoncer plus le débiteur dans ses difficultés mais plutôt de lui permettre de surmonter ses difficultés et d'entrevoir l'avenir avec plus de sérénité et d'assurance. La suspension des poursuites n'est donc pas à durée ad viterminam, elle dure le temps de la période d'observation pendant laquelle le débiteur doit, avec ses partenaires privilégiés notamment ses garants, réorganiser son actif et donc sa solvabilité. Il ne s'agit donc pas d'un temps de repos pour lui.

2. Evolution de la règle

L'ancien article L.47 du code de commerce visait deux types d'action, d'abord celui relatif « au paiement d'une somme d'argent », ensuite celui portant sur « la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent » après le jugement d'ouverture d'une procédure de règlement ou de liquidation judiciaires⁷.

Autrement dit, les créanciers qui cherchaient à obtenir le paiement de leurs créances ou la résolution du contrat qui les liaient au débiteur lorsqu'il devait régler une somme d'argent, ne pouvaient avoir gain de cause après jugement d'ouverture de la procédure. Leurs actions étaient simplement déclarées irrecevables.

⁵ Il s'agit là d'un fondement basé sur le caractère accessoire de certaines garanties, lequel commande que l'engagement du garant ne peut excéder celui du débiteur principal (C.civ. art. 2290).

⁶ Anc. article L.621-40 du code commerce

⁷ Sous l'empire des lois de 1967,1985 et 1994, le droit des procédures collectives ne connaît que deux procédures strictement judiciaires par opposition aux procédures conventionnelles préventives. Il s'agissait de la procédure de redressement judiciaire qui précédait généralement celle de la liquidation judiciaire (art L.47,48 et 49 du code de commerce)

La jurisprudence a souvent fait respecter ces dispositions pour des actions fondées sur des créances salariales⁸, une condamnation à des dommages et intérêts⁹, d'une astreinte (Paris 23^e Ch., 12 décembre 1975 : JurisData n°598).

Ainsi, par exemple la CA de Rouen avait admis que l'article L.37 du code de commerce interdisant toute résiliation ou résolution du contrat du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective ne peut faire obstacle à l'action en résolution d'une vente immobilière fondée non pas sur une clause résolutoire non stipulée au contrat mais sur une clause d'exigibilité immédiate du prix en cas de défaillance dans le paiement des échéances du prix¹⁰.

Cependant, jusqu'en 1994 la règle de la suspension des poursuites ne visait que le seul débiteur et excluait toutes les actions contre les tiers et donc contre les garants notamment la caution. Rappelons également qu'à cette période la suspension des poursuites n'avait lieu qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire¹¹ et, avant la modification de l'article 55 de la Loi du 25 janvier 1985 par la Loi du 10 juin 1994 (article L.622-28) le redressement judiciaire n'avait pas pour effet de suspendre les poursuites dirigées contre le garant pris à la personne de la caution. Seul donc le débiteur principal était concerné par la règle de la suspension des poursuites. La liberté de poursuites des garants après l'ouverture d'une procédure contre le débiteur était donc absolue qu'il s'agisse des garants personnes physiques ou qu'il s'agisse des garants personnes morales.

Depuis la Loi de 1994, les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir de l'arrêt des poursuites judiciaires jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire. L'article L.622-28 ne visait pas les autres garants tels que les cautions personnes morales, les autres garants personnels et les garants réels. Les patrimoines de ces derniers étaient exposés aux actions des créanciers du principal, détenteurs de sûretés et ne bénéficiaient par conséquent d'aucune protection judiciaire.

Tous les créanciers dont la créance trouvait son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure pouvaient initier une action en justice contre les autres garants (à l'exception de la caution). Ainsi, par exemple un créancier chirographaire pouvait attirer un garant réel personne physique en justice pour se l'entendre condamner au paiement d'une somme d'argent.

Cette première extension de la règle aux seules cautions personnes physiques pouvait s'expliquer par la volonté du législateur des entreprises en difficulté de favoriser la réalisation d'un diagnostic précoce des difficultés de l'entreprise afin de lui administrer un remède approprié et ce, avant que son état de santé ne se dégrade. En d'autres termes, l'objectif du

⁸ Cass.soc.22 juin 1977 : JCP77, éd. G, IV, 215 ; Cass.soc. 7 juillet 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, Pan.4 ; Cass.soc. 13 octobre 1982 : JCP 82, éd. CI, I, 11145

⁹ Cass.com. 16 mars 1982 : JCP 1982, éd. G, IV, 196

¹⁰ CA. Rouen civ.2^e, 21 mai 1992. Juris-Data n° 048432/ Cass.com, 31 mars 1992: Rev. proc. Coll. 1993-3, p.402, n°2, obs. SAINT ALARY-HOUIN

¹¹ La procédure de sauvegarde s'est ajoutée à celle du redressement et de la liquidation judiciaires que depuis la Loi éponyme de 2005.

législateur de 1994, était d'amener le débiteur principal à faire un dépôt de bilan précoce. Or, les dirigeants personnes physiques de ces entreprises en difficulté étaient généralement cautions, et qui légitimement ne voulaient pas livrer leur patrimoine aux actions des différents créanciers par le dépôt d'un bilan.

Il a fallu attendre la Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 pour voir la règle de la suspension des poursuites s'étendre aux autres garants personnes physiques.

B) Contenu de la règle

C'est dans l'optique d'assurer la sauvegarde des entreprises en difficulté et corrélativement la sécurité des garants que le législateur français a modifié partiellement la terminologie de l'ancien article L. 47 de la Loi du 25 janvier 1985 et de l'article L.622-28 de la Loi de 1994 sus évoquée.

En effet, aux termes des dispositions de l'article L.622-21 de la Loi de sauvegarde de 2005 complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2009, « le jugement d'ouverture (L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art.35) interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance (L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art.35) « n'est pas mentionné au I de l'article L. 622-17 » et tendant à :

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

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

Et l'article L.622-28 dispose quant à lui en son alinéa 2 que « le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti » (Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art.166-II) « une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

La combinaison de ces deux articles issus de la réforme du droit des entreprises en difficulté a pour effet d'étendre le principe de la suspension des poursuites à tous les garants personnes physiques de la période d'observation jusqu'au jugement arrêtant le plan soit de sauvegarde, soit de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire. Cette extension de la suspension des poursuites aux garants constitue un préjudice aux droits des créanciers munis de garanties dans les procédures collectives. Ce qui prouve à suffisance si besoin en était que le nouveau droit des entreprises en difficulté issue des dernières réformes n'est pas une voie d'exécution¹² destinée à permettre le paiement des créanciers dont les droits sont sacrifiés sur l'autel de la sauvegarde de l'entreprise.

La règle signifie cependant que les actions entamées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire seront suspendues

¹² Le Professeur Gérard CORNU définit la voie d'exécution comme « le moyen par lequel une personne peut, avec le concours de l'autorité publique, obtenir l'exécution forcée des engagements pris envers lui, spécialement contraindre celui qui a été condamné ou s'est engagé dans certaines formes à satisfaire à ses obligations (Vocabulaire juridique, PUF, 8^e édition, p.969)

dès le prononcé de celui-ci et ce, jusqu'au jugement arrêtant le plan soit de sauvegarde, soit de redressement. Par ailleurs, ces actions pourront être reprises après l'arrêté dudit plan tandis que les actions nouvelles seront déclarées non avenues. Deux conditions doivent cependant être observées pour garantir le succès de la règle de la suspension des poursuites contre les garants.

D'abord, il faut que les actions visées soient antérieures au jugement d'ouverture, qu'elles soient en cours au jour du prononcé du jugement d'ouverture. Ensuite, il faut qu'elles aient pour objet la condamnation du garant au paiement d'une somme d'argent ou la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Cela permet d'exclure du champ d'application des articles sus visés les actions tel que les l'action direct dont le titulaire n'aura pas à déclarer sa créance au passif, l'action oblique et les voies d'exécution par application aux articles 70-1 du décret du 27 décembre 1985 dans la rédaction que lui a donné le décret du 21 octobre 1994 et R. 622-26 du code de commerce qui visent les instances ou les voies d'exécution suspendues. Mais pour faire simple il faut retenir que seules les actions en justices tenant au paiement d'argent des garants seront suspendues conformément à l'article L. 622-28 du code susvisé.

Paragraphe 2 : Les garants bénéficiaires de la règle

Aux termes des dispositions de l'article L.622-28 al.2 et 3 du code de commerce (article 166-II de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et l'article 39 de la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) « le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

Le législateur a entendu ici protéger certains garants personnes physiques ayant consentis soit une garantie personnelle, soit une garantie réelle. Il s'agit là d'une extension de la règle sus évoquée car la législation antérieure à celle de 2005 et 2008 ne l'appliquait qu'à la caution personnelle¹³. L'article sus mentionné vise les garants personnels (A) et les garants réels (B) personnes physiques.

A/ Les garants personnels personnes physiques visées

1. Cautions personnes physiques

La règle de la suspension ou de l'arrêt des poursuites dont bénéficient les garants à titre personnel¹⁴ est l'œuvre du législateur de 1994. En effet, la Loi du 10 juin 1994 portant sur la prévention et le traitement des difficultés de l'entreprise a modifié celle du 25 janvier

¹³ La distinction était notamment faite entre la caution personnelle et la caution réelle, mais depuis un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation cette distinction n'a plus lieu d'être.

¹⁴ Cette précision nous semble très importante car le législateur n'a pas simplement entendu aligner sur ce point le sort des garants sur celui du débiteur.

1985 en prévoyant notamment une suspension des poursuites des actions contre la caution personne physique pendant la période d'observation (ancien article L.621-48 du code de commerce). Cette mesure ne visait donc pas tous les garants car l'idée du législateur était d'encourager les dirigeants caution à solliciter une protection judiciaire de sorte à envisager plus sereinement le redressement de l'entreprise.

Ainsi, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait écarté la règle de l'arrêt des poursuites en présence des codébiteurs solidaires¹⁵. Seule la caution personnelle personne physique, par opposition à ce qu'on appelait autrefois la caution réelle, pouvait se prévaloir de la suspension des poursuites.

2. Garants autonomes personnes physiques

Face à cette inégalité de traitement des garants, la Loi de sauvegarde de 2005 a étendu cette règle aux personnes physiques ayant consenties une garantie autonome c'est-à-dire aux garants qui s'obligent, «en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme, soit suivant des modalités convenues»¹⁶.

Avant cette réforme, rien n'empêchait le créancier, dès l'ouverture d'une procédure, d'appeler en paiement le garant, sans même avoir à déclarer sa créance¹⁷. Par ailleurs, la réforme du 10 juin 1994 qui a étendue la suspension des poursuites aux cautions personnes physiques n'avait pas modifié leur situation. La raison de cette exclusion résulterait de la volonté du législateur de 1994 de n'accorder un régime de faveur qu'aux seules garanties accessoires¹⁸.

L'idée du législateur de la sauvegarde est sans doute séduisante du point de vue stratégique en ce qu'elle permet à la procédure de sauvegarde d'être plus efficace, cependant elle vide la garantie autonome de sa substance.

Et pour cause, la garantie autonome, encore appelée garantie à première demande ou garantie indépendante se caractérise par son caractère non accessoire à l'engagement du débiteur principal. Consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006 en tant que sureté personnelle (article 2287-1) elle est née du besoin éprouvé par certains créanciers de ne pas avoir à supporter les nombreux moyens de défense tirés du rapport fondamental¹⁹. Il s'agit là encore d'une éviction du droit commun des sûretés.

¹⁵ Com., 19 oct. 1999, Act. Proc. Coll. 2000, n°19

¹⁶ Articles 2321 du code civil,

¹⁷ Cass.com. 1^{er} fév. 1994, D.1995, Somm. p.11, M. VASSEUR

¹⁸ Y. CHAPUT. Le dirigeant social, Nouveautés relatives aux sanctions et nouveau régime des cautions, Rev.Proc.Coll. 1994-4, p.523 ; F.DERRIDA et J.P. SORTAIS, La réforme du droit des entreprises en difficulté, D.1994, p.267, spéc. N° 82

¹⁹ En droit commun des sûretés, le garant autonome est un débiteur distinct du débiteur résultant du rapport principal, son obligation étant dissociée de l'obligation principale.

3. Toutes les autres « personnes physiques ...ayant consenties une sûreté personnelle »

A travers une formule plus générale le législateur de 2008 a entendu appliquer la règle de la suspension des poursuites à tous les garants personnels et mettre ainsi définitivement un terme aux inégalités qui ont survécues à la Loi de sauvegarde sus évoquée.

Ainsi, le nouvel article L.622-28 alinéa 2 ne vise plus exclusivement les personnes physiques cautions ou ayant donné une garantie autonome²⁰ mais toutes celles qui auront consenti une sûreté personnelle. Outre les cautions et les garants autonomes, et pour compléter la trilogie du droit commun des sûretés²¹, les personnes physiques ayant souscrit une lettre d'intention peuvent se prévaloir de la suspension des poursuites pendant la période d'observation. Il s'agit, aux termes des dispositions de l'article 2322 du code civil²² d'un « engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

L'exemple que l'on pourrait prendre pour illustrer cette garantie est celle d'un dirigeant de société qui consent une lettre d'intention au bénéfice de la banque créancière de « sa » société débitrice pour que cette dernière puisse honorer ses obligations envers l'établissement bancaire.

Rappel :

Mais avant cette réforme du droit des entreprises en difficulté et lorsque l'obligation du débiteur principal consistait en une obligation de faire²³, la situation du garant dépendait de la nature de son obligation²⁴.

Si sa lettre d'intention renferme une obligation de résultat²⁵, l'ouverture d'une procédure du débiteur présume la faute du garant, qui n'a pas fait le « nécessaire » pour que le

²⁰ A la suite de la Loi de 1994 qui visait les seules cautions personnes physiques, celle de sauvegarde de 2005 a étendu la règle de la suspension des poursuites aux personnes physiques ayant donné une garantie autonome sans toutefois visé tous les garants personnels personnes physiques.

²¹ Article 2287-1 du code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 dispose : « les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ».

²² Rédaction issue de l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 qui consacre la lettre d'intention (aussi appelée lettre de confort, lettre de patronage, lettre d'apaisement...) en tant que sûreté personnelle au même titre que le cautionnement ou la garantie à première demande.

²³ On s'accorde à reconnaître que la lettre d'intention peut renfermer une obligation morale, une obligation de caution, ou une obligation de faire.

²⁴ Il peut s'agir soit d'une obligation de moyens soit d'une obligation de résultat ; l'obligation de moyens correspond à l'hypothèse dans laquelle le souscripteur de la lettre s'engage à faire tout son possible pour éviter la défaillance du débiteur tandis que l'obligation de résultat le contraint plus sévèrement à éviter cette défaillance (Anne Sophie BARTHEZ et Dimitri HOUTCIEFF, Traité de droit civil, les sûretés personnelles, LGDJ, 2010, p.1031). Il faut également observer que les obligations de ne pas faire constituent nécessairement des obligations de résultat.

²⁵ Par cette obligation, l'émetteur s'engage « à ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale », « à procéder à une augmentation de capital de la filiale » et « faire tout le nécessaire pour que la société débitrice exécute ses engagements » c'est ce que le Professeur Manuella BOURASSIN qualifie respectivement d'obligation de ne pas faire, d'obligation de faire déterminée et d'obligation de faire indéterminée)

débiteur honore ses engagements²⁶. Ce serait le cas si le dirigeant de la société s'était engagé de faire le nécessaire pour que « sa » société débitrice respecte ses engagements et dispose d'une trésorerie suffisante à cet effet²⁷. Le préjudice pour la banque créancière prend alors la forme de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire de la société débitrice. Raison pour laquelle, il lui était permis de poursuivre immédiatement le garant sans que les dispositions de l'article 56 de la Loi de 1985 (article L.621-49 du code de commerce) ne constituent un obstacle à l'exercice de ce droit la lettre d'intention étant avant tout une garantie indemnitaire.

En outre, il existait un flou sur la situation du garant lorsque la lettre d'intention renfermait une obligation de moyens²⁸. En pareille circonstance, certains auteurs proposaient d'ailleurs qu'il soit inséré dans les lettres les clauses de déchéance de terme en cas de cessation de paiements du débiteur afin de permettre aux créanciers de poursuivre le garant dès l'ouverture de la procédure. Cette position qui a été discutée en doctrine et à juste titre d'ailleurs car pour nous une telle proposition, s'il elle avait été consacrée, aurait été injuste et cruelle pour le garant car une telle clause supposerait qu'on lui imputerait volontairement une faute dont il n'est pas responsable. Une telle clause aurait également dénaturé les caractères principaux²⁹ de la lettre d'intention notamment son aspect indemnitaire.

La cour de cassation a cependant fixé les uns et les autres sur ces incertitudes qui trouvent leur origine dans la distinction obligation de résultat et obligation de moyens de l'émetteur après une longue hésitation. En effet, dans un arrêt en date du 19 avril 2005³⁰ elle a décidé que la distinction de l'obligation de « faire le nécessaire » pour couvrir les créances de la filiale à l'égard du créancier est une obligation de faire, qui s'analyse en une obligation de résultat. Il en résulte néanmoins que toute lettre d'intention qui renferme une obligation de moyens ne constitue pas une garantie au sens de l'article L.225-35 et L.225-68 du code de commerce.

Le législateur, à la suite de la jurisprudence sus évoquée, a définitivement mis un terme à ce débat, du moins pour toutes les lettres d'intention souscrites postérieurement à l'adoption de l'Ordonnance du 23 mars 2006. L'article 2287-1 du code civil qui en résulte qualifie de sûretés les seules lettres d'intention qui renferment une obligation de résultat ce qui a nécessairement une influence sur le droit des procédures collectives.

²⁶ L'ouverture d'une procédure collective suppose que le débiteur éprouve certaines difficultés

²⁷ Cass.com. 19 avr. 2005, n° 03-11567 ; RJDA 7/05, n°892 ; RD banq.fin. juillet-août 2005, n°135, obs. A. CERLES; Dr. et patr. Fév.2006, p.130, obs. Ph. DUPICHOT.

²⁸ Ont logiquement été qualifiés d'obligations de moyens celles par lesquelles l'émetteur s'engage « à faire tout son possible », « à faire ses meilleurs efforts » (Paris, 10 mars 1989, D.1989, 436, 4^e esp., D. 1989, Somm.294, obs. L. AYNES).

²⁹ La lettre d'intention est d'abord une garantie indemnitaire en ce qu'elle opère par le truchement de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de son souscripteur. Elle est ensuite une garantie « protéiforme » en ce sens qu'elle ne se laisse enfermée dans aucune conception unitaire selon Anne S. BARTHEZ elle n'est « soumise à aucune contrainte formelle, son contenu peut varier à l'infini » (Traité de droit civil, sûretés personnelles, LGDJ, 2010, p.1018 s.).

³⁰ Com. 19 avril 2005, JCP 2005.I.185, n° 11, obs. Ph. SIMLER

Désormais, la suspension des poursuites pendant la période d'observation s'étend aux garants personnes physiques qui ont souscrits une lettre de garantie et dont l'obligation s'analyse en une obligation de résultat. On pourrait donc dire que « la boucle est bouclée ».

Cependant, les suretés personnelles ne sauraient se réduire à cette liste non exhaustive car il existe dans la pratique de mécanismes qui, sans correspondre à la définition la plus orthodoxe des suretés « peuvent, occasionnellement, remplir une fonction de sureté »³¹.

4. Les personnes physiques ayant souscrit une promesse de porte fort

A l'image des deux précédentes garanties, plusieurs mécanismes de garanties personnelles ont eu du mal à être reconnus comme des sûretés, ce qui explique entre autres que le droit des procédures collectives ne les ait pas fait entrer dans le champ de la règle de la suspension des poursuites dont bénéficient les cautions depuis la Loi de 1994. On pourrait dire que tous les mécanismes qui s'assimilaient aux garanties, tant qu'ils n'avaient pas reçus le label de sûreté en droit commun des sûretés, soit par le législateur, soit par la jurisprudence, leurs souscripteurs avaient très peu de chance de se voir étendre la règle de la suspension des poursuites.

Pour s'en convaincre il convient de s'intéresser au cas d'une personne physique ayant donné une promesse de porte fort. En effet, un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation en date du 13 décembre 2005³² a consacré la promesse de porte fort comme sûreté considérant que « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification du tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ». C'est dans cette dernière situation que la promesse de porte fort est considérée par la jurisprudence comme une sûreté.

En pareille cas, le promettant peut se prévaloir de la suspension des poursuites pendant la période d'observation au même titre qu'une caution ou d'un coobligé ou du moins de tout autre garant personnel. Ainsi, le dirigeant qui s'est porté fort de l'exécution d'un engagement par son entreprise n'aura pas à craindre les répercussions immédiates de l'ouverture de la procédure collective de celle-ci sur son patrimoine personnel.

Faute d'une consécration jurisprudentielle ou législative, il reste de doutes en ce qui concerne les autres mécanismes similaires tel que la délégation imparfaite qui est un acte « **par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier** » (C.civ.art.1275). Cette opération distincte des sûretés personnelles s'en rapproche pourtant dans l'hypothèse où le délégué aura accepté de s'engager envers le créancier alors qu'aucun rapport d'obligation n'existait au préalable entre lui et le débiteur³³.

³¹ Jean Baptiste SEUBE, «DROIT DES SURETES », 4^e édition Dalloz, p.103

³² Com., 13 décembre 2005, D.2006, p.298 note X. Delpech et p.2857, obs. P. Crocq

³³ « Si le délégué paye, il éteint une dette qui ne lui est pas personnelle et qui est propre au déléguant. Il dispose alors d'un recours contre lui ». Jean Baptiste SEUBE, DROIT DES SURETES 4^e édition Dalloz

B/ Les garants réels personnes physiques visées

Brefs rappels de quelques généralités du droit commun des sûretés

Tout comme les sûretés personnelles, les sûretés réelles consistent dans l'affectation d'un ou plusieurs biens, voire d'un patrimoine entier, en garantie du paiement de la dette du débiteur. Il s'agit là encore des garanties accessoires à la créance car elles ne peuvent avoir d'existence propre ou autonome. Elles ont naturellement un double objet, d'une part, celui d'accroître les chances du débiteur d'obtenir un crédit ou de conserver celui déjà obtenu, d'autre part, celui de diminuer le risque pour le créancier de subir une perte financière. Dans ce dernier cas, le créancier sera titulaire non seulement d'un droit de préférence en vue d'être payé en priorité³⁴ par rapport aux autres créanciers³⁵, mais aussi d'un droit de suite³⁶ qui lui permet de poursuivre les biens en quelques mains qu'ils se trouvent. Ainsi, contrairement aux garanties personnelles, les garanties réelles procurent aux créanciers des droits sur les biens des garants et non sur la personne du garant lui-même. D'où l'intérêt de voir comment la règle de la suspension des poursuites s'applique à ce type de garants dès l'ouverture d'une procédure collective.

Application du droit des entreprises en difficulté

L'article L. 622-28 alinéa 2 in fine du code de commerce en évoquant expressément les personnes physiques « ayant affecté ou cédé un bien en garantie » vise en générale certains garants réels. Ainsi, si la formule d'affectation d'un bien en garantie fait allusion aux sûretés réelles classiques qui recouvrent le gage, le nantissement, l'hypothèque et l'antichrèse et celle relative à la cession d'un bien fait référence aussi bien à la fiducie-sûreté qu'à l'hypothèque. Tous les garants, personnes physiques qui ont consentis de telles sûretés peuvent se prévaloir, au même titre que les garants personnels, de la règle de la suspension des poursuites engagées par les créanciers contre eux.

1- L'application de la règle au gage

Avant La réforme du droit des entreprises en difficulté commencée par la Loi de sauvegarde de 2005 et parfaite par l'ordonnance de 2008 et la réforme du droit de sûretés de 2006, tous les constituants de gage étaient poursuivis malgré l'ouverture d'une procédure. Par ailleurs, le gage avait une terminologie vague au point d'être souvent assimilé au nantissement³⁷. Désormais une distinction est suffisamment faite entre ces trois types de

³⁴ En cas de saisie et de vente en justice des biens donnés en garantie et ce, au moment de la distribution du prix de la vente. Cependant, ce droit de préférence est plus efficace lorsque le bien grevé se trouve entre les mains du créancier ce qui lui évitera de faire une quelconque saisie avant la vente.

³⁵ Art.2285 du code civil : le prix de la vente judiciaire se distribue entre les créanciers « par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

³⁶ Ce droit de suite n'existe que pour les sûretés réelles immobilières soumises à publication

³⁷ Le nantissement qui été considéré comme un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier pour garantir le paiement de sa dette (anc. Art. 2071 du code civil), désignait aux termes des dispositions de

sûretés réelles que sont le gage mobilier corporel (pour les biens meubles corporels), le nantissement (pour les biens meubles incorporels)³⁸ et l'antichrèse (pour les biens immobiliers).

Ainsi l'article 2333 du code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 définit le gage comme « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou sur un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Sont ainsi visés les constituants qui ont consenti des gages de meubles corporels et les garants dont il est question dans la présente analyse sont des tiers et non le débiteur³⁹. Ces derniers, entrent ainsi depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 dans le champ d'application de l'article L.622-28 al.2 portant sur la suspension des poursuites des garants dès l'ouverture d'une procédure collective.

Cependant, cette règle ne s'appliquera certainement pas de façon identique aux biens grevés du constituant selon qu'il s'agit d'un gage sans dépossession ou d'un gage avec dépossession. S'il s'agit d'un gage sans dépossession⁴⁰ la règle de la suspension des poursuites s'appliquera dans toute sa rigueur et le créancier ne pourra sous aucun prétexte poursuivre le débiteur ou le tiers constituant de ladite garantie. Cette règle favorise pleinement la sauvegarde de l'entreprise en ce qu'il pourra aider le débiteur à financer la procédure et à assurer le maintien de l'activité⁴¹. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'un gage avec dépossession le créancier n'aura nullement besoin d'engager des poursuites contre le garant étant entendu qu'il bénéficie d'un droit de rétention du fait de la possession du bien grevé. Cette dernière circonstance favorise plutôt la situation du créancier plutôt que celle du débiteur qui ne pourra pas utiliser le bien grevé pour surmonter ses difficultés⁴².

Concrètement, si le dirigeant d'une société se dessaisie d'un bien mobilier corporel pour garantir la dette de « son » entreprise au créancier de cette dernière il ne pourra pas contraindre ce créancier gagiste à lui restituer le bien grevé car il se verra opposer le droit de rétention, à moins qu'il ne paie la dette du débiteur. Le droit de rétention constitue ainsi une arme défensive pour le créancier gagiste. En revanche, le créancier gagiste rétenteur à l'instar des autres créanciers gagistes, ne pourra ni entreprendre, ni continuer aucune action en justice contre le garant constituant par application des dispositions de l'article 622-28 et 622-21 du code commerce.

Par ailleurs, s'il est vrai que l'attribution judiciaire du gage permet au créancier de demander en justice que le bien grevé lui soit attribué en paiement⁴³, il n'en demeure pas

l'anc.art. 2072 du même code, aussi bien l'antichrèse lorsqu'il s'agissait d'une chose immobilière, que le gage lorsqu'il s'agissait d'une chose mobilière corporelle ou incorporelle.

³⁸ Article 2355 du code civil issu de la réforme de 2006

³⁹ C. ce. art. 1334 précise que le gage peut être accordé par le débiteur ou par le tiers

⁴⁰ L'opposabilité d'un tel gage est obtenue par une publicité sur un registre spécial tenu par les greffiers des tribunaux de commerce.

⁴¹ Le fait est que le législateur admet qu'un même bien puisse faire l'objet de gages successifs, dans ce cas l'ordre de paiement des créanciers dépendra de l'antériorité de l'inscription faite par chaque créancier.

⁴² S'il s'avère que le bien retenu par le créancier est nécessaire au sauvetage de l'entreprise le débiteur devra payer sa dette.

⁴³ C. civ. art. 2347

moins que cette attribution est analysée comme une action entrant dans le champ d'application des articles L.622-21 et L.622-28 du code de commerce⁴⁴ faute de textes particuliers autorisant son utilisation postérieurement à l'ouverture de la procédure. Ainsi, il faut en déduire que la réalisation du gage avec dépossession par voie d'attribution judiciaire ne résiste pas à la règle de la suspension des poursuites contre les garants notamment le donneur d'un gage avec dépossession. On pourrait appliquer la même solution au gage avec droit de rétention fictif⁴⁵ tel que celui consenti sur véhicule automobile ou le gage portant sur le matériel d'équipement professionnel⁴⁶.

2- L'application de la règle au nantissement

Avant la réforme de 2006, le nantissement était considéré comme l'ensemble des contrats par lesquels un débiteur remettait une chose à son créancier en garantie de sa dette et on pouvait distinguer le nantissement d'une chose mobilière (le gage) du nantissement d'une chose immobilière (l'antichrèse).

Désormais, aux termes des dispositions de l'article 2355 du code civil, « le nantissement est l'affectation en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ». Le même texte précise qu'il peut être conventionnel ou judiciaire. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés opère une distinction entre le nantissement conventionnel de créances et le nantissement portant sur d'autres meubles corporels.

Nantissement conventionnel de créance

Pour rappel, disons que le nantissement peut porter sur une créance⁴⁷ ou sur un ensemble de créances⁴⁸ dont est titulaire le constituant envers un tiers ce qui la rapproche des sûretés personnelles, toute proportion gardée, en ce sens qu'elle réalise une opération triangulaire entre le débiteur, le créancier gagiste et le tiers constituant. Toutefois, le nantissement confère à son titulaire un droit réel sur la créance affectée en garantie du rapport juridique fondamental, ce qui confirme le caractère accessoire de cette garantie. Il dispose donc d'un droit de poursuite contre le tiers débiteur sans véritable droit de préférence sur la créance nantie.

Par ailleurs, en cas de défaillance du débiteur, le créancier sera en droit de réaliser son nantissement soit en se faisant immédiatement attribuer la créance nantie par voie judiciaire

⁴⁴ La Loi est silencieuse sur la nature juridique de cette attribution judiciaire que le Pr M.LE CORRE analyse comme une dation en paiement autorisée en justice s'avère impossible en période d'observation à cause non seulement de la règle de l'arrêt des voies d'exécution mais aussi de l'interdiction des paiements (Droit et pratique des procédures collectives, 2010/2011, p.1330, n°583.82).

⁴⁵ C.civ. art. 2286-4° : Droit de rétention reconnu au créancier qui bénéficie d'un gage sans dépossession.

⁴⁶ C.com. art. L. 525-1 et s.

⁴⁷ C'est le cas d'un vendeur qui nanti la créance du prix de vente

⁴⁸ Cas d'un bailleur qui nanti ses créances de loyer ou un entrepreneur ses créances contre sa clientèle

ou par pacte comissoire⁴⁹, soit en attendant l'échéance de la créance nantie conformément aux dispositions de l'article 2265 du code civil.

La règle de la suspension des poursuites contre les garants s'appliquera pleinement et entièrement dans les deux cas, dans le premier ce sera en toute logique et dans le second la réalisation sera privée d'efficacité après l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal s'il venait à être assimilé à un pacte comissoire.

Nantissement des propriétés incorporelles

Il s'agit du nantissement des meubles incorporels autres que les créances et qui font l'objet de dispositions spéciales en droit commun des sûretés c'est le cas du nantissement du fonds de commerce⁵⁰, le nantissement de parts sociales⁵¹, le nantissement portant sur les droits de propriété intellectuelle tels que les brevets d'invention, de marques, de logiciels, de films cinématographiques.

Par ailleurs, aux termes de l'article 2355 du code civil, le nantissement qui « porte sur d'autres meubles incorporels (en dehors des créances) est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

Dans tous les cas tous les tiers constituants personnes physiques ayant consentis des nantissements pourront opposer aux créanciers nantis antérieurs à l'ouverture de la procédure la règle de la suspension des poursuites toutes les fois qu'ils voudront réaliser leur nantissement par voie judiciaire pendant la période d'observation ou même par voie conventionnelle après l'ouverture de la procédure.

3- L'application de la règle à l'hypothèque

L'hypothèque est une sûreté immobilière conventionnelle sans dépossession du constituant en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire dispose le droit de faire saisir et vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve et de se faire payer par préférence sur le prix⁵² comme nous le précisons dans nos précédents développements à propos de toutes les sûretés réelles. Le fait, pour cette sûreté de laisser le tiers constituant en possession de son bien limite l'efficacité de l'exercice de leurs droits sur ledit bien par les créanciers qui en sont titulaires dès l'ouverture d'une procédure collective.

⁴⁹ Selon le Pr G.CORNU le pacte comissoire est le « nom traditionnel donné, en matière de sûreté, à la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice) » (vocabulaire juridique). Toutefois, le droit des entreprises en difficulté prohibe la conclusion ou la réalisation du pacte comissoire après le jugement d'ouverture d'une procédure collective (article L.622-7 du code de commerce).

⁵⁰ Le fonds de commerce est une universalité mobilière qui est constituée des marchandises, du matériel, de l'outillage, du droit au bail, des droits de propriété industrielle tels que le brevet et le nom commercial, et la clientèle.

⁵¹ Ce nantissement a été autrefois discuté à cause de son caractère intuitu personae et des difficultés liées à la dépossession.

⁵² Art.2393 C.civ. (anc. art.2114)

Cependant, l'intérêt pour le créancier hypothécaire d'initier une procédure judiciaire contre le tiers constituant c'est pour condamner ce dernier à le payer en cas de défaillance du débiteur principal et de réaliser ainsi son hypothèque. Or, l'Ordonnance du 23 mars 2006 ouvre au créancier hypothécaire trois modes de réalisation de sa garantie, soit une procédure de saisie immobilière en vue de vendre l'immeuble grevé et se faire payer sur le prix en exerçant son droit de préférence, soit l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué (art.2458 C.civ.) où il se fera payer en nature, soit enfin l'attribution conventionnelle par mise en œuvre d'un pacte comissoire (art.2459 C.civ.) qui sera néanmoins privé d'efficacité par les dispositions de l'article L. 622-7,I. du code de commerce comme nous l'évoquions déjà plus haut. Par ailleurs, l'analyse de l'attribution judiciaire du gage vaut également pour l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué mais également, comme nous le verrons ci-dessous, pour l'attribution judiciaire du gage immobilier.

4- L'application de la règle à l'antichrèse ou « le gage immobilier »

L'article 2387 du code civil définit l'antichrèse ou le gage immobilier (depuis la Loi du 12 mai 2009) comme « l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation », il précise dans le même article qu' « il emporte dépossession de celui qui la constitue ».

Cependant, l'essentiel de son régime procède des renvoi à celui de l'hypothèque notamment en ce qui concerne sa réalisation (article 2368 du code civil) au point qu'il existe un véritable droit commun de la réalisation des sûretés réelles immobilières conventionnelles.

5- L'application de la règle à la fiducie-sûreté

L'article 2011 du code civil définit la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Les développements relatifs à cette sûreté seront abordés au chapitre 2 de la deuxième partie de notre sujet.

Il appert de tout ce qui précède que la cristallisation des poursuites contre les garants paralyse la réalisation des différentes garanties dont ils sont les constituants. Ainsi, les créanciers ne pourront les poursuivre en justice pour se les entendre condamné en paiement d'argent pendant toute la période d'observation. Il s'agit d'une situation temporaire mais qui peut être définitive tant que le débiteur exécute ses engagements issus du plan qui sera arrêté à la fin de la période d'observation comme nous le verrons tout au long de notre analyse. Cependant, bien que leur situation soit homogène, les garants vivent distinctement cette suspension dont il convient d'examiner la mise en œuvre.

Section 2 : Mise en œuvre de la cristallisation des poursuites des créanciers munis des garanties

Les garants trouvent en la suspension des poursuites dont ils bénéficient une situation enviable car confortable mais si comme nous le verrons par la suite elle est temporaire et ne dépend pas de lui a priori en ce sens que tout dépendra de la manière dont le débiteur

exécutera ses obligations en vers ses créanciers. Ces points seront plus longuement évoqués dans notre seconde partie.

Pour l'instant nous contenterons d'évoquer dans un premier temps les incidences de la règle de la suspension des poursuites contre les garants (§1), et dans second temps nous examinerons la situation d'attente des créanciers obligés à faire d'énormes sacrifices pour espérer être parfaitement désintéressé au terme de la procédure (§2).

Paragraphe1 : Les incidences de l'arrêt des poursuites

Dans ce paragraphe, il s'agira essentiellement d'évoquer successivement, les incidences inhérentes à la procédure (A) pour mieux appréhender l'impact de la règle sus évoquée dans le déroulement des instances et les incidences de la règle sur l'efficacité des sûretés (B) dont certaines subiront plus durement les effets liés à l'ouverture de la procédure, du moins pour ce qui est de l'immunité d'action dont bénéficient les garants pendant la période d'observation.

A/ Incidences inhérente à la procédure

1. Le moyen tiré du principe de l'arrêt des poursuites

La question à laquelle nous tenterons de répondre ici de savoir comment au cours d'une instance un garant dûment assigné avant ou après l'ouverture de la procédure peut opposer au créancier requérant la règle de la suspension des poursuites dès l'ouverture de la procédure. Il s'agit là d'une incidence procédurale de la suspension des poursuites qui mérite d'être analysée.

La jurisprudence nous renseigne longuement sur cette question. En effet, un arrêt de la première chambre de la cour d'appel de Paris en date du 30 juin 1981⁵³ plantait le décor en admettant que la règle de l'arrêt des poursuites pouvait être soulevée d'office par le juge étant entendue qu'elle est d'ordre publique. Elle engage donc le juge qui est contraint de la soulever à l'audience. Ainsi toute poursuite du créancier muni d'une garantie contre le garant sera déclarée irrecevable sans qu'un examen au fond de la cause ne soit nécessaire.

En revanche, un tel moyen ne pourra être soulevé pour la première fois que devant les juges du fond, elle constituera une fin de non recevoir s'il est présenté pour la première fois devant la cour de cassation. Du reste, c'est ce qui ressort d'abord d'un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation en date du 22 octobre 1996⁵⁴. Ensuite, l'arrêt rendu en chambre mixte de la cour de cassation le 16 novembre 2007⁵⁵, par lequel la Cour de cassation

⁵³ CA Paris, 1^{ère} ch., 30 juin 1981, cité dans SOINNE, note n° 3122

⁵⁴ Com. 22 octobre 1996, n° 93-12.291, Bull.civ.IV, n° 244.

⁵⁵ Cass.ch.mixte, 16 nov.2007, D.2007, p.3009 ; Act.proc.coll. 2008-2, comm. 20 et 25, obs. N.Fricero ; RD bancaire et fin. 2008-1, comm. 11, p. 39, obs. D.Legeais

a précisé que la règle de la suspension des poursuites prévu par l'ancien article L.621-48 du code de commerce étant édicté dans le seul intérêt de la caution, celle-ci ne pouvait s'en prévaloir pour la première fois devant la cour de cassation⁵⁶. Dans le même ordre d'idée, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 30 juin 1988 a admis que l'exécution provisoire attachée à un jugement de condamnation rendu avant le jugement d'ouverture, mais frappé d'appel, est arrêté de plein droit par la survenance du jugement d'ouverture⁵⁷.

2. Le cours des délais des actions arrêtées

Aux termes de l'article L.622-21 in fine du code commerce, ancien article 47 al.3 de la Loi du 25 janvier 1985 les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution sont suspendus par l'effet de la règle de l'arrêt des actions en justices des créanciers antérieurs. En d'autres termes, la suspension des poursuites contre le débiteur a pour conséquence la suspension des délais de prescription, aussi bien les délais légaux que les délais conventionnels.

Cependant, contrairement à la Loi de 1985, l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 préfère le terme « interrompus » (art.30) à celui de « suspendus ». Ce changement de terminologie a nécessairement une conséquence pratique en ce sens que l'interruption efface le délai déjà écoulé. Et le Professeur Philippe GALLE, suggère que si ce délai recommence à courir, ce sera pour sa durée entière⁵⁸.

Par ailleurs, l'article 215 du décret de 1992 qui impose d'engager une action en justice afin de se procurer un titre exécutoire dans le mois de la mesure conservatoire pratiquée à peine de caducité de celle-ci, la cour de cassation refuse de suspendre ce délai en raison de la paralysie des poursuites découlant de l'article L.622-28⁵⁹, mais admet en revanche, dès lors que le créancier a assigné la caution dans le délai, que l'instance est alors suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur principal⁶⁰.

B/ Incidences sur l'efficacité des sûretés

L'ouverture d'une procédure laisse sous entendre l'impossibilité du débiteur d'honorer ses engagements et la suspension des poursuites dès ladite ouverture conforte cette idée. C'est au moment où le débiteur se révèle insolvable (il existe certes des débiteurs in bonis qui décident de se mettre sous protection judiciaire pour éviter d'être en état de cessation de paiement) que les mécanismes de la réalisation des garanties sont neutralisés pour la plus part privant ainsi ces dernières de leur efficacité.

En effet, durant la plus grande partie de la procédure les créanciers munis de sûreté seront traités au même titre que les créanciers chirographaire. La cristallisation de leurs droits est la manifestation des faiblesses de leurs garanties pendant la période d'observation. Du

⁵⁶ Caroline HOUIN-BRESSAND, Cautions, garants et coobligés, Rev.proc.coll. 2008, Dossier p. 113.

⁵⁷ CA Paris, Ord. 1^{er} prés., 30 juin 1988, Bull. avoués 1988,112.

⁵⁸ Ph. Roussel GALLE, « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution » Gaz. Pal. 8 au 10 mars 2009, n° sp. P.21 s., sp.p. n°12

⁵⁹ Civ.2^e, 30 avr. 2002, Bull.civ. II, n°85 ; D.2002, AJ p.2260 ; JCP E 2002, 1380, n° 3, obs. Petel

⁶⁰ Alain Lienhard, Procédures collectives 2009, 3^e éd. DELMAS, p.277 s.

moins c'est ce qu'ils ressentent lorsqu'une procédure est ouverte à l'égard de leurs débiteurs et ils n'ont pas totalement tort d'autant plus qu'en droit des sûretés les choses se seraient passées autrement dès lors que l'insolvabilité du débiteur est constatée. Cependant, il ne faut perdre de vue que la situation du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté est plutôt considérée comme exceptionnelle et qu'en cette occasion des mesures exceptionnelles lui seront également appliquées au risque parfois d'évincer le droit commun des sûretés⁶¹. Ce dont on est habitué en droit⁶² c'est-à-dire qu'en période ou situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles dès lors que le droit des procédures collectives considère le débiteur insolvable comme « malade » et qui a besoin d'être « soigné ».

Par conséquent, pour éviter d'être plus pénalisés les créanciers vont tenter de contourner les restrictions de leur droit que leur impose le droit des entreprises en difficulté et vont souscrire des garanties qui leur procurent moins de risque d'impayés lorsqu'une procédure est ouverte à l'encontre du débiteur principal. Certaines sûretés seront donc prises par les créanciers au détriment d'autres, ainsi force est de constater la consécration d'un certain nombre de garantie qui jusque là étaient considérées comme des sûretés sui generis qui tiraient leur efficacité de leur caractère hybride (garantie réelle/ garantie accessoire). C'est le cas de la fiducie-sûreté qui sera étudié plus bas mais qui rappelle à bien d'égard le « cautionnement réel ». C'est peut être sans doute la raison pour laquelle le législateur a étendue toutes les faveurs dont jouissait la caution aux autres garanties dans un souci d'efficacité de la procédure.

Paragraphe 2 : Situation d'attente des créanciers

Pendant longtemps la finalité première des procédures collectives a été d'assurer le paiement des créanciers placés, par l'effet de la procédure, sur un pied d'égalité afin d'éviter ce que le Professeur André JACQUEMONT⁶³ qualifie de paiement-prix à la course défavorable au redressement de l'entreprise en difficulté. Ainsi, créanciers chirographaires et créanciers munis de sûretés étaient traités de façon identique. Cependant, depuis l'adoption de la Loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, certes l'idée de refus de paiement-prix de la course a été maintenue mais la priorité est désormais réservée au sauvetage de l'entreprise.

En vue d'atteindre ce but le législateur a accordé au débiteur et aux garants un certain nombre d'avantages qui pendant la période d'observation au cours de laquelle il est demandé aux créanciers d'attendre que l'entreprise retrouve une santé financière nécessaire à leur désintéressement total. Cette situation d'attente des créanciers se manifeste notamment par la règle de l'interdiction des paiements des créanciers aux débiteurs, règle transposable à la

⁶¹ Eran CHVIKA, *Droit privé et les procédures collectives*, Défrénois 2003, p. 15 et s.; dans cet ouvrage l'auteur montre que si tant est que le droit des procédures collectives est considéré comme un droit spécial, car considéré au départ comme des voies d'exécution privée, par rapport au droit privé il faut observer que ce droit « emporte parfois une éviction du droit commun »

⁶² Par exemple en droit public il est admis que lorsqu'un état se trouve en état d'urgence des mesures particulières soient prises vu qu'il s'agit d'une situation anormale ou du moins particulière.

⁶³ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 2006, 4^e édition, p.202

situation des garants (A). Par ailleurs, dans les rapports créancier/ débiteur ou garant, le législateur accorde une situation particulière aux créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure (B) comme nous l'avons déjà signalé plus haut.

A/ Application du principe de l'interdiction des paiements

Le principe est énoncé à l'article L.622-7 du code de commerce en son alinéa 1 (anc. art. 33 de la Loi du 25 janvier 1985) au terme duquel « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer de toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, (...). Il emporte également de plein droit, l'interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture non mentionnée au I de l'article L.622-17. (...) ».

1. Domaine de la règle

Cette règle fondée sur l'idée d'égalité entre les créanciers⁶⁴ a une portée générale⁶⁵ et s'applique aussi bien dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de redressement judiciaire. Du moins, c'est ce qui ressortait de la législation antérieure à Loi de sauvegarde. En effet, la Loi du 26 juillet 2005 a étendu la portée de cette règle qui vise désormais en plus des créances antérieures à l'ouverture de la procédure, des créances postérieures à condition qu'elles ne soient pas privilégiées.

Il s'agit essentiellement des créances non visées au I de l'article L.622-17 du code de commerce ainsi qu'il en ressort de l'article L.622-7 sus visé c'est-à-dire des créances non éligibles au traitement préférentiel. Par conséquent, ces créances ne peuvent plus être payées à l'échéance et doivent donc être déclarées au passif. Par ailleurs, les créances alimentaires n'entrent pas dans le champ de cette interdiction, du moins c'est ce qui ressort des dispositions de l'article L.622-7 alinéa 1 in fine du code civil.

2. Fondement de la règle

Cette interdiction trouve sa justification, comme nous l'avons déjà souligné, non seulement dans le souci du législateur d'éviter toute discrimination entre les créanciers antérieurs qui seront néanmoins payés dans le cadre du plan, mais aussi dans le souci de faciliter le sauvetage de l'entreprise en lui évitant de disperser les liquidités dont elle dispose. Mais ce fondement semble n'être valable que pour le débiteur qui a intérêt à conserver ses liquidités pour assurer la poursuite de ses activités. On voit mal le garant mettre ses liquidités à disposition de l'entreprise en procédures collectives à moins qu'il ne décide d'être un créancier de la procédure et dans ce cas il n'est plus débiteur.

Dès lors, on pourrait faire valoir le caractère accessoire pour justifier l'application de cette règle aux garants quoi que toutes les garanties ne soient pas accessoires. L'idée consiste

⁶⁴ Cass.com. 17 nov.1992, D.1993, p.41, note Dominique VIDAL (pour une annulation d'un paiement sur le fondement de l'égalité entre créanciers)

⁶⁵ Règle générale en ce qu'elle concerne toute créance de somme d'argent dont l'origine est antérieure au jugement d'ouverture.

à considérer que les garants peuvent se prévaloir des mesures arrêtés au profit du débiteur principal dans la procédure de sauvegarde dans laquelle le législateur fait prévaloir les intérêts de l'entreprise et non ceux des créanciers. Ce fondement cadrerait mieux à cette logique du législateur. Comme dans la suspension des poursuites cette règle permet au débiteur et aux garants de ménager leur énergie pour la sauvegarde de l'entreprise en même temps qu'elle leur permet d'échapper au moins pour un temps à leurs obligations pour mieux les exécuter.

3. Application de la règle aux garants

Tous les garants personnes physiques profitent de cette règle, les personnes physiques coobligées ou ayant consentie une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent donc se prévaloir de cette interdiction vu qu'ils bénéficient de la suspension des poursuites pendant la période d'observation. Aussi, « le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans »⁶⁶.

Cependant, si tous les garants sont concernés par cette interdiction, ils ne la vivent pas tous de la même façon. En effet, si les garants personnels personnes physiques tel que la caution peuvent opposer aisément cette règle aux créanciers pour les raisons sus évoquées, il en va autrement des garants réels personnes physiques qui ont constitué des sûretés avec dépossession car tant qu'ils auront la possession du bien grevé leur paiement sera assuré car ils bénéficient du droit de rétention.

Mais, l'alinéa 2 de l'article L.622-7 sus mentionné dispose que le jugement d'ouverture de la procédure « emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L.626-1 ».

Le point de départ de l'interdiction c'est le jour du jugement d'ouverture conformément à l'article R.621-4, alinéa 2 du code de commerce qui dispose que « le jugement d'ouverture prend effet à compter de sa date ». Autrement dit, les paiements faits quelques heures avant que le jugement d'ouverture ne soit rendu seront remis en cause. Cette solution ne semble pas s'appliquer aux établissements bancaires et financiers qui participent aux systèmes de compensation interbancaires qui remplissent les conditions définies par l'article L.330 -1, II du code monétaire et financier.

En effet, l'article L.330-1, III du même code dispose que « Nonobstant toute disposition législative contraire, les paiements et les livraisons d'instruments financiers effectués dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ou dans le cadre de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, jusqu'à expiration du jour où est rendu un jugement d'ouverture de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre d'un établissement, à un tel système (...) ». Autrement dit, les paiements effectués par ces établissements de crédit ne pourront pas être remise en cause au motif qu'est intervenu un jugement d'ouverture de la procédure.

⁶⁶ Art. L.622-28 du code de commerce

Quoi qu'il en soit le législateur sanctionne les paiements passés en contravention de l'interdiction de l'article L.622-7 du code de commerce.

4. Sanction du paiement interdit

L'article L.622-7 alinéa 4 du code de commerce dispose « Tout acte ou tout paiement passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé ou du Ministère public présenté dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance ».

Il appert de cette disposition que le code de commerce sanctionne par la nullité les paiements interdits et celui qui a reçu le paiement (accipiens) est tenu de restituer les fonds⁶⁷ et cette sanction est relayée par une sanction pénale⁶⁸ si l'accipiens est de mauvaise foi, mais uniquement en période d'observation (article L.654-8, 2° et 3° du code de commerce).

B/ Les exceptions au principe de l'interdiction des paiements

Le principe de l'interdiction des paiements n'est pas absolu, le législateur ayant prévu que certains des créanciers soient payés nonobstant l'ouverture de la procédure. En effet, l'article L.622-7 alinéa 2-III du code indique que le juge commissaire peut autoriser le débiteur à payer les créances antérieures au jugement « pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue (...)» à condition que ce retrait soit justifié par la poursuite de l'activité⁶⁹.

En principe la règle de l'interdiction des paiements ne concerne que les paiements effectués par le débiteur, elle profite également à certains garants dans une certaine mesure, notamment aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome, pour une raison simple, leur poursuite est suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde. Toutefois, si une poursuite est engagée contre eux, le Tribunal peut leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans (article L.622-28 du code de commerce). L'extension à certains garants de la règle de l'interdiction de paiement apparaît comme un corolaire de la suspension des poursuites quand le Tribunal ne leur accorde pas un différé de paiement.

La limitation de l'extension de cette règle aux seules personnes physiques coobligées, cautions et celles ayant souscrit une garantie autonome trouve son explication dans le mécanisme de la réalisation de ces garanties. Ainsi, par exemple l'appel à garantie de la

⁶⁷ Il ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi car elle ne compte pas en pareille circonstance.

⁶⁸ Les faits prévus par l'article L. 654-8 du code de commerce sont sanctionnés par une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 euros.

⁶⁹ L'art. R.622-6 du code de commerce « lorsque le juge commissaire statue sur une demande d'autorisation présentée par le débiteur en application du II de l'article L.622-7, le greffier convoque le débiteur, l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, le mandataire judiciaire et, s'il y a lieu, les créanciers titulaires de sûretés spéciales sur les biens dont la vente est envisagée »

caution par le créancier nécessitera une action en justice en paiement de sommes d'argent, laquelle entre dans le champ de la suspension des poursuites de l'article L.622-28 du code⁷⁰.

En conséquence sont valables, les paiements effectués par des autres garants personnels personnes physiques, tous les garants personnes morales, et les garants réels personnes physiques nonobstant l'ouverture de la procédure. Ainsi qu'on peut le remarquer en privilégiant la continuité de l'entreprise le législateur a protégé les intérêts du débiteur et a aligné sur la situation de ce dernier celle des garants créant par là même une inégalité de traitement entre les différents acteurs de la procédure. C'est dans le souci de récompenser ou encore de calmer le créanciers qui a consentis d'énormes sacrifices pour atteindre les objectifs de la procédure que le législateur a prévu quelques aménagements à l'immunité d'action dont bénéficient les garants.

Section 3 : Aménagements de la règle de la suspension des poursuites

La particularité des mesures de faveurs prises par le législateur au profit des garants restreignent de facto les droits des créanciers qui sont obligés d'attendre que le débiteur retrouve une santé juridique et financière souhaité avant de se désintéresser. Leur désintéressement est relégué au second plan au profit du sauvetage de l'entreprise. Cependant, ce régime de faveur qui profite aux garants n'a pas pour objectif de sanctionner les créanciers, c'est pourquoi le législateur a prévu un certain nombre d'aménagements sur les avantages qu'il accorde au débiteur et aux garants. Ainsi, afin d'éviter que les garants personnes physiques qui profitent de la suspension des poursuites n'organisent leur insolvabilité, le législateur permet aux créanciers de prendre des mesures conservatoires contre eux (§1). Par ailleurs, afin de rester collé à sa philosophie de la sauvegarde de l'entreprise le législateur limite la suspension des poursuites contre les garants à la période d'observation ce qui laisse supposer que les poursuites suspendues peuvent être reprises après la période d'observation (§2).

Paragraphe 1 : Mesures conservatoires à l'égard des garants

De prime abord, disons qu'il n'est pas question dans cette partie de parler des voies d'exécutions qui sont distinctes des mesures conservatoires au sens de l'article L. 622-28 du code. Les voies d'exécution constituent l'ensemble des moyens de droit dont dispose un créancier pour obtenir le paiement d'une dette que le débiteur n'a pas exécuté spontanément ou encore l'ensemble des procédures permettant d'obtenir l'exécution forcée d'une obligation résultant d'un acte ou d'une décision de justice exécutoire. Et seul l'huissier de justice est compétent pour leur exécution lorsqu'elles ont force exécutoire⁷¹.

Tandis que les mesures conservatoires désignent un ensemble de moyens légaux qui, dans l'attente d'une situation de droit définitive, permettent de préserver un droit ou un bien.

⁷⁰ Cf. développements consacrés dans la présente étude au domaine de la règle de la suspension des poursuites

⁷¹ Art. 3 L. n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution

Autrement dit, il s'agit des moyens légaux dont disposent les créanciers pour préserver leurs droits de créances qu'ils détiennent sur les garants en attendant la fin de la période d'observation. Il convient dès à présent d'étudier le fondement et le domaine de ces mesures (A) avant d'envisager leur régime (B).

A/ Fondement et domaine de la règle

La Loi du 10 juin 1994 a différé les poursuites contre la caution personne physique du prononcé du jugement d'ouverture jusqu'à l'adoption d'un plan de continuation ou jusqu'à la liquidation judiciaire de l'entreprise. La dite mesure a été reprise et étendue à tous les autres garants par la Loi de 2005 et l'Ordonnance de 2008 et ce, au détriment des intérêts des créanciers. Néanmoins, l'article L. 622-28 qui consacre ladite mesure dispose in fine que les créanciers peuvent prendre des mesures conservatoires contre les garants. Cette mesure, au demeurant favorable aux créanciers, a un fondement bicéphale.

D'une part, elle se justifie par la volonté du législateur d'empêcher les garants véreux de profiter de leur immunité d'action pour organiser leur insolvabilité pendant la période d'observation de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur, lequel est appelé à mettre tout en œuvre pour parvenir à la résolution de ses difficultés. Comme le souligne le Professeur Yves PICOD⁷² le créancier aura tout lieu de craindre que le garant ne soit tenté de mettre à l'abri son patrimoine. Or ce risque est d'autant plus important que le Tribunal peut accorder au garant personne physique des délais ou des différés de paiement. Pour réduire ce risque le législateur permet au créancier de prendre des mesures conservatoires à l'égard de ces derniers. D'autre part, à travers cette mesure le législateur a entendu également réduire l'inégalité qu'elle a créé avec la règle de l'arrêt des poursuites qu'elle a étendu aux garants privant ainsi le créancier de pouvoir faire jouer ses garanties. En effet, le créancier pourrait bien se sentir laissé, à juste titre d'ailleurs, de savoir qu'il en plus de ne pas pouvoir poursuivre le débiteur et désormais les garants de ce dernier il ne pourra rien faire pour préserver sa créance. Il pourra penser que ces sacrifices sont sans contre partie.

Le maintien des mesures conservatoires contre les garants apparaît dès lors comme une mesure d'équilibre entre les intérêts en présence en ce sens le législateur veut certainement compenser les efforts de compromis réalisés par les créanciers et les rassurer de sa volonté de les protéger également non seulement eux mais aussi leurs créances à travers les différentes mesures qu'il prend.

Certes, la mesure de la suspension des poursuites peut être considérée comme sacrifiant les intérêts des créanciers, mais nous pensons qu'elle permet également de réduire le risque d'impayés du débiteur et du garant. Prenons l'exemple d'un tiers qui a souscrit une sûreté réelle sans dépossession en garantie de plusieurs prêts de différents créanciers et dont la vente du bien grevé ne permettra pas de désintéresser intégralement tous les créanciers nantis,

⁷² Yves PICOD, *Droit des sûretés*, PUF 2008, p. 134

en suspendant les poursuites contre ce garant le législateur, en cas de succès de la procédure⁷³, assure au créancier un désintéressement intégral, peut être pas immédiat⁷⁴.

B/ Régime juridique des mesures conservatoires frappant les garants

Lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure collective, l'établissement de crédit créancier entend se prémunir contre le risque évident d'impayés dès lors que de surcroît, le garant est in bonis et dispose d'un patrimoine non négligeable. La banque va donc solliciter et obtenir du Juge de l'Exécution une ordonnance autorisant la prise d'une mesure conservatoire⁷⁵, en l'occurrence une saisie conservatoire ou inscription d'hypothèque judiciaire provisoire ou le nantissement⁷⁶.

On pourrait penser à première vue que le législateur n'est pas logique avec lui-même et qu'il est contradictoire car en même temps qu'il suspend les poursuites contre les garants, il permet au créancier de saisir le Tribunal pour se voir autoriser à prendre des mesures conservatoires à l'égard des garants.

Or, en principe de telles mesures conservatoires doivent souvent faire l'objet d'une action. Autrement dit, le législateur, en édictant cette autorisation a omis de concilier le droit des procédures collectives avec le droit des procédures d'exécution. En effet, d'un côté le droit des procédures collectives (article L 621-48 du Code de Commerce, ancien article 55 de la Loi du 25 janvier 1985) qui autorise la prise de mesures conservatoires à l'encontre du garant, interdit toute action en paiement du créancier contre ledit garant jusqu'au jugement arrêtant le plan et parfois même au-delà conformément aux dispositions de l'article L.622-28 alinéa 2 in fine. De même qu'il suspend les poursuites engagées avant le jugement d'ouverture et interdit toute nouvelle action après le jugement d'ouverture⁷⁷.

De l'autre côté, le droit des procédures d'exécution (article 215 du Décret du 31 juillet 1992) impose au créancier titulaire d'une autorisation du Juge de l'Exécution, sous peine de

⁷³ Le risque que court cependant le créancier est de voir la procédure échouée et donc ses chances d'être entièrement désintéressé s'évanouir : aspect négatif de la suspension des poursuites

⁷⁴ La procédure est longue, le créancier doit attendre l'exécution du plan pour commencer à être payé et le garant pourrait obtenir du Tribunal des délais ou des différés de paiement, ce qui rend encore plus longue l'attente du créancier. Mais c'est le prix à payer s'il veut être intégralement payé.

⁷⁵ Retenons que si le créancier lance son assignation avant le jugement d'ouverture du débiteur, il pourra prendre sans difficulté les mesures conservatoires nécessaires

⁷⁶ M. Jeantin et P. Le Cannu, Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté, D., col. « Précis », 7^e éd., 2006, n° 383.

⁷⁷ Civ.2^e, 30 avril 2002, D. 2002, AJ 2260, obs. A. LIENHARD ; Rev. proc. coll. 2004, p.230, n° 2, obs. F. MACORIG-VENIER

caducité de la mesure provisoire, d'engager dans le délai d'un mois une procédure visant à obtenir un titre exécutoire⁷⁸.

Du moins, c'est ce que retient la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 24 mai 2005 dans lequel la Haute juridiction a admis que le créancier qui pratique une saisie conservatoire avant le jugement d'ouverture sans avoir de titre conservatoire, doit obligatoirement, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, d'introduire une action ou d'accomplir des formalités nécessaires pour obtenir un titre exécutoire, même si le débiteur principal a fait l'objet d'une procédure collective⁷⁹.

Il faut cependant observer que le législateur autorise une telle mesure afin de rappeler au chef d'entreprise la finalité des avantages qui lui sont accordés c'est-à-dire mettre tout en œuvre pour sauver l'entreprise et payer par la suite les différents créanciers. Ladite mesure doit donc être vue comme une atténuation ou un « contre poids »⁸⁰ (en faveur des créanciers) au principe de la suspension des poursuites.

Par ailleurs, afin d'éviter de tomber dans ces travers et contourner les difficultés d'application dont nous venons de faire état, il appartiendra au créancier qui détient une autorisation du juge de l'exécution d'assigner le garant dans le délai d'un mois en sollicitant un sursis à statuer dans l'attente d'une solution statuant sur le sort de la procédure collective du débiteur principal. Cela a sans nul doute pour effet de donner la pleine efficacité à l'article L.622-28 du code susvisé (ancien article L.621-48 et ancien article 55 de la Loi de 1985) et ainsi le rendre compatible avec celui de l'article 215 du Décret du 31 juillet 1992, il y a lieu de recourir à une application combinée et non exclusive d'un texte par rapport à l'autre.

C'est la solution qui a été retenue par la Cour de cassation qui a décidé qu'« en application du deuxième de ces textes (art. 215 décret du 31 juillet 1992), si ce n'est dans le cas où elle a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier qui a été autorisé à pratiquer une mesure conservatoire contre une caution personnelle personne physique doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, même si le débiteur principal a fait l'objet d'un redressement judiciaire ; que dans ce cas l'instance engagée est suspendue

⁷⁸ Le créancier devra soit assigner le garant, soit procéder à une injonction de payer pour valider la mesure conservatoire dans un délai d'un mois qui suit l'exécution de la procédure.

⁷⁹ Cass.com. 24 mai 2005, D. 2005, act. jur., p. 1632, obs. A. LIENHARD ; Act. proc.coll. 2005, p. 212, obs. F. MACORIG-VENIER.

⁸⁰ Dans le sens d'équilibre ou de concilier les intérêts en présence

jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur principal »⁸¹.

Les mesures conservatoires prises contre les garants permettent de rassurer les garants du fait qu'ils seront payés par le garant in bonis en cas d'échec de la procédure et que celui-ci ne pourra pas organiser son insolvabilité pour se soustraire de ses engagements à leur égard. C'est dire si les mesures en faveur du garant trouvent des contre parties dans celles dont bénéficient les créanciers, ainsi en est il de la reprise des poursuites en cas d'échec de la tentative de sauvegarde.

Paragraphe 2 : Reprise des poursuites suspendues

L'article L.622-28 limite la suspension des poursuites contre les garants à la période allant de l'ouverture de la procédure au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire c'est-à-dire à la période d'observation de la sauvegarde et du redressement judiciaire. En d'autres termes, vu qu'il est question de suspension, ces poursuites peuvent reprendre après le jugement arrêtant le plan ou après le jugement prononçant la liquidation judiciaire c'est-à-dire en cas d'impossibilité du sauvetage de l'entreprise⁸².

Une interprétation littérale de l'article précédemment visé permet a priori aux créanciers qui se sont vu opposé par le garant la règle de la suspension des poursuites de reprendre ces dernières pendant l'exécution du plan ou pendant la procédure de liquidation judiciaire. Or, cette deuxième hypothèse suppose que le débiteur est en cessation de paiement et le sauvetage de l'entreprise n'est plus possible, c'est pourquoi nous ne l'aborderont pas dans cette partie consacrée au possible ou probable sauvetage de l'entreprise.

C'est donc la première hypothèse qui retiendra notre attention dans les lignes qui vont suivre en ce sens l'inexécution du plan par le débiteur sera sanctionnée par la résolution du plan qui fera perdre aux garants leur immunité d'action acquise lors de l'ouverture de la procédure. C'est beaucoup plus une sanction de la faute du débiteur que celle du garant dont le sort est aligné sur celui du débiteur.

La résolution du plan constitue donc l'une des causes de la reprise des poursuites contre les garants mais encore faut il que le débiteur n'ait pas exécuté ses engagements financiers résultant du plan. C'est pourquoi, il conviendra d'examiner le régime de la reprise des poursuites **(B)** après avoir étudié la réalisation de la condition de la résolution du plan **(A)**.

⁸¹ Cass.com. 24 mai 2005, D. 2005, AJ 1632, obs. A. LIENHARD ; D. 2005, somm. 2084, obs. P. CROCQ

⁸² Ce second point fera l'objet de nos développements dans notre deuxième partie consacrée au sort du garant en cas d'impossibilité du sauvetage de l'entreprise. Nous nous contenterons dans cette première partie d'examiner le cas de reprise des poursuites qui résulte d'une possibilité ou d'une tentative de sauvetage de l'entreprise.

A/ La condition de la résolution du plan : l'inexécution des engagements financiers du débiteur principal

Aux termes de l'article 64 de la Loi de 1985 devenu article L. 626-11 du code de commerce (L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 67), « le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous » notamment au débiteur. Tant que ce dernier honore ses engagements conformément aux résolutions du plan⁸³, leurs mesures demeurent arrêtées et par conséquent la mesure de la suspension des poursuites dont profite le garant ne peut être remise en cause. En réalité, le plan arrêté propose généralement des échéanciers de règlement aux créanciers, lesquels n'ont donc pas d'intérêts à poursuivre le débiteur ni les garants pour obtenir paiement de leurs créances dès lors que le débiteur honore ses engagements conformément au plan.

A priori, l'inexécution des engagements pris par le débiteur peut entraîner la résolution du plan⁸⁴. En effet, l'article L.622-27, I a.2 du code de commerce dispose que le Tribunal qui a arrêté le plan peut en décider de sa résolution si le débiteur n'exécute pas ses engagements conformément aux délais fixés par le plan. Néanmoins, l'inexécution d'une échéance n'entraîne pas la résolution immédiate du plan car celle-ci demeure une faculté pour le Tribunal et par voie de conséquence la reprise des poursuites contre le garant n'est pas également immédiate.

Mais une fois que cette résolution est décidée par le Tribunal, les poursuites contre le débiteur et le garant peuvent être reprises par les créanciers titulaires de sûretés ou nantis. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-27, I, alinéa 4 du même code « Le jugement qui prononce la résolution du plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est toujours en cours. Sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 626 -19, il fait recouvrer aux créanciers l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, et emporte déchéance de tout délai de paiement accordé ».

Cette mesure, au demeurant défavorable au garant, se justifie par le souci du législateur d'inciter le débiteur à plus d'implication, de rigueur et de responsabilité dans l'exécution du plan. Elle apparaît par ailleurs comme une sanction pour le débiteur qui a manqué de diligence et n'a pas su profiter des faveurs qui lui ont été accordées pour sauver l'unité de production. En d'autres termes, cette résolution constitue a priori la sanction d'une faute commise par le débiteur ainsi que son refus de sortir de ses difficultés.

Cependant, on serait tenté de croire que cette sanction arrange tous les créanciers à partir du moment où ils retrouveraient leur droit de poursuite contre le garant en vue de se faire payer par ce dernier, mais ils risquent également de ne pas tous être entièrement désintéressés ce qui affaiblit d'avantage la situation des créanciers munis de sûretés.

⁸³ Il doit honorer ses engagements notamment dans les délais fixés par le plan.

⁸⁴ C.com. art. L.626-27-I a. 2 : «Le tribunal qui arrête le plan peut, ..., en décider la résolution du plan si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan ».

B/ Régime de la reprise exceptionnelle des poursuites contre les garants

La reprise des poursuites comme nous avons pris le soin de le signaler n'est pas immédiate, elle est tout d'abord subordonnée à la déclaration des créances par le créancier poursuivant qui doit en fournir une copie à la juridiction compétente⁸⁵. Du reste, cette solution est respectée par la jurisprudence qui en fait une exigence⁸⁶, une condition sine qanun⁸⁷ de la reprise de l'instance interrompue au sens de l'article 369 du nouveau code de procédure civile⁸⁸. Ensuite, l'instance reprise doit être en cours ce qui exclu les instances qui ont donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel frappé de pourvoi avant le jugement d'ouverture⁸⁹.

En l'occurrence, un jugement assorti de l'exécution provisoire avait condamné une société à payer une somme d'argent à un créancier. La société, qui avait exécuté la condamnation tout en faisant appel, fut mise en redressement judiciaire pendant l'instance d'appel. La cour d'appel de Besançon constata alors que le créancier n'avait pas déclaré sa créance et que l'instance était suspendue. Son arrêt est cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation au motif que « le paiement effectué avant l'ouverture de la procédure collective, en vertu d'une décision, statuant sur le fond, exécutoire par provision, éteint la créance et le créancier n'est pas soumis à l'obligation de déclarer ».

La question qui se pose cependant ici est de savoir si cette solution est transposable et applicable au garant. Le fait que l'article L.622-28 n'évoque pas l'arrêt ni l'interruption des poursuites à l'égard des garants mais plutôt de la « suspension » ne permet pas a priori d'appliquer à ces derniers les dispositions du nouveau code de procédure civile relatives à l'interruption et à la reprise de celle-ci. Il convient donc de s'intéresser aux dispositions du code de procédure civile qui traite de la suspension des poursuites.

En effet, l'article 377 du nouveau code de procédure civile prévoit trois hypothèses de suspension de l'instance, le sursis à statuer, la radiation et le retrait du rôle⁹⁰. Les deux dernières hypothèses peuvent être écartées car elles constituent des mesures d'administration judiciaire et sanctionnent par ailleurs la négligence des parties pour ce qui est de la radiation. Faute de dispositions particulières légales, la mise en œuvre de la reprise des poursuites contre le garant sera régie par les dispositions des articles 378 à 380-1 du nouveau code de procédure civile.

Au terme de l'article 378 du nouveau code « La décision de sursis suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu' à la survenance de l'évènement qu'elle détermine ». Par ailleurs, l'article L. 626-27, I a. 4 du code de commerce dispose quant à lui que « le jugement qui prononce la résolution du plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est

⁸⁵ Décret du 28 déc. 2005, art. 95

⁸⁶ Cass.com. 28 avr. 1998, RJDA 8-9/98, n° 1006, qui exige en effet que le créancier demandeur produise à la juridiction saisie de l'instance une copie de la déclaration de créances

⁸⁷ Cass.com. 12 fév. 1991, Rev. proc. coll. 1992, p. 77, obs. B. DUREUIL qui exigeait que la juridiction saisie recherche, même d'office, si la déclaration avait été faite (v. également Cass.com. 23 nov. 2004, Rev. proc. coll. 2005, p. 130, obs. GORRIAS)

⁸⁸ NCPC, art. 369

⁸⁹ Cass.com. 14 juin 1994, D. 1995, somm. comm. P. 26, obs. A. HONORAT

⁹⁰ Le retrait du rôle est ordonné à la demande écrite et motivée de toutes les parties.

toujours en cours ». La combinaison de ces deux articles conforte l'idée selon laquelle la reprise des poursuites suspendues doit suivre la procédure de reprise de l'instance suspendue sur décision d'un sursis à statuer dès lors qu'un jugement arrêtant le plan a été rendu⁹¹.

Pourtant la jurisprudence n'avait pas retenu cette solution qui nous semble logique. Elle avait plutôt considéré que la « suspension » de l'ancien article L. 48 du code de commerce (devenu article L.622-22 du nouveau code de commerce) doit être considérée comme « constituant une interruption »⁹². Dès lors, on lui appliquera les règles générales énoncées par les articles 369 et s. du nouveau code de procédure civile⁹³ comme nous le précisions déjà plus haut. Par conséquent, tous les actes passés ou tous les jugements qui auront été rendus même ceux passés en force de chose jugée postérieurement au jugement d'ouverture qui emporte interruption de l'instance sont réputés nonavenus, à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue⁹⁴. Certes, l'instance devra reprendre son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue⁹⁵, mais elle consistera à faire constater la créance et à la faire porter sur l'état des créances par le greffier du Tribunal devant lequel se déroule la procédure⁹⁶.

Aujourd'hui la difficulté d'interprétation de l'ancien article L.48 du code de commerce ne pose plus problème. En effet, la loi de sauvegarde a procédé à la modification du terme à l'origine des difficultés d'application de l'article L. 48 sus évoqué en substituant le terme « suspendues » par « interrompues »⁹⁷ consacrant ainsi la solution prétorienne précédemment analysée.

Toutefois, sur le plan procédurale la question s'est posée de savoir si la demande de reprise des poursuites pouvait être portée devant le juge des référés. Il a été avancé que l'article 48 de la Loi de 1985 abrogé par l'ordonnance de septembre 2000 ne faisait aucune distinction selon la nature des instances pendantes et celles des juridictions saisies lors de l'ouverture de la procédure collective⁹⁸. La deuxième thèse soutenait quant à elle que la décision de référé se bornait à constater la créance sur le seul terrain du provisoire et n'avait aucune autorité de chose jugée au principal et qu'il ne saurait être question de mentionner sur un état des créanciers, conformément à l'article 65 alinéa 2 du Décret de 1985, une créance ayant donné lieu à un simple examen provisoire. A cet égard un arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 17 mars 1989 a estimé que les actions en cours ne peuvent être reprises que « si elles ont été introduites devant le juge du fond mais non devant le juge des référés dont

⁹¹ L'art. L. 622-28 C.com. suspend les poursuites contre le garant jusqu'au jugement arrêtant le plan. Ainsi, le prononcé de ce jugement réalise la cause pour laquelle l'instance en cours a été suspendue et justifie par conséquent la reprise de l'instance.

⁹² Cass.com. 29 oct. 1991, Bull. 87, 12 nov. 1991, p. 8209

⁹³ Paris, 3^e ch., 4 oct. 1990, Juris-Data n° 024768

⁹⁴ Cass.com. 29 oct. 1991, Gaz. Pal. 1992-1, pan. 27; NCPC art. 372; V. sur la notion de suspension ou d'interruption de l'instance appliquée en l'occurrence, obs. PERROT : RTD civ. 1987, 403, n° 4.

⁹⁵ NCPC art. 374

⁹⁶ Cass.com. 4avr. 2006, RDBF mai 2006, p. 26, obs. F-X LUCAS ; Cass.com. 12 juillet 1994, D. 1995, somm. comm. p. 28, obs. A. HONORAT

⁹⁷ C.com. art. L. 622-22 (L. n° 2005-845 du 26 juil. 2005, art. 36)

⁹⁸ Paris, 14 janv. 1988, Rev. proc. coll. 1988, 378, obs. CAMPANA et SAINT ALARY-HOUIN

les décisions, rendues à titre provisoire, n'ont pas au principal, l'autorité de la chose jugée ». Cette solution a pour conséquence d'exclure le référé-provision prévue par les articles 484 à 492 du nouveau code de procédure civile⁹⁹ en cours lors du jugement d'ouverture car l'instance en cours est celle pendante devant une juridiction saisie du principal.

La Cour de cassation dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 12 juillet 1994 s'est ralliée à cette seconde thèse en posant le principe selon lequel « l'instance en cours, suspendue jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance est celle qui tend à obtenir, de la juridiction saisie au principal, une décision définitive sur l'existence et le montant de cette créance ; tel n'est pas le cas de l'instance en référé qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle. La créance faisant l'objet d'une telle instance doit être soumise à la procédure normale de vérification et la décision du juge commissaire ».

Cette solution jurisprudentielle consacrée au débiteur est transposable à la situation du garant, toute chose qui démontre à suffisance que le sort du garant est intimement lié à celui du débiteur principal toute proportion gardée. Les adeptes de la théorie de l'accessoire trouveront ainsi de quoi conforter leur position¹⁰⁰.

Aussi, un point mérite à notre avis qu'on s'y attarde un temps soit peu, c'est celui relatif à la force de chose jugée. Elle est définie par le Professeur Gérard CORNU comme constituant une « efficacité qu'a (ou obtient) une décision de justice, lorsque, n'étant pas (ou plus) susceptible d'une voie de recours suspensive ». L'article 500 du nouveau code de procédure civile la définit encore plus simplement comme un « jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ». Cela revient à considérer qu'un pourvoi formé contre un arrêt d'appel rendu avant le jugement d'ouverture ne peut continuer l'instance en cours puisse que la décision rendue sur le fond a acquis force de chose jugée avant l'ouverture de la procédure collective. Cette précision trouve son intérêt dans la qualification « d'instance en cours » en ce qu'elle permet d'y exclure les actions pendantes devant la Cour de cassation et pas devant une juridiction de fond. Par conséquent, toute reprise de poursuite fondée sur la reconnaissance de la créance par la juridiction de fond sera subordonnée la déclaration de ladite créance nonobstant le pourvoi¹⁰¹.

⁹⁹ NCPC art. 484 dispose que : « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelé, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement des mesures nécessaires ». L'intérêt réside ici dans la rapidité de ladite procédure (la décision est obtenue en moins de 15 jours) mais aussi dans son caractère exécutoire dès le prononcé de la décision pour contraindre le débiteur à honorer son engagement.

¹⁰⁰ Fabrice BUSSIERE parle plutôt dans sa thèse de superposition de l'engagement du garant à l'engagement du débiteur défaillant (Garanties personnelles et procédures collectives, Paris 1, 2002, sous la direction du Professeur Yves CHAPUT)

¹⁰¹ V. dans ce sens Cass.com. 14 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 212 ; D. 1995, somm. 26, obs. HONORAT (cet arrêt rappelle la solution énoncée)

Chapitre 2 : REGIME FAVORABLE AUX GARANTS DANS LA FIXATION DE LA CREANCE

Depuis la Loi du 10 janvier 1994 le législateur s'est progressivement intéressé au sort des garants. La caution fut d'abord le premier à être attiré par le législateur dans « le périmètre des procédures collectives »¹⁰² du fait qu'il s'agissait généralement des dirigeants des entreprises en procédures collectives et ces derniers hésitaient à faire leur dépôt de bilan précoce. C'est pourquoi, par anticipation, nous pouvons observer que la plus part des mesures dont profitent les autres garants sont calquées sur le régime des avantages accordés aux cautions de 1994 à 2005 avec la Loi de sauvegarde complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui parachève ce long processus qui à notre avis est loin d'être définitivement achevé pour les raisons que nous évoquerons dans les développements qui vont suivre.

Qu'à cela ne tienne, le législateur a fait un grand pas en considérant le sort des garants dans les procédures collectives, qui plus que par le passé s'est détaché de son but premier celui d'assurer le paiement du créancier. La priorité consiste désormais à privilégier le sauvetage de l'entreprise. Or, comme nous le précisons dans notre introduction le garant est un acteur incontournable et indispensable dans la vie et la survie d'une entreprise et par conséquent, un acteur important dans la réussite et l'efficacité de la procédure.

Fort de ce constat, après avoir accordé aux garants personnes physiques le bénéfice de l'interdiction des paiements qui se traduit par la suspension des poursuites des créanciers antérieurs et de certains créanciers postérieurs, le législateur a entendu protéger le garant contre le risque de payer plus que le débiteur principal au cas où il serait amené à payer la dette de ce dernier.

Le législateur fait bénéficier à certains garants, un régime de faveur dans la fixation du montant de la créance dans lequel ils profitent non seulement des dispositions du plan de sauvegarde (**Section 1**) mais aussi du principe de l'arrêt du cours des intérêts (**Section 2**).

Section 1 : les garants bénéficient des dispositions du plan de sauvegarde

La période d'observation des procédures de sauvegarde et de redressement s'achève en principe par l'arrêt d'un plan soit de sauvegarde, soit de redressement qui constitue l'ensemble des mesures prises par le débiteur et ses partenaires en vue de sauver l'entreprise et payer les différents créanciers. Ces dispositions issues de la Loi de sauvegarde de 2005 sont favorables aux garants à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et visent essentiellement

¹⁰² Philippe DUPICHOT, Droit des sûretés, LPA, avr. 2010, n° 74, p. 13.

à « encourager le dirigeant à faire preuve de diligence en ne tardant pas à agir pour permettre à la société de bénéficier d'un plan de sauvegarde »¹⁰³.

Pendant la période d'observation les garants sont protégés par la règle de la suspension des poursuites contre eux et celle de l'arrêt du cours des intérêts. Ces deux mesures prennent généralement fin dès l'adoption d'un plan de sauvegarde. On aurait pu penser que la protection des garants s'arrête là, mais il n'en est rien car cette protection se poursuit après la période d'observation notamment pendant l'exécution du plan. Du moins, aux termes des dispositions de l'article L.626-11 alinéa 2 du code de commerce, les garants personnes physiques, contrairement aux personnes morales, peuvent se prévaloir des dispositions du plan. Les modalités d'application d'une telle mesure (B), au demeurant salvatrice pour les garants, seront examinées après avoir analysé le contenu de la règle (A).

Paragraphe 1 : Contenu de la règle

A/ Finalités de la règle

L'esprit de la Loi de sauvegarde était de rompre avec l'attitude des dirigeants des sociétés débitrices qui consistait à faire le dépôt de bilan de façon tardive ce qui constituait un obstacle à la continuation de l'entreprise dans les chances de sauvegardes n'étaient plus envisageables. Pour lutter contre ces dépôts de bilan tardifs et afin d'augmenter les chances de redressement de l'entreprise, le législateur permet aux garants de se prévaloir des dispositions du plan dans la procédure de sauvegarde. Ce qui signifie a contrario que les personnes physiques garants ne peuvent se prévaloir de des dispositions du plan dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

Il s'agit là d'une limitation qui a pour but de rendre la procédure de sauvegarde plus attractive que les autres et donc de favoriser un dépôt de bilan précoce et par conséquent un traitement à temps utile des difficultés de l'entreprise. Elle constitue en revanche, une sanction du manque ou de l'absence de diligences de certains dirigeants et chefs d'entreprise qui déposent leur bilan quand les chances de sauvetage de l'entreprise ont été considérablement réduites.

Ces dispositions de nature à assurer le succès de la procédure soulèvent cependant quelques critiques du fait de l'assimilation des garanties indépendantes aux garanties accessoires. Le législateur sans tenir compte des caractéristiques fondamentales de chaque garantie a écarté les règles du droit commun des sûretés, comme d'habitude, pour faire prévaloir la réussite des procédures collectives. Il a ainsi aligné le sort des garants accessoires et ceux autonomes sur le sort du débiteur principal. Si les engagements des garants accessoires sont liés à ceux du débiteur on ne peut en dire autant des engagements des garants autonomes qui sont en principe indépendants de ceux du débiteur. Ce qui est certain c'est que

¹⁰³ Caroline HOUIN-BRESSAND, Cautions, garants et coobligés, Rev. proc. coll. 2008, doss. p. 112.

le législateur à travers ces mesures n'a pas hésité à prendre le risque de dénaturer certaines sûretés pour assurer le succès de la procédure de sauvegarde.

Par ailleurs, avant la législation de 2005 (Loi de 2005) complétée par celle de 2008 (Ordonnance de 2008) seules les cautions et les garants autonomes pouvaient se prévaloir des mesures arrêtées par le débiteur principal et les créanciers dans le plan de sauvegarde. Ce qui signifie que sous l'empire de cette législation les tiers qui garantissaient les dettes d'une entreprise ne profitaient pas des remises et des délais de paiement accordés au débiteur principal par les créanciers dans le plan de redressement.

Désormais, cette inégalité de traitement entre les garants n'existe plus puisque les coobligés, les personnes physiques ayant consenties une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du plan conformément à l'article 626-11 du code susvisé. Ainsi, le garant autonome, poursuivi par le créancier du débiteur principal, peut lui opposer les remises de dettes que ce dernier a consenties au débiteur dans le plan dans les mêmes conditions qu'une caution s'en ravalerait dans le droit commun des sûretés. On peut tout de même regretter dans ce cas que l'indépendance de la garantie autonome ne puisse pas jouer son véritable rôle qui est celui de protéger le créancier face à une remise de dette.

En outre, cette faveur accordée aux garants a naturellement des incidences sur l'efficacité des garanties

B/ Contenu du plan

Aux termes des dispositions de l'article 626-1 du code, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le Tribunal arrête un plan qui met fin à la période d'observation, lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. L'arrêté de plan est tributaire d'un projet de plan lequel comporte plusieurs volets : économique¹⁰⁴, social et environnemental¹⁰⁵, offres d'acquisition¹⁰⁶ et financier¹⁰⁷ conformément à l'article L. 626-2 du code de commerce. Ce dernier volet retiendra plus particulièrement notre attention.

Et pour cause, le volet financier est celui qui correspond aux dispositions visées par l'article L.626-11 du code sus évoqué. En effet, ce volet constitue une sorte de moratoire de paiement, qui prend acte des remises ou des délais de paiement consentis par les créanciers et qui, à défaut d'effort spontané, peut leur imposer des délais uniformes de paiement, moyennant souvent des garanties émanant du débiteur. Il s'agit des mesures qui sont adoptées par le comité des créanciers qui regroupe les établissements de crédit et les principaux

¹⁰⁴ Le projet de plan détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement (C. ce. art. L.626-2 a. 2).

¹⁰⁵ Ce projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité (C. ce. art. L.626-2 a.4).

¹⁰⁶ Le projet recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Il indique les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction (C. ce. art. L. 626-2 a. 5).

¹⁰⁷ Le projet définit en outre, les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution (C. ce. art. L. 626-2 a. 3).

fournisseurs de biens ou de services suite à la proposition de plan faite par le débiteur assisté de l'administrateur.

Le volet financier est celui qui définit les modalités de paiement et toutes les mesures nécessaires à la poursuite de l'activité il comprend les dispositions relatives aux remises de dettes et aux délais de paiement auxquels il faut ajouter des nouveaux crédits des avances des fournisseurs ou de trésorerie.

Seules les remises de dettes et les délais de paiement ont un impact sur le sort des garants dans la procédure de sauvegarde. C'est pourquoi il convient de voir les modalités d'application de ces dispositions du plan.

Paragraphe 2 : Modalités d'application des dispositions du plan

Pour assurer l'efficacité de la règle et éviter que les créanciers ne la contournent en souscrivant d'autres formes de garanties autres que le cautionnement, le législateur a cru bon étendre la règle de l'opposabilité des dispositions du plan de sauvegarde par les cautions à toutes les personnes physiques qui ont souscrit une sûreté personnelle ou qui ont affecté ou cédé un bien en garantie. En d'autres termes, les souscripteurs de garanties autonomes ou de lettre d'intention, les personnes physiques ayant consentis des promesses de porte fort, les tiers ayant consentis un gage mobilier, un gage immobilier (antichrèse), un nantissement ou une hypothèque peuvent se prévaloir des remises de dette et des délais de paiement accordés au débiteur principal au même titre que la caution sans qu'il ne soit besoin de distinguer les garanties accessoires des garanties indépendantes.

Cependant, bien que l'application des dispositions du plan soit garantie à tous les garants il n'en demeure pas moins qu'ils ne la vivent pas tous de la même façon, certains auront plus intérêt à s'en prévaloir tandis que d'autres n'auront à s'en prévaloir que très rarement. Par ailleurs, seuls les garants personnes morales ne pourront s'en prévaloir et pourront donc être amenés à payer la dette du débiteur principal à échéance nonobstant les remises accordées au débiteur principal.

Qu'à cela ne tienne seuls les garants personnes physiques ayant consentis des sûretés réelles ou des sûretés personnelles peuvent se prévaloir des remises de dette (A) et des délais de paiement (B) accordés au débiteur principal.

A/ Les garants bénéficient des remises de dettes

D'abord, s'agissant des remises des dettes de droit commun, il est question d'un « acte par lequel le créancier, renonçant volontairement à (mais dans une vue parfois intéressée ; ex. le concordat) à recevoir paiement, libère le débiteur (qui accepte : c'est une convention) de son obligation »¹⁰⁸. La remise de dette accordée au débiteur constitue la

¹⁰⁸ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, PUF 2007, 8^e édition, p. 798

principale cause d'extinction par voie accessoire du cautionnement¹⁰⁹. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 1287 du code civil énonce que la remise ou décharge conventionnelle libère la caution. Cependant, la remise peut n'être que partielle et dans ce cas elle profite à la caution dans les mêmes proportions que celle accordée au débiteur principal.

Ensuite, s'agissant des remises de dettes dans le cadre des procédures collectives qui nous concerne particulièrement, un premier obstacle s'était posé à l'application de la règle dans le plan de continuation lequel se limitait à donner « acte des délais et (...) remises acceptées par le créancier » conformément à l'ancien article L.621-76 du code de commerce (Législation antérieure à la Loi de sauvegarde et à l'ordonnance de 2008). La Cour de cassation a décidé dans un arrêt en date du 17 novembre 1992 avait décidé les remises dont il est questions dans le cadre du plan de continuation ne sauraient être assimilées à celles conventionnelles visées à l'article 1287 du code susvisé car malgré leur caractère volontaire, elles « participent de la nature judiciaire du plan »¹¹⁰. Les remises résultant du plan de redressement étaient donc inopposables par les cautions solidaires uniquement¹¹¹, les cautions simples pouvaient a priori s'en prévaloir.

Deux raisons pouvaient néanmoins expliquer cette inopposabilité aux cautions solidaires des remises accordées au débiteur principale. D'une part, plusieurs auteurs comme Michel FARGE¹¹² ou encore Manuella BOURASSIN¹¹³ pensent que les remises résultant du plan ne procèdent pas de la volonté des créanciers mais qu'il s'agit bien plus des mesures qui leur sont imposées pour le succès de la procédure comme nous l'avons déjà précisé plus haut. D'autre part, ces remises ne constituent en réalité qu'une solution procédurale à l'insolvabilité du débiteur à laquelle le créancier a entendu se prémunir en constituant un cautionnement. M. FARGE les considère simplement comme de « fausses remises de dette » dès lors qu'elles constituent des allègements à la procédure imposés par le juge ou par les circonstances.

Désormais, certes la Loi de sauvegarde ne permet toujours pas à la caution de se prévaloir des dispositions du plan de redressement, mais il lui permet de se prévaloir des remises de dette du plan de sauvegarde comme nous l'avons déjà souligné plus haut. Par ailleurs, cette faveur ne profite plus seulement aux seules cautions, elle a été étendue aux autres garants personnes physiques.

B/Les garants bénéficient des délais de paiement

Le volet financier détermine, nous l'avons dit, les modalités de paiement des créanciers ; le chef d'entreprise va proposer aux créanciers après diagnostic un échéancier du paiement de sa dette. Cela suppose que les difficultés de l'entreprise ont été traitées

¹⁰⁹ C.civ. art. 1287

¹¹⁰ Cass.com. 17 nov. 1992, D.1993, p.41, note D. VIDAL

¹¹¹ Avant la loi de sauvegarde une distinction était faite entre le régime de la caution simple et celui de la caution solidaire. La caution solidaire ne pouvait pas se prévaloir des remises accordées au débiteur dans le plan de redressement conformément à l'anc. art. L. 621-65 C.ce. (Cass.com. 23 nov. 2004, Bull. civ. IV, n° 203). Depuis la Loi de sauvegarde ladite distinction n'a plus lieu (C.ce. art. L. 631-20).

¹¹² M. FARGE, *Les sûretés*, PUG 2008, p. 118 et s.

¹¹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey 2010, 2^e édition, p. 298 et s.

opportunément. Il appartiendra au débiteur de respecter cet échéancier sous peine de résolution du plan et exposition du patrimoine du garant aux poursuites des créanciers. Il s'agit là encore d'une mesure qui vise à rendre la procédure de sauvegarde beaucoup plus attractive pour le débiteur dont la protection se poursuit dans l'exécution du plan.

L'opposabilité ou l'inopposabilité des délais de paiement a suivi la même évolution que la remise de dette en ce sens qu'il s'agit des dispositions du plan qui jadis étaient inopposables par les garants en générale et la caution en particulier. Ainsi, dans la législation antérieure à la Loi de sauvegarde de 2005¹¹⁴, il était interdit à la caution solidaire de se prévaloir des délais de paiement que les créanciers auront accordés au débiteur principal. Cela constitue une énième dérogation au régime de droit commun des garanties accessoires notamment aux dispositions de l'article 2290 du code civil (anc. art. 2013) selon lequel la caution ne peut être tenu plus rigoureusement que ne l'est le débiteur principal de telle sorte que les libéralités consenties au débiteur par le créancier profitent logiquement et légitimement à la caution.

Sous l'empire de la Loi du 26 juillet 2005 complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, les personnes pouvant bénéficier des délais de paiement du plan de sauvegarde ne sont plus les seules cautions. A ces derniers il faut désormais ajouter toutes les autres personnes physiques qui ont consentie une sûreté personnelle et celles qui ont soit affecté un bien en garantie, soit cédé un bien en garantie. Seules les personnes morales ne peuvent se prévaloir des délais accordés au débiteur dans le plan de sauvegarde. Mais la mesure ne joue pas la procédure de redressement.

Section 2 : les garants bénéficient du principe de l'arrêt du cours des intérêts

Le principe de l'arrêt du cours des intérêts signifie que les intérêts générés par la dette du débiteur avant la procédure ne courront plus dès le prononcé du jugement d'ouverture, ceux ayant déjà courus seront considérés comme acquis et s'ajouteront à la dette principal du débiteur que le garant sera amené à payer le cas échéant.

Cette règle se justifie par le souci du législateur d'éviter que le passif du débiteur n'augmente de sorte à compromettre d'avantage la réussite de la procédure, d'autres raisons sont également évoquées notamment le souci d'égalité entre les différents créanciers qui, par ailleurs, voient leurs droits restreints. Cependant, si l'on est tous d'accord que cette règle se justifie par le souci du législateur de faciliter l'organisation de la procédure, l'on pourrait également penser que cette règle s'étend aux garants grâce au caractère accessoire de certaines garanties notamment du cautionnement. En effet, le caractère accessoire des garanties postule que le garant ne doit pas être plus onéreusement engagé que le débiteur principal. D'où le mérite de l'article 39 de la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (C.ce. art. L. 622-28 a. 1) qui a expressément étendu la règle de l'arrêt du cours des intérêts à une liste plus élargie des garants.

¹¹⁴ C.ce. anc. art. L. 621-65

Pour une meilleure appréhension du sujet, il convient d'étudier successivement le principe de l'arrêt du cours des intérêts (§1) et son application aux différents garants (§2) au sens de l'article L. 622-28 du code.

Paragraphe 1 : Principe de l'arrêt du cours des intérêts

La règle de l'arrêt du cours des intérêts est une règle de portée générale qui est opposable à tous et dont il convient de rappeler les généralités (A) et les tempéraments qui lui sont affectés (B).

A/ Généralités de la règle

Issu de la Loi du 25 janvier 1985 (art. 55 al.1), l'article L.621- 48 du code de commerce dispose que « le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous les intérêts de retard ou majoration à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant des contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus ». Cet article consacrait la règle de l'arrêt du cours des intérêts qui est d'abord apparue dans le droit de la faillite français avec la Loi du 28 mai 1838 (anc. art. 445 C.com.)¹¹⁵ et ne visait alors que les créances non assorties d'un privilège, d'un nantissement ou d'une hypothèque. Depuis, la règle a vu son domaine et sa portée réformés. C'est pourquoi, nous étudierons d'une part les intérêts visés par cette règle, d'autre part les créances concernées par la même règle.

1. Intérêts visés

La règle selon laquelle le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts concerne tous les intérêts de toute nature. Autrement dit, le prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire (article L.631-14 modifié par l'ordonnance de 2008) ou de liquidation judiciaire (article L.631-3 modifié par l'ordonnance de 2008) arrête de plein droit tous les intérêts légaux¹¹⁶ et conventionnels¹¹⁷ ainsi que tous les intérêts de « retard¹¹⁸ et de majoration »¹¹⁹. Une précision mérite cependant d'être apportée en ce qui concerne le taux d'intérêt conventionnel, ce dernier est pris en compte à condition qu'il ait été fixé par écrit, le cas échéant c'est le taux d'intérêt légal qui est seul applicable. Du moins, c'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date 29 septembre 1988¹²⁰.

¹¹⁵ Elle ne visait que les créances non assorti d'un privilège, d'un nantissement ou d'une hypothèque

¹¹⁶ Il s'agit des intérêts dont le taux est fixé par la loi, à défaut de convention. Il est par exemple de 5% en matière civile et 6% en matière commerciale.

¹¹⁷ Art. 1907 C.civ ; intérêts fixés par les parties à un contrat. Ils sont dus en vertu d'une stipulation express à l'occasion d'un prêt ou de toute autre contrat à un taux dont la limite la liberté.

¹¹⁸ Cass.com. 8 juin 1999 ; Act.proc.coll. 1999/16, n°217

¹¹⁹ « Ce qui inclut, outre les intérêts moratoires, les pénalités conventionnelles sanctionnant le retard de paiement » (F. PEROCHON, Entreprises en difficulté instruments de crédit et de paiement, LGDJ 2009, p.253)

¹²⁰ Versailles 29 sept.1988, D.1990, p. 126, note D.MARTIN

Cependant, la règle ne concerne pas les intérêts ayant courus avant le jugement d'ouverture¹²¹ mais concerne plutôt ceux courant après le jugement d'ouverture. Par ailleurs, la jurisprudence exclue les clauses d'indexation ou les clauses pénales¹²² du champ d'application de la règle de l'arrêt du cours des intérêts¹²³.

En outre, aux termes de l'article L.622-28 alinéa 1 du code de commerce le cours des intérêts est purement et simplement arrêté. En d'autres termes, les intérêts courants après le jugement d'ouverture ne sont plus dus, ils sont éteints¹²⁴ et ne peuvent recommencer à courir à partir de l'arrêt d'un plan de continuation¹²⁵.

2. Créances visées

Sous l'empire de la législation antérieure à la Loi de sauvegarde des entreprises avec les dispositions de l'article L.621-48 alinéa 1 (anc. L. 25 janv. 1985, art. 55 al.1), aucune distinction n'était faite entre les différents types de créances soumises à la règle de l'arrêt du cours des intérêts. Il en est de même d'ailleurs sous l'empire de la Loi de sauvegarde qui a maintenu la solution consacrée par la Loi de 1985. En effet, l'article L.622-28 alinéa 1 ne fait aucune distinction entre les créances, il s'agit aussi bien des créances chirographaires que de créances garanties par des sûretés, et même des créances salariales¹²⁶.

Il convient cependant de rappeler sur ce point qu'avant la Loi de 1985, le législateur du 13 juillet 1967 faisait une distinction entre les créances chirographaire soumis à la règle et les créanciers titulaires d'une hypothèque, d'un nantissement ou d'un privilège spécial dont les intérêts des créances continuaient à courir¹²⁷. C'est donc la Loi de 1985 qui a abandonné cette distinction afin de favoriser le redressement judiciaire par l'apurement du passif conformément aux objectifs affichés à l'article L.620-1 du code de commerce ancien (art. 1^{er} L.25 janv. 1985)¹²⁸. Certes le jugement d'ouverture arrête de plein droit et par le seul fait de son prononcé tous les intérêts issus d'un prêt et de toutes les créances résultant d'un contrat de prêt antérieur tel que l'ouverture de crédit à durée déterminée¹²⁹ et porteuses d'intérêts, mais ce principe est limité par l'article L.622-28 alinéa 1 sus mentionné qui le consacre.

B/ Les exceptions à la règle de l'arrêt du cours des intérêts

1. Continuation du cours des intérêts

Deux exceptions sont prévues par l'article L.622-28 alinéa 1 in fine, il s'agit d'une part des intérêts résultant des contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un

¹²¹ Ces intérêts font partie des accessoires des créances principales et devront être déclarés avec elles.

¹²² Art. 1152 et 1231 C.civ

¹²³ Cf. C.ST ALARY HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien 2009, n° 670, P.421

¹²⁴ Contra, P. LE CANNU, LPA 1985, n°90, P.24

¹²⁵ Cass.com. 10 déc. 2002, RJDA 2003, n° 615

¹²⁶ Cass.soc.23 nov.1999, Act.proc.coll. 2000, n° 7; D.2001, somm., p.116, obs. F. DERRIDA

¹²⁷ C. ST ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien 2009, p.420

¹²⁸ Lina Laure PRISO, Le sort des sûretés dans les procédures collectives après la réforme du 25 janvier 1985, Thèse soutenue à l'université de Paris 12 sous la direction du Pr Alain PIEDELIEVRE, p. 106 s. n° 90

¹²⁹ Cass.com. 19 mars 1996, RD bancaire et fin.1996, p.127, obs. M-J.CAMPANA et J.M.CALENDINI ; RTD com. 1996, p.720, obs. A. Martin-SERF

an et d'autre part, des contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. S'agissant de ces dérogations, l'objectif visé est celui de favoriser les crédits à moyen terme par rapport aux crédits à court terme et par conséquent de ne pas décourager les créanciers qui consentent des crédits de longue durée à l'entreprise. Cependant, ces dérogations sont soumises à des conditions bien strictes en ce sens le terme de prêt doit être entendu au sens strict ou d'opérations assorties d'un paiement différé d'un an ou plus.

En outre, la législation n'est pas claire sur l'étendue des intérêts qui sont visés par l'exception et la question est de savoir si les intérêts de retard et majoration font partie du domaine des dérogations. La jurisprudence nous donne une réponse à cette question et décide que l'exception de la règle de l'arrêt du cours des intérêts concerne aussi bien les intérêts de retard et ceux de majoration de retard¹³⁰.

Contrats exclus car ne remplissant pas les conditions requises

Comme nous venons de le dire, il faut qu'il s'agisse de contrat qui entre dans la définition de la loi. La cour de cassation dans un arrêt du 29 mai 2001 a précisé que l'exception ne profitait pas au crédit-bail¹³¹ à moins que l'exigibilité du premier loyer ne soit différée d'au moins un an. Autrement dit, les intérêts résultant d'un crédit-bail seront arrêtés dès le jugement d'ouverture de la procédure toutes les fois qu'il s'agira des créances antérieures. Seront également exclus les avenants aux contrats de crédit-bail qui auraient stipulés des intérêts¹³². Il en est de même des ouvertures de crédit à durée indéterminée¹³³ et cela se justifie du fait que la durée du prêt doit être dès la conclusion, égale ou supérieure à un an, ce qui n'est pas le cas du contrat de crédit susmentionné dont la durée est inconnu.

2. Conséquences relatives à la déclaration des créances

La question qui se pose est de savoir si les intérêts qui continuent de courir constituent des créances antérieures au jugement d'ouverture qui doivent être déclarées en même temps que le principal de la dette ou s'il faut y voir des créances nées après le jugement d'ouverture bénéficiant du privilège de procédure et non soumises à déclaration.

Sur ce point le Professeur P.M. LE CORRE, contrairement à certains auteurs¹³⁴, pense que lesdits intérêts sont des accessoires de la créance, laquelle par hypothèse a la nature d'une créance antérieure. Par conséquent, ils doivent être déclarés en même temps que le principal de la dette¹³⁵. C'est cette solution que la jurisprudence a consacré. En effet, la Cour d'Appel

¹³⁰ Rennes, 22 juillet 1987 précédemment cité.

¹³¹ Com. 29 mai 2001, Act.proc.coll. 2001/12, n°152

¹³² Com. 28 sept.2004, n°02-11.763 NP.

¹³³ Com. 6 mai 1997, n° 94-13.772, Bull.civ.IV, n°116 ; JCP E 1997, II, 996, note D. Legeais

¹³⁴ Certains auteurs ont soutenu que les intérêts qui continuaient de courir malgré l'ouverture de la procédure et échappant ainsi à la règle de l'arrêt du cours des intérêts constituaient des créances postérieures privilégiées au motif qu'à défaut, la portée de l'arrêt du cours des intérêts serait faible (En ce sens, RIPERT et ROBLOT, t.2, éd. 1990, op. cit., n° 2988)

¹³⁵ P.M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, D. 2010/2011, n° 641-51, p.1564 ; selon l'auteur, les intérêts courus après le jugement d'ouverture ne sont pas des créances postérieures parce qu'un contrat de prêt n'est pas éligible au rang des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture. Ces intérêts qui

de Rennes a exigé que les intérêts qui bénéficient de l'exception de la règle soient soumis à l'obligation de déclarer. Dans ce cas, les intérêts échus comme les intérêts à échoir et les modalités de calcul de ces intérêts à échoir sont pareillement indiquées¹³⁶. Cette indication vaut déclaration pour le montant ultérieurement arrêté. Par ailleurs, pour bénéficier pleinement du maintien des intérêts au cours de l'exécution du plan, le créancier doit les déclarer et les faire admettre.

Quant à la situation des différents garants, on se demande comment la règle sus décrite s'appliquera à eux.

Paragraphe 2 : Application de la règle aux garants

La règle de l'arrêt du cours des intérêts est une règle habituelle du droit des procédures collectives qui existe depuis le code de commerce de 1807 et dont le principal bénéficiaire est le débiteur. Cette règle avait, entre autre, pour objectif d'éviter une augmentation de son passif¹³⁷. L'idée est de cristalliser la dette du débiteur au jour du jugement d'ouverture de la procédure afin de faciliter la détermination du passif et de permettre dans les meilleures conditions la préparation du plan. Cette mesure semble concerner uniquement la seule personne du débiteur et paraît lui être bien personnelle¹³⁸.

Cependant, la question qui s'est toujours posée avec les dispositions de l'article L621-48 est de savoir si les garants étaient en droit de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts au même titre que le débiteur dont il garantit la dette.

La jurisprudence a toujours été très hésitante sur la question (A) et le législateur à la suite d'un compromis jurisprudentiel consacre désormais l'extension de la règle du cours des intérêts à certains garants (B).

A/ Evolution jurisprudentielle

Dans un premier temps, sous l'empire de la Loi du 13 juillet 1967 la règle de l'arrêt du cours des intérêts était limitée au seul débiteur, unique bénéficiaire de la règle. Les garants n'étaient pas visés par ladite règle à tel point que les intérêts continuaient à courir à leur rencontre comme en atteste un arrêt de la cour de cassation en date du 20 février 1979¹³⁹. Par cet arrêt la cour décidait que « viole les articles 1134 du code civil et 39 de la Loi du 13 juillet 1967 la Cour d'appel qui déboute une banque de son action contre la caution du titulaire du compte déclaré en liquidation de biens, en paiement, au taux contractuellement prévu pour le

continuent de courir sont susceptibles de faire naître des créances postérieures mais demeurent des accessoires de la créance principale.

¹³⁶ Rennes 22 juillet 1987, Gaz.pal. 11/13 oct. 1987, note MASSART et JCP N 1988, II, 15118, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

¹³⁷ Cette règle vise également à maintenir une égalité entre tous les créanciers en évitant des disparités entre eux, de même qu'elle se justifie la volonté du législateur de sauvegarder l'entreprise.

¹³⁸ LINA LAURE PRISO, Le sort des suretés dans les procédures collectives après la réforme du 25 janvier 1985, Thèse soutenue à l'université de Paris 12, p. 107

¹³⁹ Cass.com. 20 fév. 1979, Bull. civ. IV, n° 73, D. 1980, IR, p. 14, M. VASSEUR

cas de clôture du compte, des intérêts produits par le solde débiteur du compte clôturé par la liquidation des biens ». Cette décision paraissait plus que logique à partir du moment où l'article 39 de la Loi de 1967 disposait que la règle s'appliquait à la masse seulement elle n'avait pas d'incidences sur l'engagement de la caution en particulier.

La Loi du 25 janvier 1985 va conforter cette idée et montrer par là l'importance de la « masse » dans l'application de la règle de l'arrêt du cours des intérêts et ses conséquences. En effet, l'article L.620-1 et s. du code de commerce en supprimant la « masse » a fait dire à certains auteurs que le garant ne pouvait se prévaloir de cette disposition ce qui renforçait la théorie selon laquelle l'arrêt du cours des intérêts constituait une mesure personnelle au débiteur. Les intérêts de l'efficacité de la caution étaient en jeu et en considérant que ce dernier ne pouvait se prévaloir de la règle sus visée revenait à considérer que la caution devait payer plus que le débiteur principal. Or, la caractéristique principale du cautionnement c'est son caractère accessoire qui empêche à la caution de s'engager plus onéreusement que le débiteur¹⁴⁰.

1. Première prise de position de la jurisprudence : la règle profite à la caution

La jurisprudence est intervenue dans ce débat et a consacré l'extension de la règle de l'arrêt du cours des intérêts aux garants notamment à la seule caution sur le fondement du caractère accessoire de cette garantie. En effet, allant à contre des décisions retenues par certaines juridictions inférieures, la Cour de cassation dans un arrêt de principe en date du 13 novembre 1990 a estimé que « c'est à bon droit qu'une Cour d'appel décide qu'une caution n'est pas tenue des intérêts au-delà de la date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur dès lors que l'article 55 de la Loi du 25 janvier 1985 (art. L.621-48 C.com) n'opère aucune distinction pour l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et que l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal ». Cette solution est à notre sens logique et justifiée et le contraire aurait été plus durement et plus injustement vécu par la caution qui n'est qu'une débitrice accessoire. De même, qu'une telle solution aurait été considérée comme une mesure dissuasive pour le dirigeant caution, donc contraire à la philosophie de redressement de l'entreprise.

2. Deuxième prise de position de la jurisprudence : Revirement jurisprudentiel

La protection des garants ou du moins de la caution face à l'augmentation des intérêts après le jugement d'ouverture n'aura été que de courte durée car trois ans après que la Cour de cassation ait admis qu'elle pouvait se prévaloir de la règle de l'arrêt des intérêts, elle a du revoir ses motivations. En effet, dans un arrêt en date du 11 mai 1993 elle considère désormais que « si la caution n'est pas tenue, au-delà du prononcé de lu redressement judiciaire du débiteur principal, des intérêts et majorations dont ce dernier est déchargé en application de l'at. 55 de la Loi du 25 janvier 1985, elle est personnellement débitrice, à

¹⁴⁰ Art. 2013 C.civ

compter de la mise en demeure de payer, des intérêts au taux légal du principal de la dette cautionnée »¹⁴¹.

Autrement dit, la Cour de cassation abandonne le caractère accessoire et fonde sa décision sur l'idée selon laquelle le garant en générale et la caution en particulier n'est pas tenue à titre accessoire mais plutôt à titre principal, c'est sa propre obligation de règlement qui générerait des intérêts. Il s'agit là d'un fondement qui trouve son origine dans le mécanisme mis en place par la pratique afin de contourner l'élargissement jurisprudentiel de la règle à la caution¹⁴².

Cette solution nous semble excessive et très dissuasive, certes elle semble être fondé sur un mécanisme de droit commun, mais le droit des procédures collectives a des impératifs qui sont souvent difficile à concilier avec ceux de droit commun et ce, au nom du redressement de l'entreprise. En effet, les procédures collectives interviennent dans une situation particulière et on ira même jusqu'à dire « exceptionnelle » de la vie d'une entreprise ; considérée comme malade elle a besoin d'une attention et d'un traitement particuliers ainsi que ses partenaires directs, ceux qui l'accompagnent et l'aident de tout temps à développer son activité en garantissant notamment ses crédits. En validant cette pratique la Cour de cassation creusait l'inégalité de traitement existant déjà entre le débiteur principal et les garanties accessoires.

Qu' à cela ne tienne, le dirigeant caution restait redevable des intérêts générés par sa propre obligation grâce au recours d'une théorie générale du droit des obligations qui consiste à mettre le garant en demeure d'exécuter son obligation pour faire courir les intérêts aux taux légaux après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

3. Troisième position de la jurisprudence : retour partiel à la première position

La Cour de cassation va revenir en partie sur sa première solution celle de faire profiter aux garants la règle de l'arrêt du cours des intérêts. Elle ne se fonde plus sur le caractère accessoire de la caution mais considère que le cautionnement pouvait stipuler une renonciation à l'article 55 de la Loi de 1985 (art. L.621-48 C.com) dans sa rédaction antérieure à la Loi du 10 juin 1994¹⁴³. Cependant, cette solution aurait en effet été importante sous l'empire de la Loi de 1985 car elle intervient après la réforme de 1994 qui met terme au débat et à l'ambivalence de la jurisprudence.

En effet, l'article L.621-48 modifié par la Loi du 10 juin 1994 exclue sans ambages les cautions et les coobligés du champ de la règle de l'arrêt du cours des intérêts sans qu'il ne soit fait mention de l'obligation personnelle du garant comme ce fut le cas avec l'arrêt de 1993 sus

¹⁴¹ Cass.com. 11 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 182, RTD com. 1995, p. 202, A. MARTIN-SERF

¹⁴² L'idée pour contourner la jurisprudence de 1990 sus évoquée était d'insérer dans le contrat de garantie une clause mettant à la charge des garants les intérêts postérieurs au jugement d'ouverture du redressement judiciaire (cf. Thèse LINA LAURE PRISO préc. évoquée, p. 110 et s.)

¹⁴³ Cass.civ. 1^{ère}, 9 juillet 1996, Rev. proc. coll. 1997-2, p. 220, qui décide que « la caution ne pouvait invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 55 de la Loi du 25 janvier 1985 dont elle avait expressément entendu abandonner les avantages »

mentionné¹⁴⁴. La conséquence de cette nouvelle rédaction est l'éviction du droit commun des suretés notamment de la théorie de l'accessoire. Par conséquent, le garant devra payer plus que le débiteur principal mais seulement pour les prêts d'une durée inférieure à un an.

On peut conclure en faisant observer que la controverse sur l'application ou non de la règle de l'arrêt du cours des intérêts aux garants en général a été de courte durée, temps nécessaire pour la jurisprudence de montrer son instabilité face à la question ainsi que les incertitudes sur l'efficacité du caractère accessoire du cautionnement dans les procédures collectives ou encore et pourquoi pas la mauvaise interprétation de ce caractère par les praticiens du droit et la doctrine. Par ailleurs, on aurait pensé qu'après avoir amélioré le sort des cautions personnelles¹⁴⁵ personnes physiques en leur faisant bénéficier de la règle de l'arrêt des poursuites des créanciers, la Loi du 10 juin 1994 allait logiquement trancher le débat sus évoqué en faveur de la caution conformément à sa philosophie (à cette époque) c'est-à-dire rompre avec certaines inégalités qui dissuadaient les dirigeants à faire un dépôt de bilan précoce.

Il a fallu attendre la Loi de sauvegarde de 2005 pour voir la situation des garants s'améliorer d'avantage. Cette dernière Loi consacre en effet la solution arrêtée par la Cour de cassation dans son arrêt en date du 13 novembre 1990.

B/ Consécration de la règle au profit des garants

L'article L. 622-28 alinéa 1 in fine du code de commerce dispose que «les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sureté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent article » (relatives à l'arrêt du cours des intérêts). Cet article permet expressément aux personnes physiques coobligées et garants de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dans la procédure de sauvegarde uniquement. Cet article apparait comme une consécration de la position jurisprudentielle antérieure à la Loi de 1994 et l'on peut d'ores et déjà se demander si le législateur s'est appuyé sur le caractère accessoire des garanties comme ce fut le cas avec la jurisprudence de 1990. Rien n'est moins sur. Il convient d'observer néanmoins que l'extension « légale » de la règle aux garants s'est faite en deux étapes.

1. Première étape : extension de la règle aux cautions, coobligés et garants autonomes personnes physiques

L'extension de la règle de l'arrêt du cours des intérêts aux cautions apparait logique, comme nous le soulignons précédemment du fait de son caractère accessoire l'étendue de l'engagement de la caution ne peut être déterminée que par rapport à la dette du débiteur principal. Nous sommes tenté de croire que la Loi de sauvegarde a tenu compte non seulement de l'objectif d'inciter la caution dirigeant à se mettre sous protection judiciaire en

¹⁴⁴ Cf. p. 25 précédente

¹⁴⁵ Par opposition aux cautions réelles, opposition qui n'est plus d'actualité pour des raisons que nous évoquons déjà dans nos précédents développements.

optant pour la procédure de sauvegarde mais a aussi tenu compte de la caractéristique qui fonde le contrat de cautionnement c'est-à-dire son caractère accessoire.

Par ailleurs, alors que l'article 55 de la Loi du 25 janvier 1985 modifié par la Loi du 10 juin 1994 paralysait les dispositions de l'article 2013 du code civil (relatif au caractère accessoire du cautionnement), la Loi de sauvegarde lui confère une plus grande importance et rejoint ainsi la position adoptée initialement par la Cour de cassation dans son arrêt de principe en date du 13 novembre 1990¹⁴⁶. La caution peut désormais se prévaloir de la règle de l'arrêt du cours des intérêts mais uniquement dans la procédure de sauvegarde car l'article L.631-14 du code modifié par l'Ordonnance de 2008 et relatif à la procédure de redressement judiciaire dispose in fine que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sureté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ... ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ». Ainsi, la caution ne peut se prévaloir de la règle de l'arrêt du cours des intérêts dans la procédure de redressement judiciaire.

La question qui peut se poser ici est de savoir si les intérêts arrêtés dans la sauvegarde reprennent leur cours dans la procédure du redressement. Il n'en est rien. Ainsi, comme le précise le Professeur Pierre Michel LE CORRE l'article L.622-28 du code de commerce (sous l'empire de la Loi de sauvegarde)¹⁴⁷ évoque un « arrêt du cours des intérêts » et non une simple suspension. L'idée du législateur était d'arrêter le cours des intérêts pendant toute la procédure à tel point qu'une fois arrêtés par exemple en période d'observation, ils ne peuvent reprendre leurs cours en phase d'exécution d'un plan de continuation¹⁴⁸.

S'agissant des garants autonomes et des coobligés la règle s'applique également à eux mais cette application pose un problème quant à sa justification. En effet, il s'agit des garanties à objet autonome dont l'indépendance de la dette doit conduire logiquement les garants à ne pas bénéficier du principe d'arrêt du cours des intérêts¹⁴⁹. Cela est d'autant plus vrai que par exemple l'article 2321 du code civil définit la garantie autonome comme « l'engagement par lequel le garant, s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ». En outre, l'obligation du garant est indépendante de l'opération garantie et donc caractérisée par l'inopposabilité des exceptions tirées de cette opération. Dès lors, en principe, la dette du garant doit être déterminée en fonction des seuls éléments contenus dans la lettre de

¹⁴⁶ Dispositif dudit arrêt : « c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide qu'une caution n'est pas tenue des intérêts au-delà de la date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur ... l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal ».

¹⁴⁷ C.com. art. L.621-48 réd. ant. À la Loi du 26 juillet 2005

¹⁴⁸ P.M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, D.2010/2011, n° 641.22 ; voire également Com. 10 déc. 2002, n° 99-20.478. NPT, Act. proc. coll. 2003/4 n° 39

¹⁴⁹ F. BUSSIERE, Garanties personnelles et procédures collectives, thèse réalisée sous la direction du Professeur Yves CHAPUT, Paris 1, 2002, p. 217 et s.

garantie¹⁵⁰ à défaut il ne s'agirait plus d'une garantie autonome mais plutôt d'un cautionnement¹⁵¹.

Cette mesure législative qui consiste à faire profiter aux garants des garanties à objet autonome de la règle de l'arrêt du cours des intérêts constitue une éviction du droit commun des suretés. C'est le propre du droit des procédures collectives qui maintient les principes du droit des obligations ou celui des sûretés lorsque cela lui permet d'atteindre les objectifs de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise. Dès lors, on pourrait justifier cette faveur par le souci d'équilibre et d'égalité recherché par le législateur dans le traitement des différents débiteurs potentiels des créanciers mais aussi entre ces derniers.

2. Seconde étape : extension de la règle à tous les garants personnes physiques

L'Ordonnance du 18 janvier 2008 est venue parfaire l'œuvre entamée par la Loi du 15 juillet 2005 en étendant expressément la règle à tous les garants personnes physiques. En effet, l'article L. 622-28 qu'elle modifie ne vise plus uniquement les seules personnes physiques cautions, coobligés ou ayant donné une garantie autonome, il vise désormais toutes les « personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. En d'autres termes, outre les personnes physiques cautions et les garants autonomes, les personnes physiques ayant souscrit une promesse de porte fort à titre de garantie, les personnes physiques ayant donné une lettre d'intention, ou encore les personnes physiques ayant affecté un bien en garantie c'est-à-dire celles qui auront souscrit des gages mobiliers, des gages immobiliers (antichrèse), des hypothèques ou enfin celles ayant cédé un bien en garantie c'est-à-dire les tiers qui ont conclu un contrat de fiducie-sûreté¹⁵² pour garantir le prêt du débiteur principal pourront se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dans les conditions déterminées par les dispositions de l'article L. 622-28 alinéa 1er du code sus mentionné.

Cette nouvelle extension nécessite de notre part quelques précisions. D'abord, s'agissant des garants personnels suscités, le Professeur Pierre Michel LE CORRE observe que l'application des nouvelles dispositions suppose que les sûretés personnelles aient été consenties. La conséquence est l'exclusion du bénéfice de la règle des garants subsidiaires, tels les associés de sociétés civiles¹⁵³ ou les associés de société en nom¹⁵⁴. Il s'agit certes des

¹⁵⁰ Cass.com. 1er fév. 1994, D. 1995, somm. p. 11, M. VASSEUR

¹⁵¹ La Haute juridiction a pourtant décidé que même une garantie qui fait explicitement référence au contrat principal pour déterminer l'engagement du garant constituait une garantie autonome (Cass.com. 7 oct. 1997, JCP E 1998, p.226, D. LEGEAIS ; Rev. dr. banc. 1998, p. 17, M. CONTAMINE RAYNAUD). Cet arrêt fait reposer la cause de l'engagement du garant sur la relation principale débiteur créancier.

¹⁵² Cette garantie est consacrée par la Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et le régime de la fiducie-sûreté issu de la Loi du 19 fév. 2007 (art. 2014) n'est plus limité aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, mais ouvert aux personnes physiques également.

¹⁵³ C.civ. art. 1845 a. 2 dispose : « ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet ». Cependant, les activités de nature commerciale ne peuvent être exploitées à titre principal en société civile. Par ailleurs, les associés d'une société civile ne sont en principe tenus du passif social que conjointement (exception faite des associés de sociétés civiles professionnelles). Ils ne sont pas de garants accessoires mais des garants subsidiaires.

¹⁵⁴ Les associés en nom ont une obligation solidaire du passif social et peuvent être poursuivis par un créancier social après une simple mise en demeure de la société en nom. Cependant, cette obligation solidaire peut être

personnes physiques garants personnels mais des garants n'ayant pas souscrit des sûretés personnelles au sens de l'article L.622-28.

Ensuite, s'agissant des personnes physiques garants réels, ces dernières sont des tiers qui soient affectent un bien en garantie¹⁵⁵, soient cèdent un patrimoine fiduciaire pour garantir le prêt du débiteur¹⁵⁶. Et comme nous l'avons déjà indiqué en ce qui concerne la caution et les garants autonomes, la règle de l'arrêt du cours des intérêts ne s'applique à tous ces garants personnes physiques que pendant la procédure de sauvegarde, elle ne concerne aucun garant dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire. Le but recherché est de rendre la procédure de sauvegarde plus attractive pour le débiteur.

Cependant, les mesures sus évoquées ne concernent nullement aux garants personnes morales qui en plus de ne pas bénéficier de la règle de la suspension des poursuites des créanciers antérieurs, ne profiteront pas également de celle de l'arrêt du cours des intérêts. Ces derniers courent contre eux pendant toute la procédure nonobstant le jugement d'ouverture.

considérée comme une garantie légale en ce sens les associés sont solidaires entre eux et non envers la société débitrice principale. Cf. Paris, 5e ch. C, 8 oct. 1999, D. 2000, Cah. dr. aff. 584, note D. FIORINA

¹⁵⁵ C'est ce qu'on appelait antérieurement cautions réelles ; le fait que le débiteur affecte un bien au créancier en vue de garantir la dette du débiteur principal s'assimilait en un cautionnement qui conférait au créancier des droits réels sur le bien grevé.

¹⁵⁶ Cette nouvelle garantie très particulière fera l'objet de développements particuliers dans la deuxième partie de notre étude.

Deuxième partie :

**LE SORT DES GARANTS EN CAS
D'IMPOSSIBLE SAUVETAGE DE
L'ENTREPRISE : PROTECTION LIMITEE**

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté semble définir le garant comme tout donneur de sûreté personnelle ou réelle pour autrui. Les articles L. 622-28 et L.626-11 du code de commerce s'intéresse principalement à cette *summa divisio* (sûreté personnelle et sûreté réelle) constituée d'une part par les coobligés, les cautions, les donneurs de lettre d'intention, de garantie autonome ou encore de promesse de porte fort (les personnes « ayant consenti une sûreté personnelle »). D'autre part, elle vise les tiers donneur de gage, du nantissement, d'hypothèque ou d'antichrèse (les personnes « ayant affecté » un bien en garantie) ou encore le tiers donneur d'une fiducie-sûreté (les personnes « ayant cédé un bien en garante »). Toutes ces personnes sont considérées comme les « garants du débiteur » en procédure collective et leur sort est tout aussi homogène que lié à la nature de la procédure.

Autrement dit, leur sort dépend étroitement de la gravité de la situation du débiteur ce qui apparait comme un équilibre entre l'objectif de la sauvegarde de l'entreprise et l'efficacité des sûretés. Et lorsque le sauvetage de l'entreprise « semble improbable voire impossible »¹ les garant perdent a priori la protection dont ils faisaient l'objet lorsque le sauvetage était encore possible. Dans une telle situation, le législateur a entendu faire prévaloir la finalité de garantie sur toute autre considération au risque de limiter la protection des garants.

L'idée est que s'il n'est plus possible de sauver l'entreprise le garant doit plus que jamais jouer son rôle en payant la dette du débiteur principal devenu insolvable, c'est la question de la réalisation des différentes garanties (Chapitre 2).

Cependant, les créanciers ne pourront efficacement réaliser leurs garanties que s'ils retrouvent les prérogatives qui leurs ont été retiré en vue de sauver l'entreprise. D'où l'intérêt de l'examen de la question relative à la restauration des prérogatives des créanciers (Chapitre 1), qui permettra de déduire le sort des garants.

¹P. DUPICHOT, Droit des sûretés, LPA, avr. 2010, n° 74, p. 14

Chapitre 1 : RESTAURATION DES DROITS DES CREANCIERS

En réalité, lorsqu'on se trouve dans une situation d'impossible sauvetage de l'entreprise c'est que cette dernière est en cessation de paiement. Cela suppose en outre que le débiteur est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. La cessation de paiement donne lieu à l'ouverture de deux procédures distinctes, selon la gravité on ouvrira soit une procédure de redressement judiciaire² pour permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise³, soit une procédure de liquidation judiciaire « destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens »⁴. Cette dernière procédure constitue un facteur de limite de la portée des avantages accordés aux garants⁵ lorsque la gravité de la situation de l'entreprise est encore moindre et surmontable.

Dans le cas contraire c'est-à-dire lorsqu'il est avéré que le sauvetage de l'entreprise est impossible, le législateur fait perdre aux garants la protection qu'ils bénéficiaient pour faire prévaloir les intérêts des créanciers qui peuvent désormais contraindre les garants à les payer. Ce qui affaiblit vraisemblablement sa situation. Ainsi, une fois l'extrême gravité des difficultés de l'entreprise atteinte les garants perdent leur protection et leurs avantages (**Section 1**) afin de permettre aux créanciers de faire jouer plus efficacement leurs garanties (**Section 2**).

Section 1 : Reprise des initiatives individuelles des créanciers contre les garants

Comme nous l'avons déjà précisé dans nos précédents développements, les garants personnes physiques bénéficient d'une certaine protection judiciaire toutes les fois que le sauvetage de l'entreprise sera possible. Cela se manifeste notamment par des restrictions aux droits des créanciers qui ne peuvent être payés encore moins poursuivre le garant en paiement après le jugement d'ouverture. Ces principales mesures se justifieraient par le souci d'efficacité de la procédure.

Cependant, force est de constater que plusieurs de ces avantages accordés aux garants s'étiolent, quant ils ne disparaissent, pas au fur et à mesure que la situation du débiteur s'aggrave. Le processus de restauration relative des droits des créanciers aboutit à la reprise non automatique des initiatives individuelles des créanciers dans la procédure de liquidation judiciaire, manifestation de l'impossible sauvetage de l'entreprise. Il convient dès à présent d'étudier le fondement de cette reprise (§1), qui a inéluctablement un impact sur la mise en œuvre des poursuites des créanciers contre les garants (§2).

² On pourrait également convertir la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire lorsque la cessation de paiement aura été constatée pendant cette procédure

³ C.com. L.631-1

⁴ C.com. art. L. 640-1

⁵ C.com. art. L.622-28 et art. L. 626-11: « (...) jusqu'au (...) jugement prononçant la liquidation judiciaire »

Paragraphe 1 : Fondement de la reprise

Les créanciers retrouvent en principe l'exercice des prérogatives que leur confèrent les garanties qui leur ont été données par les garants. Il s'agira essentiellement des prérogatives nécessaires pour appeler les garants à garantie, ces prérogatives se retrouvent aussi bien dans le « droit au paiement des créances » que dans le « droit de poursuivre les garants ». De même qu'elles peuvent être appréhendées des conséquences qui sont attachées⁶ à l'exercice de ces deux droits, suspendus pour assurer l'efficacité du sauvetage de l'entreprise. Les autres faveurs accordées aux garants leur sont également supprimées telles que le bénéfice de la règle de l'arrêt du cours des intérêts dans la procédure de redressement judiciaire⁷, ainsi que le bénéfice des dispositions du plan pour les raisons que nous avons précisé dans notre première partie.

En droit des procédures collectives, le législateur est à la recherche permanente d'une conciliation entre les intérêts divergents des créanciers et ceux de ses débiteurs en général, et ceux des garants en particulier. Les avantages accordés au garant imposent des sacrifices aux créanciers de telle sorte que la restauration de certaines prérogatives des créanciers suppose la suppression totale⁸ ou partielle du régime de faveur accordé au garant en vue de favoriser le sauvetage de l'entreprise. Même s'il est vrai comme nous le constateront infra que certains garants seront traités plus sévèrement que d'autres. C'est pourquoi nous verrons dans un premier temps que la reprise des initiatives individuelles des créanciers se justifie que si les garants perdent leur protection judiciaire (A). Or, une telle solution suppose la primauté des intérêts des créanciers dans la procédure de liquidation judiciaire (B).

A/ Perte de la protection judiciaire des garants

Le sauvetage improbable ou impossible de l'entreprise fragilise considérablement la situation du garant. Il s'agit d'un long processus qui trouve son plein aboutissement dans la procédure de liquidation judiciaire, l'idée est que plus l'« état de santé » du débiteur s'aggrave plus, plus le créancier retrouve la plénitude de ses droits et plus infamante est la situation du garant⁹. Ainsi on peut se demander si ces principaux avantages, que sont le profit de la suspension des poursuites des créanciers antérieurs et ceux postérieures non éligibles et la règle de l'interdiction des paiements, lui sont retirés.

⁶ Nous faisons allusion ici au droit réel et au droit personnel dont disposent en principe les créanciers. Ces droits sont effectivement paralysés par l'ouverture de la procédure.

⁷ V. à ce sujet nos développements consacrés à l'arrêt du cours des intérêts de la section 2 du chapitre 2 de notre première partie (les intérêts arrêtés ne peuvent plus être reprises).

⁸ Nous feront observer sur ce point que les garants ne perdront totalement tous les avantages qui leur auront été donné dans la sauvegarde et le redressement judiciaire car en réalité même dans la liquidation judiciaire il demeure un espoir de sauver l'entreprise.

⁹ Par exemple, en phase de redressement judiciaire le garant personne physique ne pourra plus se prévaloir de la règle de l'arrêt du cours des intérêts (C.com. art. L. 631-14, II), de même qu'il ne pourra pas se prévaloir des dispositions du plan de redressement (C.com. art. L. 631-20).

1. La règle de la suspension des poursuites

Le principe de la suspension des poursuites des créanciers antérieurs et de certains créanciers postérieurs contre les garants est consacré par les dispositions de l'article L. 622-28 alinéa 2 du code de commerce et ce, pendant la période d'observation de la sauvegarde et du redressement judiciaire. Cette mesure est cependant étendue « jusqu'au jugement (...) prononçant la liquidation judiciaire (...) ». En d'autres termes dès le prononcé de la liquidation judiciaire, le créancier serait recevable à agir contre le garant (et sans besoin de notifier préalablement le jugement prononçant la liquidation à la caution)¹⁰. Ainsi à première vue, la règle de la suspension des poursuites semble se limiter à la seule période d'observation tandis que la liquidation judiciaire semble l'ignorer¹¹.

La suspension des poursuites à l'égard des garants pendant la période d'observation est temporaire et se justifie par le souci d'assurer la réussite de la sauvegarde ou du redressement judiciaire. Il s'agit de raison purement d'efficacité de la procédure. Il est donc logique que les créanciers retrouvent leur droit de poursuite dès lors que l'objectif visé par la suspension n'a pas été atteint. Les garants perdent donc leur bénéfice de la suspension des poursuites lorsque le débiteur ne dispose plus de chances réelles d'être sauvé. La situation du garant se trouve dès lors défavorisée par rapport à celle du débiteur qui continue à profiter de l'arrêt des poursuites sauf lorsque l'inertie du débiteur est constatée.

Ainsi, par exemple s'agissant de la situation des codébiteurs solidaires, il est admis que si le jugement de clôture de la liquidation judiciaire ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice de leurs actions contre le débiteur, cette exception purement personnelle à ce dernier ne peut pas être opposée par le codébiteur solidaire¹². Par ailleurs, les créanciers qui recouvrent leur droit de poursuite individuelle après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne peuvent l'exercer qu'en obtenant un titre exécutoire délivré par le président du tribunal de la procédure collective¹³.

Les créanciers pourront donc poursuivre les garants en paiement de leur créance. Ils pourront être payé soit directement par le garant soit indirectement lorsque son paiement nécessitera l'accomplissement de certaines formalités ou procédures. Par exemple les créanciers gagistes détenteurs pourront solliciter du juge la vente aux enchères du bien gagé pour se faire payer sur le prix de la vente à hauteur de sa créance. De même que le créancier pourra réaliser des saisies sur les avoirs bancaires de la caution en vue de se faire payer. Il pourra donc exercer les voies d'exécution contre le patrimoine du garant in bonis comme nous le verrons dans le deuxième chapitre de cette deuxième partie.

¹⁰ Cass.com. 27 fév. 2007, Rev. proc. coll. 2007, 135, obs. F. MACORIG-VENIER; Gaz. Pal. 13-14 avr. 2007, p. 56, obs. P.M. LE CORRE.

¹¹ L'art. 161 de la L. 1985 al. 1^{er} confortait cette position en disposant que « les créanciers titulaires (...) d'un nantissement ou d'une hypothèque (...) peuvent dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances, même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuel si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans un délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ».

¹² Cass.com. 24 mars 2004, Rev. proc. coll. 2004, 232, obs. MACORIG-VENIER.

¹³ Cass.com. 14 janv. 2004, Rev. proc. coll. 2005, 213, obs. MACORIG VENIER ; JCP E 2004, n° 22, p. 857, obs. CABRILLAC.

Cependant, sur le fondement du caractère accessoire, certains garants auraient pu continuer à profiter de la suspension des poursuites durant le déroulement de la procédure comme le débiteur qui, nonobstant l'impossibilité de sauver l'entreprise est une fois de plus à l'abri de certaines poursuites. Le sort des garants accessoires devra à notre avis être aligné sur celui du débiteur qui ne peut être poursuivi que sous certaines conditions¹⁴.

Mais il semble que cette solution par nous préconisée n'est pas celle admise par le législateur. En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 643-11, II du code de commerce qui dispose que « (...) la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci » dès le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. L'enseignement que nous pourrions tirer de cette disposition est que la caution ou le coobligé peuvent être appelé en garantie durant le déroulement de la liquidation judiciaire.

2. La règle de l'interdiction des paiements

L'arrêt des poursuites contre le débiteur est généralement considéré comme le corolaire de l'interdiction des paiements. Autrement dit, c'est parce qu'il est interdit au débiteur de payer que les créanciers ne peuvent introduire contre lui des actions en condamnation de paiement. Mais comme nous l'avons déjà vu dans la première partie de notre étude, l'interdiction de paiements ne profite pas expressément aux garants comme c'est le cas de la suspension des poursuites où le législateur a adopté une disposition spéciale pour l'appliquer au garant (C.com. art. L.622-28). Certainement que le législateur a considéré que c'était un acquis pour le garant dès lors qu'il bénéficiait expressément de la règle de la suspension des poursuites.

En principe, le droit commun des sûretés permet au créancier titulaire d'une sûreté et dont la créance est impayée de saisir le garant en vue de se faire payer. Cela suppose qu'une action en justice est nécessaire pour qu'il recouvre sa créance, il bénéficie de tous ses droits sur cette dernière. Mais en droit des procédures collectives, l'application de ces principes du droit des sûretés n'est pas automatique, elle dépend de la réussite de la procédure. Ainsi, les principes qui pourront permettre au débiteur de maintenir son activité économique seront maintenues et appliqués, tandis que d'autres seront purement et simplement écartés¹⁵ ou même en partie. En revanche, ceux qui lui permettront de payer le créancier lorsqu'il est impossible de sauver l'entreprise devront être généralement appliqués en toute logique.

Il en résulte donc que le sort du garant est ici très distinct de celui du débiteur du moins pour ce qui est de certains garants qui perdent leur protection judiciaire. Cette perte permet cependant d'assurer le règlement des créanciers.

¹⁴ En cas de clôture de l'entreprise pour insuffisance d'actif, certains créanciers vont retrouver leur poursuite. Par exemple la caution qui aura payé le créancier pourra se retourner contre le débiteur et exiger son paiement.

¹⁵ En droit commun des sûretés, il est autorisé au créancier de poursuivre le garant en vue de recouvrer sa créance en utilisant les moyens de droit qui lui sont accordés (rétention, saisie attribution de créances...). En droit des procédures collectives certains de ces moyens sont paralysés dès lors qu'ils constituent un obstacle au sauvetage de l'entreprise.

B/ Primauté des intérêts des créanciers

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 640-1 du code de commerce la procédure de liquidation judiciaire est destinée « à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ». Cette procédure n'a pas pour objectif de rechercher le sauvetage de l'entreprise comme tel est le cas dans la sauvegarde et le redressement judiciaire. Cependant, si l'on considère la conciliation¹⁶ comme « le meilleure » procédure, il faut considérer la liquidation comme « le pire ».

La chance est donnée au débiteur dans la procédure de sauvegarde pour sauver son entreprise et le fait pour de ne pas la saisir l'expose aux dures réalités de la procédure de liquidation judiciaire dont la priorité n'est plus de sauver l'entreprise mais plutôt de réaliser l'actif de l'entreprise et d'apurer son passif. L'heure n'est donc plus au sauvetage de l'entreprise par le débiteur¹⁷ encore moins d'accorder une nouvelle chance au débiteur.

Lorsque l'entreprise ne peut plus être sauvée, le droit des procédures collectives retrouve son esprit et ses fonctions traditionnelles qui consistaient à la réalisation des actifs du débiteur dans les meilleures conditions afin de procéder à l'apurement collectif du passif. L'apurement du passif est l'objectif majeur de la procédure de liquidation judiciaire, mais le souci de sauver l'entreprise¹⁸ dans cette procédure est toujours présent. La réalisation de cet objectif suppose donc que les intérêts du créancier passeront avant ceux du débiteur et du garant. L'idée est que même lorsqu'il y a cession (totale ou partielle) de l'entreprise, l'un des objectifs du plan de cession est d'apurer le passif, le repreneur s'engageant à payer un prix qui sera réparti entre les créanciers. Le souci de payer les créanciers dans la liquidation judiciaire est donc constant dans la procédure de liquidation judiciaire.

Etant entendue que le régime de protection dont bénéficient les garants dans la sauvegarde et le redressement judiciaire est justifié par la nécessité d'assurer le sauvetage de l'entreprise, on peut conclure qu'en cas d'impossible sauvetage de l'entreprise le garant perd ses avantages (Cf. supra) et la balance penchera dans ce cas de figure du côté des créanciers. Retrouvant « son droit au paiement », il mettra en œuvre sa garantie et poursuivra le garant en paiement.

Paragraphe 2 : Mise en œuvre des poursuites dans le déroulement de la procédure

En ce qui concerne la conciliation des intérêts des garants et ceux des créanciers voire ceux du débiteur, droit des entreprises en difficulté apparait pour nous comme une balance qui penche soit à gauche, soit à droite mais qui n'est jamais en équilibre. En d'autres termes, les

¹⁶ La conciliation peut être demandée dans les 45 jours qui suivent la date de cessation des paiements, le cas échéant la liquidation sera effective. La conciliation a donc lieu non seulement avant l'ouverture de la sauvegarde mais aussi en liquidation judiciaire.

¹⁷ Il faut observer que le sauvetage est toujours possible dans la liquidation judiciaire, mais il ne sera pas l'œuvre cette fois ci du débiteur mais plutôt d'un tiers repreneur.

¹⁸ Contrairement à la sauvegarde et au redressement judiciaire (tant que le redressement est encore possible) où le sauvetage de l'entreprise est en principe envisagé par le débiteur lui-même, le sauvetage de l'entreprise (l'emploi et l'outil de production) en procédure de liquidation judiciaire sera généralement l'œuvre d'un tiers repreneur.

mesures de faveurs accordées au garant défavorisent la situation du créancier, de même que la perte des avantages consentis au garant permettront au créancier de retrouver certaines prérogatives. Dès lors on peut légitimement se demander si la restauration dont semble bénéficier les créanciers dans la liquidation judiciaire affaibliront la situation du garant.

Le baromètre de l'état du garant dans la procédure est son niveau de protection contre les poursuites des créanciers car ces dernières ont généralement pour but de le condamner au paiement de la dette du débiteur et donc de porter un coup à son patrimoine. Quoi de plus normal pourrait on dire puisqu'il a volontairement accepté de se porter garant pour couvrir le risque d'insolvabilité du débiteur. Toutefois, il convient d'examiner les poursuites contre les garants dans les deux principales étapes de la liquidation judiciaire à savoir la cession de l'entreprise (A) et la clôture pour insuffisance d'actif (B).

A/ Poursuites contre les garants en cas de cession de l'entreprise

Aux termes des dispositions de l'article L.642-1 du code la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. Il s'agit des finalités qui étaient déjà prévues dans la législation antérieure à la Loi de sauvegarde et qui présidaient à la cession de l'entreprise en redressement judiciaire¹⁹. Les objectifs du législateur sont donc clairs ; assurer le sauvetage de l'entreprise même dans la liquidation judiciaire et même si cela ne résulte pas de l'initiative ou des efforts du débiteur.

La cession ne portera cependant pas sur l'entreprise en tant que entité économique mais plutôt sur les éléments nécessaires et suffisants à l'exercice de l'activité économique. Néanmoins, la cession peut être totale et porter sur l'ensemble des éléments de l'activité économique du commerçant, de l'artisan, de l'agriculteur ou du professionnel indépendant²⁰, ou alors elle sera partielle et ne portera que sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes de l'activité.

Peuvent ainsi être cédés, les contrats du débiteur en liquidation judiciaire (art. L. 642-7) dont le législateur prévoit qu'ils continueront aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure²¹. Toutefois, la jurisprudence décide que le cessionnaire n'a pas à payer les dettes nées du contrat antérieurement au jugement d'ouverture²². Ce point intéresse particulièrement le sort de certains garants dont il convient d'examiner le sort.

1. Transfert des sûretés

L'alinéa 4 de l'article L. 642-12 du code de commerce dispose que « la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces

¹⁹ La cession consistait en un plan de cession de redressement au sens de l'anc. art. L. 621-83.

²⁰ Cass.com. 22 avr. 1997, D. 1998, somm. p. 11 et 100.

²¹ Cass.com. 16 sept. 2008, n° 06-17. 809 : Act. proc. coll. 2008-17, n° 270, comm. E. Le CORRE BROLY ; D. 2008, p. 2345, obs. A. LIENHARD.

²² Cass.com. 14 avr. 1992, JCP E 1993, II, 391, note LEVY ; JCP 1993, I, 236, obs. PETEL.

sûretés est transmises au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie ». Il résulte de ces dispositions que les créanciers titulaires des sûretés réelles spéciales telles que le nantissement sur l'outillage ou le matériel professionnel conservent leur garantie à condition que les sûretés dont ils sont titulaires garantissent le paiement du prix d'achat ou du crédit de financements du bien cédé. Les créanciers titulaires de ces garanties pourront par conséquent poursuivre le concessionnaire en paiement tandis que les garants initiaux seront libérés de leur garantie du fait de la cession des sûretés qu'ils ont garantis. Le cessionnaire devra donc supporter la charge de la garantie à hauteur du paiement des échéances restantes à la date de la cession.

Par ailleurs, si le cessionnaire ne peut payer les dettes nées du contrat antérieurement au jugement d'ouverture et que le débiteur n'est plus en mesure d'effectuer quelques paiements que ce soient, il va bien falloir que le créancier recouvre sa créance. Le législateur ne désigne pas expressément la personne qui devrait supporter cette charge, dès lors il faut interroger la jurisprudence pour en savoir plus. Celle-ci évoque la question et suggère que la caution reste garante uniquement des dettes antérieures à la cession du chef du cédant²³ et non les obligations passées à la charge du cessionnaire²⁴.

En l'espèce, deux époux s'étaient portés cautions d'une société en vue de garantir un prêt qui lui avait été consenti par une autre société. Par la suite une procédure de redressement a été ouverte à l'encontre de la société débitrice principale qui a fait l'objet d'une cession. Le contrat de prêt initialement conclu par les deux sociétés avait été cédé par le repreneur. C'est ainsi, qu'admise au passif la société créancière s'est retournée contre les cautions afin de se faire payer par elles. La Haute juridiction rejetant le pourvoi formulé par les cautions, avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel, en décidant que « le contrat dans l'exécution duquel le repreneur succède au débiteur en redressement judiciaire étant celui là même qui liait le contractant cédé au débiteur, il en résulte que ce dernier n'est pas déchargé du passif contractuel afférent à sa propre gestion et que, si la caution n'a pas à garantir les créances nouvelles nées du chef du repreneur depuis la cession, elle demeure tenue au titre des créances nées du chef du débiteur antérieurement à la cession »²⁵.

La Haute juridiction prévoit par ailleurs, l'hypothèse d'un prêt cédé et donc la remise des fonds à l'emprunteur avant le jugement d'ouverture emporte comme conséquence que la caution reste garante de toutes les échéances dues par le cessionnaire du contrat²⁶.

²³ Cass.com. 12 oct. 1993, D. 1994, p. 353, note O. PLAYOUST

²⁴ Cass.com. 21 nov. 1995, D. 1996, somm. p. 336, obs. L. AYNES

²⁵ Bien que cet arrêt de la Cour de cassation ait confirmé l'arrêt de la cour d'appel soumis à sa cassation, il s'appuie néanmoins sur des motifs de pur droit jugeant erronés ceux de la cour d'appel.

²⁶ Cass.com. 3 avr. 2002, Act. proc. coll. 2002-11, n° 143.

2. Sort de la fiducie-sûreté (art. L. 642-7 in fine)

S'agissant du sort de fiducie-sûreté, que nous évoquerons ici par anticipation, il faut se référer aux dispositions de l'article L.642-7 du code de commerce²⁷. En effet, aux termes de celles-ci, « la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un bien ou d'un droit transféré à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie ». Cette disposition permet au créancier bénéficiaire de s'opposer à ce que le cessionnaire utilise à titre gratuit les actifs fiduciaires qui en réalité ne font pas partie du patrimoine du débiteur. Par ailleurs, elle constitue la manifestation de la volonté du législateur de protéger le créancier fiduciaire ou le bénéficiaire de la fiducie. En effet, ce dernier peut craindre que, du fait de l'application à la fiducie-sûreté du régime des contrats en cours, la convention de mise à disposition du bien objet de la fiducie puisse être transférée au cessionnaire.

Ces dispositions semblent plutôt concerner uniquement le débiteur qui aura cédé un bien en garantie de sa dette et qui aura conservé l'usage et la jouissance de ce bien pour les besoins de son activité. Elle ne concernerait donc pas le tiers constituant d'une fiducie. Cela s'explique certainement par le fait que ce dernier n'est pas concerné directement par la cession de l'entreprise en ce sens qu'il reste généralement en possession des biens ou droit qu'il aura cédé au créancier bénéficiaire, quand ils ne sont pas en possession de ce dernier. Le tiers garant ne semble donc pas être déchargé de sa garantie. Le sort du garant en cas de cession d'entreprise, nonobstant la restauration des droits des créanciers, subit très peu d'atteintes comme on aurait pu le croire à partir du moment où le sauvetage de l'entreprise n'est plus envisagé. Même s'il faut le reconnaître il apparaît une certaine hétérogénéité dans le traitement de ces derniers, certains étant plus favorisés que d'autres, non pas toujours du fait de l'application des règles qui gouvernent les garanties qu'ils ont garantie, mais de la volonté du législateur.

Il faut dès à présent s'intéresser à la situation du garant en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif c'est-à-dire au cas où le débiteur se révélerait définitivement insolvable. Le garant pourra-t-il être immédiatement mis à contribution du paiement de la dette du débiteur à travers les poursuites du créancier, ou sera-t-il « miraculeusement » soustrait de ses obligations de garantie de la dette du débiteur, ou encore son sort sera-t-il aligné sur celui du débiteur qui en réalité est déjà réhabilité ?

B/ Poursuites contre les garants en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif

Une procédure peut s'achever pour diverses raisons, soient parce que les difficultés de l'entreprise ont disparues, soient parce qu'il y eu adoption d'un plan ou encore parce qu'il y a

²⁷ Cass.com. 19 juill. 2002, Act. proc. coll. 2001, n° 201, obs. VALLANSAN.

clôture pour insuffisance d'actif. Cette dernière hypothèse est exclusive à la procédure de liquidation judiciaire²⁸.

1. Définition et appréciation de l'insuffisance d'actifs

Comme nous le suggère P.M. Le CORRE, « il faut toujours débiter par définir si l'on ne veut pas finir par buter »²⁹, il convient d'abord de définir l'insuffisance d'actif. Le seul problème c'est que le législateur n'a pas donné de définition de cette locution et dans ces conditions on a toujours recours à la jurisprudence et à la doctrine. En effet, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'insuffisance d'actif suppose une absence totale d'actifs réalisables³⁰. Par conséquent, un arrêt de la même Cour en a déduit que tant qu'il existe un actif permettant de désintéresser au moins partiellement les créanciers, il est impossible de prononcer la clôture pour insuffisance d'actif³¹. Il s'agit donc d'une insolvabilité définitive du débiteur³².

Certains effets de la clôture de la procédure pour insuffisance sont déterminés par les dispositions de l'article L. 643-11, I du code de commerce qui dispose que ladite clôture « ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ». Cette disposition rassure le débiteur et le met comme dans la sauvegarde et le redressement judiciaire à l'abri des actions en justices des créanciers titulaires de garanties qui se sentiraient lésés par l'issue de la procédure. Mais le souci du législateur demeure constant en ce sens qu'il entend par cet arrêt ou cette interdiction des poursuites, favoriser la continuité de l'activité et le maintien de l'équilibre social à travers la création d'entreprises nouvelles porteuses d'emplois, à défaut d'assurer le sauvetage de l'entreprise.

On retiendra donc de ces dispositions que le droit des créanciers de recouvrer leurs créances contre le débiteur est définitivement éteint dans les conditions définies dans l'article L. 643-11, I mais leurs créances ne sont pas pour autant éteintes. C'est donc dire si ces dispositions ne profitent qu'au seul débiteur.

2. Situation du garant

La question que l'on pourrait naturellement se poser est de savoir si ces mesures sont applicables aux garants de façon à aligner une fois de plus leur sort sur celui du débiteur qui semble être là encore protégé par le législateur.

La logique voudrait en effet qu'on applique lesdites mesures à la situation des garants notamment celle de la caution, d'autant plus que le législateur a jusque aligné leur sort sur celui du débiteur. Cela pourrait par ailleurs, se justifier par le caractère accessoire des sûretés en ce sens qu'elles sont par essence liées au rapport fondamental unissant le débiteur principal

²⁸ C.com. art. L. 643-9 dispose qu'une procédure de liquidation judiciaire peut être close soit pour extinction du passif, soit pour insuffisance d'actif lorsque l'insolvabilité définitive du débiteur est constatée.

²⁹ P.M. LE CORRE, Les clôtures, Rev. proc. coll. 2008, doss. p. 137.

³⁰ Cass.com. 5 mars 2001, Act. proc. coll. 2002-8, n° 108.

³¹ Cass.com. 9 nov. 2004, Act. proc. coll. 2004, n° 247.

³² Cf. C.com. art. R. 643-16 à R. 643-18 pour les besoins de la procédure.

au créancier. Pour ne prendre qu'un cas très extrême de la garanti à première demande, tous sont unanimes pour lui reconnaître une indépendance au rapport fondamental, mais en même temps le donneur d'une telle garantie s'engage sur la base de l'obligation du débiteur principal de telle sorte qu'il ne saurait s'engager en l'absence de ce lien principal.

Tel ne semble pas être la position du législateur qui n'a pas prévu de dispositions particulières sur la situation des garants en cas de liquidation judiciaire du débiteur. Omission ou volonté manifeste de ne pas trancher la question ou encore incapacité révélée de rester cohérent dans le fondement de ses positions ? Rien n'est certain. C'est pourquoi il convient de procéder à un examen des diverses pistes que nous offre le législateur ou la jurisprudence.

D'abord, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 juin 1993³³ a décidé que le créancier impayé pouvait agir contre le codébiteur solidaire ou la caution qui n'est pas libérée. En l'espèce, l'épouse d'un associé unique dans une société unipersonnelle s'était portée caution de la société auprès d'une banque et la société se trouvait ultérieurement mise en liquidation judiciaire, laquelle a été clôturée pour insuffisance d'actif. L'épouse assignée par le créancier en sa qualité de caution faisait valoir que le créancier qui est privé de l'exercice de son droit de créance contre le débiteur principal, se trouve du même coup privé de l'exercice de son droit contre la caution solidaire du débiteur principal. (2^e moyen : la dette d'une société unipersonnelle ne pouvait valablement être cautionnée à titre personnel tant par l'associé unique que par son conjoint sans que la société en cause ne perde sa qualification de société unipersonnelle).

La Haute juridiction décide que si, « en application de l'article 169 de la loi de 1985³⁴, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leur action contre le débiteur dont la liquidation judiciaire a fait l'objet d'une clôture pour insuffisance d'actif, ils conservent, la dette n'étant pas éteinte, le droit de poursuite à l'encontre de la caution du débiteur ». Cet arrêt de rejet est moins favorable à la situation du garant notamment de la caution, il déroge par ailleurs au caractère accessoire du cautionnement pour favoriser la situation du débiteur définitivement insolvable. La caution est de ce fait tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

C'est pour tempérer cette flagrante injustice faite à la caution que le législateur est intervenu en édictant la règle selon laquelle les cautions ou coobligés qui ont payés au lieu et place du débiteur conserve leur recours contre ce dernier (C.com. art. L. 643-11-II). Ce recours impose cependant à la caution de requérir un titre exécutoire auprès du président du tribunal de la procédure³⁵. On peut déduire de la situation de la caution celle des autres garants. Ceux-ci sont perdent donc le profit de la suspension des poursuites en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Ils peuvent donc valablement tous être poursuivis par les créanciers.

³³ Cass.com. 8 juin 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 911, note M. JEANTIN

³⁴ Art. 169 L. 1985 devenu C.com. art. L. 643-11.

³⁵ Cass.com. 16 juin 2004, Act. proc. coll. 2004-16, n° 205, obs. P. CAGNOLI.

Nous pensons cependant que cette solution vient allonger la liste des mesures incohérentes adoptées par le législateur en ce sens que par exemple les autres garants accessoires tels que le garant autonome ne se voit pas explicitement accordé les faveurs d'un tel recours. On peut tolérer que le législateur crée légitimement certaines inégalités pour sauver l'entreprise, mais il serait souhaitable que tous les garants soient traités au même pied d'égalité à défaut de faire jouer pleinement, les règles de droit commun des sûretés qui les caractérisent, en cas de clôture pour insuffisance d'actif.

Mieux, le recours reconnu à l'article L. 643-11 apparaît comme un « cadeau empoisonné » pour la caution dans la mesure où la caution risque de ne jamais pouvoir recouvrer sa créance envers la caution. Deux hypothèses nous permettent de conforter cette position. D'abord, si le débiteur est une personne morale la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif emportera la disparition de ladite personne morale. Le recours de la caution s'en trouverait caduc et pourrait ne pas être effectif ou du moins il sera difficile à exercer. Ensuite, à considérer que le débiteur soit une personne physique, si le recours peut être effectivement exercé le fait est que le débiteur étant déjà insolvable il ya des risques qu'il ne puisse pas payer la caution à moins qu'il ne redevienne in bonis. La situation de la caution est très infamante en même temps qu'elle est incertaine nonobstant l'existence du recours défini à l'article L. 643-11 sus visé.

Une fois les prérogatives ou les droits des créanciers restaurés ces derniers pourront en user afin de les faire valoir. Leur exercice sera cependant nécessaire pour contraindre le garant au paiement de la dette du débiteur principal.

Section 2 : Paiement de la créance par le garant

Le droit commun prévoit d'une part que le garant soit appelé à garantie en cas de survenance du risque contre lequel le créancier s'est prémuni, il devra donc payer le créancier. D'autre part, la jurisprudence a érigé en principe la règle selon laquelle pour qu'une créance puisse être recouvrée, elle doit être certaine, liquide et exigible. Cette dernière notion doit être cependant assimilée à l'échéance en ce sens qu'elle suppose que la dette doit être échue pour que le créancier puisse solliciter son paiement.

Cette notion est très présente dans le droit des procédures collectives et fait l'objet de plusieurs dispositions relatives aux effets du jugement d'ouverture sur le moment du paiement de la créance du débiteur. L'impossible sauvetage de l'entreprise ayant pour finalité d'apurer le passif et donc de payer les créanciers, ce paiement (§2) suppose que leurs créances sont devenues exigibles (§1).

Paragraphe 1 : Exigibilité des créances

Le droit des entreprises en difficulté a la particularité d'adapter les principes de droit commun à la situation particulière du débiteur, soit en prenant le risque de d'y déroger, soit

elle en fait une simple application dès lors que le législateur estime qu'ils ne constituent pas un obstacle au profit de la réussite de la procédure.

L'application de la notion de l'exigibilité n'échappe pas à cette règle et bien d'auteurs ont souvent critiqué l'application qu'en faisait le législateur lors de l'ouverture de la procédure obligeant ce dernier à revoir parfois sa copie. De même que la jurisprudence et le droit communautaire ont parfois influencé la position du législateur sur ce point. L'idée était que l'ouverture de la procédure avait une incidence sur l'exigibilité des créances de telle sorte que le législateur de la Loi de sauvegarde postule l'exigibilité de la créance en cas d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire (B) contrairement à la législation antérieure à ladite Loi (A).

A/ Législation antérieure à la Loi de sauvegarde

L'article 37 alinéa 1 de la Loi du 13 juillet 1967 disposait que « le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens rend exigibles à l'égard du débiteur, les dettes non échues ». C'est ce que prévoyait d'abord l'ancien article 475 du code de commerce en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens. Autrement dit, l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire permettait au créancier dont la dette n'était pas échue d'anticiper son paiement. Le débiteur devait donc le payer avant la déchéance du terme de sa dette en plus des dettes déjà échues, ce qui au demeurant constituait une érosion à la situation du débiteur qui n'en demandait pas autant. Cette solution favorable au créancier constituait par ailleurs, une dérogation au droit des obligations qui postule le respect de la volonté contractuelle des parties c'est-à-dire de la force obligatoire des conventions légalement formées³⁶. Et comme le dit Alain Lienhard « il n'y pas de raison de rendre exigible ce qui ne l'est pas »³⁷, que les dettes échues soient exigibles cela se justifie mais que celles non encore échues le soient lèse le débiteur déjà en difficulté.

Ces dispositions manifestement injustes et sévères pour le débiteur ont été modifiées par la Loi du 25 janvier 1985. En effet, son article 56 énonce que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne rend pas exigible les créances non échues à la date de son prononcé. Cette disposition cadre avec la philosophie de la loi de 1985 qui était d'améliorer la situation du débiteur afin favoriser son redressement. C'est pourquoi il est ajouté dans ce même article que « toute clause contraire est réputée non écrite », le législateur à travers cette disposition a du craindre que les créanciers ne contournent cette absence de déchéance du terme à travers des clauses insérées dans les contrats conclus avec le débiteur.

Cependant, cette absence de déchéance du terme ne concernait que la période de redressement judiciaire, ce qui veut dire que les créanciers des dettes non échues à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre du débiteur, pouvaient valablement solliciter ce dernier en paiement.

³⁶ Les parties ayant fixé un terme pour le paiement de la dette, la créance aurait du être exigible à la date prévue par les parties dans leur contrat sauf clause contraire.

³⁷ A. LIENHARD, Procédures collectives, Delmas 2009, 3^e éd. n° 971.

Ces nouvelles dispositions apportées par la Loi de 1985 sont critiquées par certains auteurs dont notamment, le Professeur Bernard SOINNE qui pense que la mesure éditée en 1967 était plus appropriée en ce qu'elle simplifiait le déroulement de la procédure contrairement à celle de 1985 qui ne faisait que la rendre plus complexe³⁸. En effet, l'auteur justifie sa position par le fait que la déchéance du terme retenue en 1967 est en réalité le nécessaire corolaire de toute procédure de règlement de l'ensemble du passif. Aussi, elle permettait de mettre tous les créanciers sur un même pied d'égalité sans qu'il n'ait besoin de distinguer les créanciers de dettes échues et ceux des dettes non échues en même temps qu'elle constatait la cohérence des dispositions adoptées par le législateur³⁹.

Quant à la situation des garants, elle n'était pas la plus reluisante. On peut d'abord observer que ces derniers, dans les deux lois de 1967 et de 1985, n'étaient pas concernés par les précédentes dispositions que nous venons d'évoquer. On peut en conclure que l'ouverture d'une procédure de redressement, même de liquidation judiciaire a toujours rendu exigibles, à leur égard, les créances non échues à la date de son prononcé. Ensuite, on pourrait également déduire qu'étant entendu que les garants ne bénéficiaient pas jadis du régime de protection qu'ils ont dans la législation actuelle, ils faisaient l'objet de nombreuses sollicitations de la part des créanciers toutes les fois que ces derniers ne pouvaient obtenir un quelconque paiement du débiteur principal. On peut donc regretter qu'à cette période de la législation des procédures collectives que le caractère accessoires de certaines garanties telles que la caution n'aient pas bénéficié de l'absence de la déchéance du terme. Sans doute que le législateur considérait que leur sort ne pouvait avoir d'impact sur la réussite de la procédure. Ou encore pensait-il profiter de leur bonne santé financière pour répondre des dettes dont le débiteur ne pouvait assurer le paiement.

B/ Sous l'empire de la Loi de sauvegarde : règle de la déchéance du terme pour le débiteur en liquidation judiciaire

Le moment de paiement de la dette du débiteur principal par le garant, sous l'empire de la loi de sauvegarde dépendra lui aussi de la nature de la procédure. Il faut ainsi distinguer les procédures de la sauvegarde et du redressement judiciaire d'une part, et la procédure de liquidation judiciaire d'autre part.

1. Maintien du terme dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire

Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne rend plus exigibles les créances non échues à la date de son prononcé (C.com. art. L. 622-29)⁴⁰, autrement dit, il n'a pas d'incidence sur l'exigibilité des créances. Cela peut se justifier par la nature de ces deux procédures qui ont pour finalité de parvenir au sauvetage de

³⁸ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec 1995, 2^e éd. n° 1976.

³⁹ Sur ce point l'auteur prend l'exemple de la règle de la suspension du cours des intérêts qui joue pour tous les créanciers, qu'ils soient ou non titulaires de sûretés réelles spéciales et que la créance soit ou non à terme conformément aux dispositions de l'anc. art. L. 55 C.com.

⁴⁰ Dans la sauvegarde et le redressement judiciaire, la loi de sauvegarde a simplement repris les dispositions de la loi de 1985 (C.com. art. L. 55).

l'entreprise. Mais, comme certains auteurs tel que B. SOINNE, nous pensons que cette disposition est inutile à plus d'un titre.

D'abord, la déchéance du terme contre le débiteur suppose que le créancier soit mis dans les conditions qui lui permettent de recouvrer sa créance, autrement dit, qu'il jouit de toutes ces prérogatives qu'il détient sur ladite créance notamment le droit de se faire payer. Or, le législateur interdit déjà au débiteur de payer les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure et les créanciers non préférentiels postérieurs à l'ouverture de la procédure. On n'aurait donc pu s'en passer de cette disposition.

Ensuite, si le créancier cherche à se faire payer par le débiteur avant l'échéance du terme, le débiteur pourra lui opposer la règle de l'arrêt des poursuites qui, non seulement suspend toutes les actions en paiement des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, mais interdit toutes les actions nouvelles contre le débiteur. En revanche, l'absence de déchéance du terme ne serait nécessaire que dans l'hypothèse des délais de plan de continuation de sauvegarde et de redressement judiciaire et là encore dans une moindre mesure notamment pour ce qui est des délais de règlements des dividendes du plan de continuation conformément à l'article L. 621-76 alinéa 1 du code de commerce. Dans ce cas, plutôt que de lier le maintien du terme à l'ouverture de la procédure, il aurait été nécessaire de l'évoquer dans la rubrique réservée à l'arrêt du plan de continuation ou à son exécution en générale.

Comme nous l'avons déjà observé, le maintien du terme qui profite au débiteur dans la période d'observation tend à se justifier par le possible sauvetage de l'entreprise, le cas échéant on peut craindre la déchéance du terme.

2. Déchéance du terme lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre du débiteur.

En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 643-1 du code de commerce « le jugement qui ouvre ou qui prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues ». Et cet article n'apporte aucune autre précision sur la nature des créances, s'agit-il des créances antérieures, postérieures éligibles ou non éligibles comme dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires. Il faut en conclure que le législateur n'a pas entendu faire de distinction, l'idée est que toutes les créances sont exigibles sans aucune distinction.

Par ailleurs, le prononcé de la liquidation judiciaire emporte déchéance du terme à tel point que les créances à échoir deviennent exigibles par l'effet du jugement⁴¹ à moins que le tribunal ne décide de la poursuite de l'activité (par un tiers) au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisagée. En effet, contrairement aux textes antérieurs, la Loi de sauvegarde prévoit une exception à l'exigibilité immédiate des créances en cas de liquidation

⁴¹ C.com. anc. art. L. 622-22

judiciaire⁴². Les créanciers seront effectivement payés par le cessionnaire aux échéances fixées par le tribunal.

Inapplication de la déchéance du terme à la caution

Mais une question nous intéresse encore plus, c'est celle qui consiste à savoir si cette règle de déchéance applicable au débiteur en liquidation judiciaire peut l'être à l'égard du garant. A ce sujet, il faut observer que le garant (du moins la caution) n'est nullement évoqué que ce soit dans les dispositions antérieures relatives à la déchéance (C.com. anc. art. L. 621-94 et L. 622-22 al. 1), que ce soit dans la Loi de sauvegarde avec l'article L. 643-1 al. 3. On en déduit que cette règle est propre au débiteur et ne concerne que lui seul, elle n'a pas en principe de conséquences sur la situation de la caution qui doit honorer ses engagements pris envers les créanciers dans les conditions fixées par le cautionnement. Ainsi, pourrait-on conclure que tant que la dette du débiteur ne sera pas échue le créancier ne pourra pas le solliciter en paiement, en revanche si pendant la liquidation judiciaire le terme arrive à échéance, la dette lui sera exigible. Autrement dit, la caution continuerait à bénéficier du terme originel.

Cependant, d'un coté une telle solution serait logique par rapport au droit des obligations qui postule la force obligatoire de l'autonomie de la volonté, d'un autre coté elle révélerait au grand jour les inégalités et incohérences qui caractérisent les dispositions adoptées par le législateur ; en réalité le cautionnement est une garantie accessoire qui suppose que le sort de la caution dépend de celui du débiteur et dès lors que plus aucune distinction n'est faite entre la situation de la caution simple et celle simple, il aurait été nécessaire d'aligner le sort de la caution sur celui du débiteur principal comme ce fut déjà le cas dans la sauvegarde.

Pourtant, la jurisprudence adopte la solution que nous venons d'énoncer et fait prévaloir les principes du droit des obligations notamment celui de la force obligatoire du contrat de cautionnement et le principe de l'effet relatif des conventions et décide que la déchéance du terme de la dette garantie est inopposable à la caution⁴³ qui, comme nous l'avons indiqué supra, continue à bénéficier du terme originel.

Alignement de la situation du détenteur hypothécaire sur celle du débiteur principal

Il est à noter de prime abord que le détenteur hypothécaire qui est une personne physique tenue propter rem à la dette. En effet, en droit commun des sûretés, le détenteur hypothécaire est obligé à toutes les dettes hypothécaires et il « jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire » (C.civ. art. 2462). Ainsi, son sort est aligné sur celui du

⁴² La loi de sauvegarde apporte une nouveauté dans la déchéance du terme par rapport à la législation antérieure qui prévoyait une déchéance du terme automatique avec le jugement prononçant la liquidation judiciaire (C.com. anc. art. L. 621-94 : « le jugement qui arrête le plan de cession total de l'entreprise rend exigibles les dettes non échues »). La déchéance est désormais retardée par la préparation d'un plan de cession qui précède le jugement arrêtant le plan dès lors que le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire n'est pas celui qui autorise la cession de l'entreprise.

⁴³ Cass.com. 5 oct. 1983, Bull.civ. IV, n° 254; Cass.com. 26 oct. 1999, Bull.civ. IV, n° 183.

débiteur à l'encontre duquel une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte de telle sorte qu'il est attiré dans champ d'application des dispositions de l'article L. 643-1 du code de commerce. Le créancier hypothécaire pourra donc agir contre ce tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué en vue de l'exécution immédiate de ses engagements.

Par ailleurs, la situation des coobligés est semblable à celle de la caution en ce sens qu'ils bénéficient personnellement de la modalité affectant leur obligation. Le maintien ou la déchéance du terme dépendra de cette modalité à tel enseigne qu'ils pourront opposer aux créanciers, nonobstant l'exigibilité de la créance à l'encontre de l'un d'eux, le terme qui leur a été octroyé⁴⁴.

Il appert de tout ce qui précède que l'exigibilité de la créance à l'encontre des garants ne bénéficie pas d'une législation bien précise comparablement au débiteur. La jurisprudence a tenté de résoudre le problème de la caution ainsi que celui des coobligés qui, tous les deux, devront se prévaloir du terme résultant de leur convention, indépendamment de l'effet de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire. Dans l'absence des dispositions particulières du sort des garants, quant à la règle de la déchéance ou non du terme, la jurisprudence fait prévaloir systématiquement la force obligatoire de la volonté des parties au-delà de toute autre considération. Il s'agit d'une application sans faille des principes de droit commun. Dès lors, rien n'exclut que la situation des autres garants soient calquée sur celle de la caution, et que l'exigibilité des créances à leur encontre ne dépende elle également des termes convenus originellement dans les conventions qui les lient aux créanciers.

Le paiement d'une créance dépend entre autre, de son exigibilité à moins que le débiteur n'anticipe son paiement. D'où l'intérêt de nos présents développements. Une chose est certaine le garant ne pourra payer le créancier que si la dette du débiteur principal est exigible à son encontre. Une fois cette condition satisfaite, il peut effectuer le paiement qui lui est réclamé. Il convient d'examiner dès à présent le paiement proprement dit du garant lorsque l'entreprise ne peut plus être sauvée.

Paragraphe 2 : Le paiement des créanciers par les garants

L'ouverture d'une procédure contre le débiteur a pour conséquence le principe de l'interdiction de paiements des créanciers antérieurs et ceux non privilégiés pendant la période d'observation (C.com. art. L. 622-7, al. 1^{er}). Cette interdiction se poursuit en principe dans la procédure de liquidation judiciaire (C.com. art. L. 641-3) et peut se justifier par le souci d'assurer une discipline collective.

Cependant, la liquidation judiciaire ayant pour objectif d'assurer l'apurement du passif, elle suppose que les créanciers seront payés en vue de clore la procédure et de libérer définitivement les « débiteurs » du créancier. C'est pourquoi après avoir examiné le moment du paiement des créanciers (exigibilité de la créance) il convient dès à présent d'analyser les modalités de paiement (A) avant d'aborder la question relative à l'intérêt de la déclaration de créances (B) dans le paiement des créanciers.

⁴⁴ CA Bordeaux, 10 mars 1854, S. 1854, II, 515.

A/ Modalités de paiements des créanciers

La liquidation judiciaire génère des fonds par la réalisation des actifs du débiteur, ventes des biens meubles et immeubles et cession de l'entreprise. Ces fonds sont destinés à régler les dettes du débiteur. L'intérêt de l'étude de ces modalités nous permettra de voir la place du garant dans le règlement des créanciers, parce qu'en réalité, comme nous allons le voir, les modalités ici étudiées sont adoptées en considération de la situation du débiteur.

1. Répartition des dividendes

Il s'agit de la quote-part des sommes provenant de la réalisation des biens du débiteur attribuée à chaque créancier proportionnellement à sa créance, à la condition qu'il est régulièrement déclaré celle-ci. La répartition de ce produit de la liquidation judiciaire est prévue par les articles L.643-4 à L.643-8 du code de commerce. Les deniers issus de la réalisation des actifs de l'entreprise doivent être répartis dans le respect des droits accordés aux différentes catégories de créanciers.

Cette répartition peut être précédée par une distribution des dividendes dont le tribunal dispose d'une assez grande liberté pour en définir les modalités. Dans cette hypothèse, la répartition du prix des immeubles qui a lieu, fait concourir les créanciers privilégiés et hypothécaires dans la proportion de leurs créances totales. Les sommes déjà perçues seront déduite de leur part et l'excédent qui en résulterait sera inclus dans les sommes à répartir aux créanciers chirographaires.

Cependant, les articles L. 643-4 à L.643-8 cités supra s'appliquent lorsque les fonds générés par la liquidation proviennent de la réalisation propre aux actifs du débiteur. La situation des garants semble ne pas être expressément évoquée. Mais on pourrait bien penser que les solutions sus décrites peuvent, sous certaines conditions, être transposables au garant. C'est par exemple le cas lorsque ce dernier a garanti plusieurs dettes du débiteur en grevant un même bien, dès lors que la créance du créancier envers le débiteur n'est pas éteinte et qu'une vente du bien gagé a été ordonnée, la répartition pourra être organisée dans les conditions que nous venons d'examiner. Et les créanciers titulaires de sûretés seront payés à hauteur de l'engagement du garant et déduction faites des sommes reçues de ce dernier avant l'ouverture de la procédure.

On pourrait également prendre l'exemple du garant à l'encontre duquel une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte. Dans ce cas, les dispositions sus évoquées lui seront pleinement appliquées et le créancier du débiteur principal sera en concours avec les créanciers de ce garant qui, à l'occasion sera considéré en sa qualité de débiteur. C'est pourquoi il profitera de ces dispositions. Par ailleurs, les créanciers dont le bien, assiette de la sûreté, est vendu pendant la liquidation pourront être payé par le garant.

2. Paiement par attribution judiciaire

L'attribution judiciaire constitue l'un des trois modes de paiement de réalisation de droit commun des sûretés réelles exceptionnellement admise dans le droit des procédures

collectives. C'est pourquoi elle ne peut être exercée qu'en cas de la procédure de liquidation judiciaire⁴⁵ et ce, uniquement à la demande du créancier gagiste conformément à l'article L. 642-20-1 al. 2. Elle aurait pu être exercée par le créancier hypothécaire comme en droit commun des sûretés, mais l'attribution judiciaire semble être écartée en matière hypothécaire. Ce qui permettrait au garant, donneur d'une hypothèque de conserver la propriété de l'immeuble hypothéqué, sans craindre que le créancier ne se l'octroie par adjudication même s'il est vrai que ce n'est pas le seul moyen de paiement dont dispose le créancier. Mais au moins sur ce point le tiers donneur d'une hypothèque du débiteur en liquidation judiciaire n'a pas de soucis à se faire.

D'autres tiers, garants du débiteur principal ayant donné des sûretés réelles, se trouveront quasiment dans la même situation dès lors que la Haute juridiction étend la paralysie de l'exercice de l'attribution judiciaire au « rétenteur non gagiste »⁴⁶. C'est notamment le cas du nantissement de biens incorporels tel que le nantissement de créance ; la situation du donneur d'une telle garantie reste cependant incertaine, puis que l'article 2365 du code civil prévoit l'attribution judiciaire des nantissements de créances de même qu'une jurisprudence récente a déjà admis cette extension⁴⁷.

Le premier enseignement que l'on pourrait tirer de ces premières observations est qu'il y a une véritable dérogation à la règle de l'interdiction de paiement et de la suspension des poursuites contre les garants. Le créancier gagiste est donc rétabli dans ces droits dans la liquidation car à travers l'attribution judiciaire il pourra obtenir paiement de sa créance en exerçant une action en justice, chose impossible dans la période d'observation lorsque le débiteur dispose encore des chances d'être sauvé.

Il est simplement à regretter que ce mode de paiement des créances, fut il indirect, ne profite pas aux autres garanties dans lesquelles il peut être exercé. Cette mesure de faveur accordée au créancier gagiste, rétenteur fictif ou non, creuse encore le faussé d'inégal traitement des différents créanciers et constitue par ce seul fait la manifestation des difficultés de conciliation des finalités du droit des sûretés et du droit des procédures collectives en général⁴⁸.

Dans tous les cas, si le créancier gagiste, rétenteur effectif ou fictif, dont la demande d'attribution a été satisfaite par le juge-commissaire voit sa créance ultérieurement rejetée, il devra restituer au liquidateur, soit le bien lui-même, soit la valeur, dans la limite du montant admis de sa créance. Par ailleurs, si la valeur de la chose gagée s'avérait supérieure à la créance, le créancier gagiste devra remettre au liquidateur le trop-perçu, le garant ne devant pas payer plus qu'il n'est tenu. Cependant, le créancier ne sera valablement payé que s'il a déclaré sa créance.

⁴⁵ Cass.com. 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 67 ; 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 144.

⁴⁶ Cass.com. 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 181.

⁴⁷ Cass.com. 6 janv. 1998, Bull. civ. IV, n° 9.

⁴⁸ Cf. critiques abordées dans le cadre de l'examen de l'efficacité de la fiducie-sûreté.

B/ Intérêt de la déclaration de créances

La déclaration de créances désigne la formalité à laquelle doit nécessairement se soumettre le créancier s'il veut être payé par le débiteur. A travers cette formalité le créancier manifeste sa volonté d'obtenir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure. Et, la question est de savoir ce qu'il adviendrait du créancier qui n'aurait pas déclaré sa créance. Autrement dit, pourra-t-il toujours se faire payé par le garant nonobstant l'absence de déclaration de créance de sa part?

1. Le garant libéré pour absence de déclaration de créances de la part du créancier (législation antérieure à la Loi de sauvegarde)

En principe, le créancier dispose d'un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODAC⁴⁹ pour faire sa déclaration des créances qu'il adresse par ailleurs, au mandataire judiciaire⁵⁰. Cependant, lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est prononcée au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le délai initial n'est pas allongé⁵¹, il continue de courir. La législation antérieure à la Loi de sauvegarde prévoyait l'extinction de la dette en cas d'absence de déclaration de créance dans le délai légal et surtout si elle n'a pas donné lieu à relevé de forclusion (C.com. anc. art. L. 621-46 al. 4). Cette solution avait pour conséquence non seulement la perte de la part du créancier de ses recours contre la caution mais aussi sa créance ne pouvait plus être invoquée contre le débiteur même après la clôture de la procédure.

La situation de tous les garants en générale allait être alignée sur celle de la caution. Ainsi, la jurisprudence admettait d'abord que le créancier que l'extinction de la créance faute de déclaration était une exception inhérente à la dette⁵² pour en déduire par la suite la perte des recours des créanciers contre tous les garants dont l'engagement est l'accessoire de la dette principale. Etaient ainsi concernés par cette jurisprudence, les cautions d'abord⁵³, ensuite aux coobligés⁵⁴. Quant aux garanties indépendantes on peut se douter qu'elles ne faisaient pas partie des garants visés par cette solution prétorienne, somme toute logique au sens du droit commun des sûretés. En effet, l'engagement du garant autonome ne dépend pas de la relation fondamentale existant entre le créancier et le débiteur principal de telle sorte qu'il reste tenu de ses engagements pris envers le créancier nonobstant l'extinction de la dette du débiteur pour défaut de déclaration.

⁴⁹ C.com. art. L. 622-24, al. 5 : le point de départ du délai de deux mois pour les créanciers postérieurs soumis à la déclaration est fixé à la date d'exigibilité de la créance.

⁵⁰ C.com. art. L. 622-24 al. 1 et R. 622-24 al. 1.

⁵¹ La législation antérieure à la Loi de sauvegarde disposait en effet, qu'en cas de conversion de la sauvegarde ou du redressement judiciaire en liquidation judiciaire que le délai soit allongé (D. n° 85-1388 du 27 déc. 1985, art. 119).

⁵² Cass.com. 17 juill. 1990, JCP E 1991, II, 101, note Amlon.

⁵³ Cass.com. 17 juill. 1990, cité supra.

⁵⁴ Cass.com. 25 nov. 1997, JCP E 1998, 656, obs. P. P. (situation des associés d'une SNC).

Du reste, la même solution s'applique également à la garantie professionnelle⁵⁵ ou de bonne fin qui consiste dans le contrat de promotion immobilière, en une garantie de dépassement du prix⁵⁶.

2. Les recours des créanciers contre les garants nonobstant le défaut de déclaration des créances

Depuis l'adoption de la Loi de sauvegarde, le défaut de déclaration des créances n'est plus sanctionné par l'extinction des créances. En effet, il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce que les créances non déclarées dans les délais légaux et qui n'ont pas fait l'objet d'un relevé de forclusion ne sont plus éteintes. Cette solution permet au droit français d'être en conformité avec le droit européen des procédures d'insolvabilité qui prévoit en son article 6 du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles qui se trouvent sur le territoire d'un autre Etat membre au moment de l'ouverture de la procédure⁵⁷.

Cependant, si la Loi de sauvegarde a supprimé la sanction par l'extinction des créances qui n'ont ni été déclarées ni donné lieu à relevé de forclusion, elle sanctionne ce défaut de déclaration par le non bénéfice des droits attachés à la déclaration de créances. Autrement dit, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance ne sera pas admis dans les répartitions et les dividendes. Mais ils conserveront leur recours contre le débiteur à la fin de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif⁵⁸.

Quant aux garants, notamment la caution ne pourra plus opposer la disparition de la dette principale pour échapper à sa propre obligation⁵⁹ la créance n'étant pas éteinte. Le créancier qui n'a pas déclaré sa créance pourra a priori poursuivre le garant à l'échéance. Le maintien des recours des créanciers contre la caution se justifie par le même principe du caractère accessoire de sa garantie qui lui avait permis auparavant de s'exonérer de son obligation pour extinction de la dette du débiteur principal. En revanche, il faut observer que le défaut de déclaration de créance peut être constitutive d'une faute du créancier qui causerait un préjudice à la caution. Dans cette hypothèse, cette dernière pourrait se prévaloir de la décharge (de son obligation) prévue à l'article 2314 du code civil (C.civ. anc. art. 2037) dès lors que la négligence du créancier non relevé de forclusion le prive par subrogation du bénéfice d'un droit préférentiel (si par exemple le créancier est rétenteur ou hypothécaire).

⁵⁵ Cass. ass. plen. 4 juin 1999, JCP E 1999, n° 30-34, p. 1294, note M. Behar-Touchais ; cet arrêt avait qualifié la garantie professionnelle de garantie autonome.

⁵⁶ Elle correspond dans d'autres contrats à une garantie d'achèvement ou à d'autres garanties de prix.

⁵⁷ L'extinction de la dette avait été considérée comme contrevenant au règlement communautaire du 20 mai 2000 en ce qu'il privait le créancier de son droit réel sur sa créance. Les dispositions de la Loi de 2005 viennent donc répondre aux exigences communautaires.

⁵⁸ La reprise des poursuites contre les garants est exceptionnellement admise en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif, du moins si le débiteur est une personne physique, la liquidation emportant dissolution de la personne morale.

⁵⁹ Cass.com. 6 juin 2000, Act. proc. coll. 2000-14, n° 181, obs. J VALLANSAN.

Chapitre 2 : REALISATION DES DIFFERENTES GARANTIES

L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire suppose que le débiteur est en état de cessation de paiement⁶⁰ et que « le redressement est manifestement impossible ». Autrement dit, le débiteur doit être « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible » de façon pérenne. Le fait est qu'une cessation de paiement est également requise pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁶¹ et c'est seulement s'il est constaté que l'ouverture de cette dernière procédure est impossible que la procédure de liquidation peut être ouverte⁶², mettant fin ainsi aux espoirs d'un possible sauvetage de l'entreprise.

Un débiteur qui subi une procédure de liquidation judiciaire est incontestablement insolvable, ce qui permet au créancier titulaire d'une garantie de la mettre en œuvre en sollicitant du garant le paiement de la dette du débiteur principal. Telle est la finalité d'une garantie. La question qui peut se poser consiste à se demander si dans cette hypothèse, le droit des entreprises en difficulté tel qu'il résulte de la Loi de sauvegarde complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, fait une application directe des règles du droit commun des sûretés relatives à la réalisation des sûretés ? Ou fait-il une fois de plus obstacle à leur application ?

En réalité, le droit commun des sûretés mis en mal dans la recherche de la résolution des difficultés de l'entreprise devrait retrouver ici son plein empire, du moins, son application devrait couler de source dès lors que la justification de son retrait partiel a disparu⁶³. Cette idée est d'ailleurs renforcée par le fait que plus la gravité de la situation du débiteur est constatée, moins la garantie est dont s'est prémunie le créancier est paralysée. Ainsi, par exemple dans le redressement judiciaire le garant ne peut se prévaloir des dispositions du plan.

Mais force est de constater, que le législateur garde toujours espoir d'assurer la continuité de l'entreprise même dans la procédure de liquidation judiciaire, notamment à travers la cession de l'entreprise qui permet de sauver une partie de l'entreprise. Dans ce cas le législateur est souvent amené à écarter certaines règles du droit commun des sûretés qu'il considère comme des obstacles à la réussite de cette opération. C'est donc dire si l'application des règles du droit commun des sûretés est relative dans la procédure de liquidation judiciaire (**Section 1**) comme nous le verrons ci-dessous. Cependant, le cas particulier de l'examen de la fiducie-sûreté, sûreté très récente, mérite une attention particulière de notre part (**Section 2**)

⁶⁰ Cass.com. 10 mars 2009, Zarrêts, Act. proc. coll. avr. 2009, n° 109 : la cour d'appel ne peut assortir la résolution du plan du prononcé de la liquidation judiciaire que si le débiteur est en état de cessation des paiements au jour où elle statue.

⁶¹ C.com. art. L. 631-1 a.1

⁶² Encore faut il que la voie de conciliation n'a pas été choisie dans les 45 jours de la cessation des paiements.

⁶³ Tout au long de notre première partie nous avons que le législateur écarte systématiquement l'application des règles du droit commun des sûretés pour garantir l'efficacité de la procédure. La logique voudrait que le droit commun des sûretés trouve pleine application une fois l'échec de la procédure constaté c'est-à-dire une fois qu'il est constaté que le sauvetage de l'entreprise n'est plus possible.

car il résume à lui seul les difficultés du législateur à concilier les intérêts opposés du garant et du créancier.

Section 1 : Le droit commun des sûretés retrouve relativement son plein empire

L'examen de l'application du droit commun des sûretés n'est pas fortuit à notre sens. L'idée est qu'une application pleine et entière des règles dudit droit fragilise d'avantage le sort des garants en cas d'un « sauvetage improbable ou impossible ». Connaissant la réalisation des garanties en droit commun des sûretés, il sera plus aisé d'appréhender les que le droit des entreprises en difficulté écarte lorsque le sauvetage de l'entreprise est impossible afin de mieux apprécier la volonté du législateur⁶⁴. Pour une meilleure approche de cette analyse, il convient de distinguer l'application des règles du droit commun des sûretés selon que le garant a consenti une sûreté personnelle (§1) ou une sûreté réelle (§2). Cependant, la réalisation des garanties permettra aux créanciers qui en sont titulaires non seulement d'être payé mais aussi leur évitera tout concours avec les créanciers dès lors qu'ils mettront en œuvre leur droit de préférence (§3).

Paragraphe 1 : Réalisation des sûretés personnelles

La finalité de toute sûreté est rappelée par les dispositions de l'article 2284 du code civil. Ainsi, si le débiteur est défaillant le créancier pourra, lorsque la dette exigible, faire saisir et vendre n'importe quel bien du patrimoine du débiteur ou du tiers garant. Dans cette hypothèse, le créancier aura essentiellement à faire un recouvrement forcé de sa créance (A), le tiers garant pourra cependant profiter d'une compensation (B) pour se libérer.

A/ Recouvrement forcé de la créance

Le créancier d'un débiteur insolvable peut se retourner contre le garant en vue de se faire payer par ce dernier à condition qu'il ait garantie sa créance. L'appel à garantie du garant suppose l'incapacité du débiteur principal à désintéresser le débiteur principal. Logiquement, le créancier doit exiger du garant l'exécution de son obligation. En droit commun la procédure se fait par une mise en demeure, à la suite de laquelle (si elle est demeurée sans suite) un commandement de payer sera adressé au garant. Une exécution forcée pourra être mise en œuvre pour obliger le garant à honorer son engagement, c'est seulement si cette procédure se révèle infructueuse et que le créancier titulaire d'une sûreté dispose d'un titre exécutoire qu'il peut procéder à une exécution forcée. Comme son nom l'indique elle consistera généralement à contraindre le garant à payer le créancier.

Le créancier pourra ainsi procéder à des saisies ses biens du garant en vue de se faire payer. Il pourra par exemple procéder une saisie-vente des meubles corporels du garant qui lui permettrait de placer sous « la main de justice » et faire vendre un ou plusieurs meubles corporels appartenant à son débiteur. La vente, nonobstant la saisie pourra être amiable, le cas échéant il s'agira d'une vente forcée notamment d'une vente aux enchères. Et une fois le

⁶⁴ Cela nous permettra par ailleurs à donner des réponses plus plausibles aux questions que nous nous sommes posées dans notre introduction.

montant de la créance atteint la vente prend également fin, sinon le créancier se fera payer partiellement.

Le créancier pourra également procéder à une saisie attribution des créances du débiteur. Cette saisie qui porte sur les sommes d'argent et donc sur les comptes bancaires a été créée en remplacement de la saisie arrêt, elle permet cependant à un créancier de faire pratiquer par un huissier de justice les comptes bancaires de son débiteur et d'obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues. L'avantage d'une telle saisie est qu'elle permet au créancier saisissant d'être réglé immédiatement sans avoir à craindre le concours avec d'autres créanciers dès lors que l'acte de saisie a pour effet de faire sortir la créance saisie du patrimoine du débiteur pour entrer dans celui du créancier.

Toutefois, l'article L.632-2 alinéa 2 du code de commerce dispose que « Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci ». Il résulte de cette disposition que toute saisie-attribution pratiquée en période suspecte est nulle dès lors que le créancier saisissant connaissait la cessation des paiements du débiteur. Mais il s'agira simplement d'une nullité facultative dont le prononcé suppose qu'il soit établi que le créancier saisissant avait connaissance de la cessation de paiement du débiteur au moment de la saisie-attribution qu'il a fait pratiquer.

Les voies d'exécution permettent donc au créancier titulaire d'une garantie personnelle de réaliser sa garantie avec plus ou moins d'efficacité. A travers ses mesures le garant sera contraint à honorer ses engagements, mais parfois les deux cocontractants n'auront pas besoin d'arriver à cette extrémité toutes les fois qu'il leur sera possible d'éteindre réciproquement leurs créances, chacun envers l'autre.

B/ Compensation

Aux termes de l'article 1289 du code civil « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la même manière (...) ». Il en résulte que la compensation est un mécanisme qui permet d'éteindre totalement ou partiellement deux créances réciproques de somme d'argent ou de choses fongibles à concurrence de la plus faible. Elle suppose cependant l'existence d'une dette connexe qui permet au créancier et à son cocontractant de se faire payer comme s'il avait un droit de préférence exclusif sur la créance dont est titulaire, à son encontre, chacun des cocontractants.

Le droit des procédures collectives admet la compensation des créances connexes et le créancier pourrait ne pas être satisfait de ses poursuites en condamnation du garant en paiement. La compensation pourrait bien rendre le créancier, débiteur du garant si sa dette est inférieure à celle garantie par le garant. En réalité, le garant qui a payé la dette du débiteur principal en liquidation judiciaire pourra exercer un recours subrogatoire contre ce dernier après la clôture de la procédure de la liquidation pour insuffisance d'actif. Cette mesure prévue en droit des entreprises en difficulté se heurte cependant aux effets de la liquidation judiciaire lorsque le débiteur est une personne morale dès lors que la clôture de la procédure

emporte sa dissolution. Cette subrogation n'a donc d'intérêt que lorsque le débiteur est une personne physique.

Cependant, la notion de connexité est souvent difficile à appréhender, le législateur ne l'ayant bien précisée elle a donné lieu à un grand contentieux. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 30 juin 2009⁶⁵ retient que la compensation doit être acceptée sur le fondement de l'ancien article L.621-24 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde. La Haute juridiction en déduit que les créances qui ont bien pris naissance à l'occasion de l'exécution de la même convention et donc connexes. Par ailleurs, la créance vraisemblable suffit pour admettre la compensation.

Dans tous les cas, le droit des procédures ne fait pas une parfaite application des principes de la réalisation des garanties de droit commun, le débiteur échappant encore aux poursuites des créanciers. Cela se justifie par le désir permanent du législateur de sauver l'emploi et l'unité de production de l'entreprise en difficulté. Dans ce mouvement, le sort des garants personnels est parfois incertain à partir du moment où sa situation n'est pas aussi clairement défini par le législateur que lorsqu'il y a tentative de sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, la jurisprudence a dégagé un certain nombre de solutions qui le concernent. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 17 novembre 2009⁶⁶ permet aux cautions de se prévaloir d'une compensation jouant au profit d'un codébiteur in bonis.

Les sûretés personnelles et les sûretés réelles ne portant pas sur une même assiette, leur réalisation sera tout aussi distincte, Du moins les règles gouvernant leurs réalisations sont différentes.

Paragraphe 2 : Réalisation des sûretés réelles

La réalisation des sûretés réelles par le créancier lui permet d'exercer son droit sur le bien grevé. Le droit des sûretés distingue traditionnellement les sûretés réelles mobilières (C.civ. art. 2329 et s.) des sûretés réelles immobilières (C.civ. art. 2373 et s.), l'intérêt de cette *summa divisio*⁶⁷ résidant dans la dépossession. En effet, la majorité des sûretés mobilières emportait la dépossession du bien au profit du créancier qui détenait une mainmise sur le bien grevé⁶⁸. Comme autre avantage, cette dépossession permet au créancier, en cas de défaut de paiement de la part du débiteur, d'exercer son droit de rétention sur le bien grevé. Tandis que les sûretés réelles immobilières permettent au débiteur ou au tiers de continuer à jouir et à faire usage du bien donné en garantie. Du fait de la non dépossession, le créancier ne pourra pas opposer le droit de rétention au tiers ou au débiteur mais il bénéficie d'un droit de suite ainsi que des voies d'exécutions en vue de réaliser sa garantie.

⁶⁵ Cass.com. 30 juin 2009, JurisData n° 2009-048940, Fasc. 2372 ; Act. proc. coll. 2009, n° 14, 216, p. 4.

⁶⁶ Cass.com. 17 nov. 2009, JurisData n° 2009-050458, Fasc. 2382; Act. proc. Coll. 2010, n° 15, 7, p. 5.

⁶⁷ Classification des sûretés réelles d'après leur assiette. Elles peuvent également être classées non seulement en fonction de leur effets (nantissement, hypothèque, privilège) mais aussi en fonction de leur source (légal, conventionnel, ou judiciaire).

⁶⁸ Mais en réalité il s'agit d'un droit précaire.

Le droit des procédures collectives fait application de tous ces mécanismes en les adaptant à ses finalités. Dès lors, il convient d'aborder la réalisation des sûretés réelles selon qu'il y a dépossession (B) ou non (A).

A/ Sûretés sans dépossession

1. Le droit de suite

Le droit de suite est le droit pour le créancier hypothécaire ou privilégié de saisir l'immeuble garantissant sa créance en quelque main qu'il se trouve, même s'il a été vendu plusieurs fois. Mais plus généralement le législateur permet au créancier nanti, dont le garant aurait aliéné le bien grevé, de suivre ledit bien entre les mains d'un autre que le constituant de la garantie, de le saisir et de faire ainsi apparaître une valeur sur laquelle le droit de préférence sera exercé⁶⁹. On en déduit que le droit de préférence serait fragile s'il n'était pas complété par le droit de suite. Il s'agit par ailleurs d'un droit réel opposable à tous, et notamment à tout acquéreur indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi⁷⁰.

Par ailleurs, pour ce qui est des sûretés réelles immobilières, que le droit de suite n'a de raison d'être que tant que la valeur de l'immeuble n'est pas apparue. C'est le cas lorsqu'il y a une vente par adjudication aux enchères publiques du bien grevé⁷¹ ou encore lorsqu'il y a une vente par adjudication amiable sur autorisation motivée du juge commissaire⁷². Cette adjudication amiable a cependant lieu devant le notaire et emporte purge ce qui éteint le droit de suite, et la sûreté réelle ayant rempli sa fonction s'éteint également et libère corrélativement le tiers garant.

Il convient cependant de revenir rapidement sur quelques points que nous jugeons essentiels pour une meilleure compréhension des développements qui précèdent. En effet, s'agissant d'abord de la vente des meubles en générale, il faut observer qu'avant la réforme de 2005, l'ancien article L.622-18 du code de commerce devenu article L.642-18 prévoyait que le juge commissaire pouvait décider de la vente amiable ou aux enchères⁷³.

2. Saisie immobilière

En droit des sûretés, les droits détenus par le créancier sur le bien qui lui a été affecté lui permettent d'être payer sur le prix du bien grevé. La réalisation d'une telle garantie réelle peut être effectuée par une saisie immobilière destinée à faire apparaître la valeur du bien nanti. Le droit des entreprises en difficulté peut conduire à une telle saisie dès lors que l'un

⁶⁹ Le droit de suite peut être opposable au tiers non seulement par le créancier gagiste avec dépossession (s'il se dessaisie involontairement du bien soit par perte soit par vol) dans ce cas il devra respecter les conditions des art. 2276 et 2277 C.civ., le créancier gagiste sans dépossession à condition que son gage soit régulièrement publié, mais aussi par le créancier antichrésiste et le créancier hypothécaire.

⁷⁰ Civ. 3^e, 6 nov. 2002, Bull. III, n° 219

⁷¹ C.com. art. L.642-18 al.1er

⁷² C.com. art. L. 642-18 al. 2

⁷³ Sous la loi de 1967, seul le syndic pouvait décider d'une vente amiable ou d'une vente aux enchères publiques du bien du débiteur en liquidation judiciaire.

des principaux objectif, sinon le principal, de la liquidation judiciaire est de payer le créancier, d'où l'intérêt d'une telle saisie.

L'article 2190 du code civil dispose que la saisie immobilière « tend à la vente forcée de l'immeuble du débiteur ou, le cas échéant, du tiers détenteur en vue de la distribution de son prix ». Cette disposition prévoit non seulement au débiteur mais aussi au tiers qui aura donné une hypothèque sur l'un de ses biens pour garantir la dette du débiteur principal. Dans ce cas particulièrement, il est admis en droit commun que le créancier puisse saisir le bien qui se trouve entre les mains de ce tiers garant en vue de procéder à ce bien et de se faire payer sur le prix. En effet, la saisie immobilière est orientée vers la recherche d'un prix qui permettra de désintéresser le créancier à hauteur de sa créance et déduction faite des sommes déjà reçues.

Sans entrer dans les détails relatifs à la procédure proprement dite, disons que son exercice est subordonnée par l'obtention d'un titre exécutoire et la production d'un commandement de payer adressé au tiers comme au débiteur. La procédure est donc éminemment judiciaire.

En droit des procédures collectives, la réalisation forcée des immeubles intervient dans la cession totale ou partielle de l'entreprise ou par la vente isolée de l'immeuble grevé. Le liquidateur est habilité à poursuivre une telle action lorsque le débiteur est en liquidation judiciaire⁷⁴. La suspension des poursuites contre les garants neutralise une telle action à moins qu'elle ne soit justifiée par l'inertie prolongée du liquidateur⁷⁵ et ce, dans les trois mois qui suivent le jugement de liquidation judiciaire⁷⁶.

Dans tous les cas, le créancier titulaire d'une sûreté réelle peut saisir l'immeuble donné en hypothèque par le tiers garant en vue de garantir la dette du débiteur principal. En droit commun les dispositions applicables au débiteur le sont également envers le garant (tiers), la seule distinction qui faite concerne le délai de sommation de payer qui est porté à un mois pour le tiers⁷⁷ contre 8 jours pour le débiteur.

B/ Sûretés avec dépossession

1. Droit de rétention

Quelques généralités

Le droit de rétention est selon le Professeur Manuella BOURASSIN « la faculté pour un créancier, qui détient matériellement, voire fictivement, un bien appartenant en principe à son débiteur, d'en refuser la restitution tant qu'il n'a pas reçu complet paiement ». C'est par exemple le cas du garagiste qui conserve le véhicule réparé tant qu'il n'obtient pas le

⁷⁴ Par renvoi des dispositions de l'art. L. 622-7 C.com.

⁷⁵ Le droit de poursuite des créanciers est également restauré après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

⁷⁶ C.com. art. L. 643-2.

⁷⁷ D. 27 juill. 2006, art. 15, 13° al. 3 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble

paiement de sa facture. C'est une prérogative qui accorde au créancier rétenteur la maîtrise physique sur le bien de façon à inciter, voire à obliger le débiteur à le payer. C'est donc une garantie pour le débiteur car tant qu'il aura la possession du bien, ses droits de créance ne seront pas menacés et il ne pourra pas être soumis au concours d'autres créanciers.

Cependant, cette garantie est source de nombreuses polémiques et controverses qui ont animées son évolution et ont certainement favorisé son insertion dans le Livre IV du code civil⁷⁸ par l'ordonnance du 23 mars 2006. Mais cela a-t-il suffit à mettre un terme au débat sur sa nature juridique, rien n'est moins sûr même s'il est vrai que nul ne conteste sa qualité de garantie. Ainsi, certains ont considéré que le droit de rétention était un droit réel⁷⁹ en ce sens qu'il porte incontestablement sur la chose, soit en il procure au rétenteur une appréhension matérielle sur une chose (droit de rétention effectif), soit il lui confère un pouvoir de blocage des prérogatives pouvant s'exercer sur la chose (droit de rétention fictif). Sur la foi de ce constat la jurisprudence en conclut qu'étant un effet de la détention, le droit de rétention ne peut être qu'un droit réel, donc opposable erga omnes⁸⁰. Ces arguments n'ont pourtant pas suffi à emporter l'adhésion de tous malgré l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1992⁸¹ qui, reconnaissant la qualification de droit réel du droit de rétention en déduisait qu'un garagiste pouvait opposer son droit de rétention à l'acheteur de l'automobile détenue malgré le fait que ce dernier ne soit pas le débiteur de la dette. Cette position a donc été écartée dès lors qu'il est apparu trop d'éléments incompatibles avec la notion de droit réel⁸² et même celle de droit personnel qui a été évoquée par la suite.

Certains enfin, ont évoqué la thèse selon laquelle le droit de rétention était une sûreté réelle. Certes certains rapprochements peuvent être faits entre le droit de rétention et les sûretés mais ne suffisent pas à le qualifier de sûreté réelle encore moins de sûreté personnelle. Du moins, un arrêt de la chambre commerciale de la Haute juridiction en date du 20 mai 1997 oppose toute assimilation du droit de rétention à une sûreté⁸³. La question qui était soumise à l'appréciation de la Cour de cassation était de savoir si le rétenteur devait déclarer son droit à la procédure collective de son débiteur, sous peine de déchéance conformément aux dispositions de l'article 51 de la loi du 15 janvier 1985⁸⁴. A cette question la Haute juridiction

⁷⁸ C.civ. art. 2286 : «Peut se prévaloir du droit de rétention sur la chose : -celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ; -celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; - celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ; - celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

⁷⁹ Un droit qui porte sur la chose et qui confère à son titulaire tout ou une partie de l'utilité économique de cette chose.

⁸⁰ Cass.civ. 1^{ère}, 22 mai 1962, D. 1965, p. 60 obs. R. RODIERE. Voir également Cass.civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992 qui conforte cette qualification en reconnaissant explicitement que le droit de rétention est un droit réel.

⁸¹ Arr. précédemment cité.

⁸² Il est reproché au droit de rétention de ne pas accorder de droit de suite ou du moins aucune prérogative juridique sur la chose elle-même. V. sur cette question les développements de Manuella BOURASSIN (Droit des sûretés, Sirey 2010, 2^e éd. n° 1369 et s.) et de Sandrine ZEPI (Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives, Thèse n° 2004NICE0030, p. 465 et s.).

⁸³ Com. 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 141; RTD civ. 1997, 707, obs. P. CROCQ

⁸⁴ Art. 51 L.25 janv. 1985 modifié par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : « La déclaration [*contenu*] porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances [*date d'évaluation*]. Elle précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ». Dispositions applicables à tout créancier muni d'une sûreté.

répond que « le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage », par conséquent le rétenteur doit déclarer sa créance comme tout créancier mais pas en tant que titulaire d'une sûreté.

La réforme du droit des sûretés de 2006 n'a pas fait disparaître la difficulté de qualification du droit de rétention à tel point qu'il demeure une incertitude certaine sur sa véritable nature. Du reste, il convient de considérer le droit de rétention comme un moyen de défense et de pression dont dispose le créancier rétenteur d'un bien en vue de forcer le débiteur à le payer⁸⁵.

Droit de rétention fictif

L'hypothèse généralement évoquée lorsqu'il est question du droit de rétention est celle qui consiste pour le débiteur ou un tiers à remettre une « chose » au créancier jusqu'au paiement de la dette du débiteur. Il s'agit d'une rétention à titre précaire puisqu'il pèse sur le créancier détenteur l'obligation de restituer la chose une fois que sa créance a été payée. Ainsi, il existe une présomption de paiement lorsque le créancier a restitué la chose au constituant. Le droit de rétention est reconnu au profit du créancier gagiste mis en possession du meuble gagé⁸⁶ et celui antichrésiste, qui est mis en possession de l'immeuble donné en garantie⁸⁷. L'objectif de la rétention est néanmoins de priver le constituant de ce qui fait l'utilité du bien affecté en garantie.

Considérant cet objectif, le décret du 04 septembre 1953 avait organisé une possession fictive du gagiste par le biais d'une mesure de publicité réalisée à la suite d'une déclaration de gage en préfecture. Ce droit de rétention fictif est accordé exceptionnellement au créancier n'ayant aucune maîtrise physique du bien qui en fait l'objet. Tel est par exemple le cas du gage spécial sur véhicule automobile, en principe dès lors que le débiteur ne s'est pas dessaisi du bien objet de la garantie. Pourtant le décret de 1953 sus visé prévoit que la délivrance du récépissé remis à l'occasion de la publicité, qui au demeurant est opposable aux tiers, « le créancier sera réputé avoir conservé la marchandise en sa possession ».

Par conséquent, la possession n'est plus le fondement de la rétention⁸⁸ car on peut bien être rétenteur sans avoir la possession de la chose. Dans ce cas on est présence d'un droit de rétention fictif qui a les mêmes effets que le droit de rétention effectif. Il a été expressément consacré par le législateur qui reconnaît la fictivité de possession lorsque le créancier bénéficie d'un nantissement de compte d'instruments financiers (ou de compte titres depuis l'ordonnance du 8 janvier 2009)⁸⁹ ou d'un nantissement de créance depuis l'ordonnance du 23

⁸⁵ Le débiteur sera contraint de payer sa dette s'il veut récupérer son bien ce qui assure une plus grande sécurité au rétenteur.

⁸⁶ C.civ. art. 2340.

⁸⁷ C.civ. art. 2387.

⁸⁸ Sur cette question Augustin Aynès déduit du nouvel art. 2286 que le fondement de la rétention réside dans la connexité, qui peut être soit juridique et la créance impayé résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose, soit elle est matérielle et la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose, soit enfin lorsque la chose a été remise au créancier « jusqu'au paiement de la créance » (C.civ. art. 2286).

⁸⁹ C.mon. fin. art. L. 221-20-IV.

mars 2006 qui prévoit en outre qu'« après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts »⁹⁰.

L'institution d'un tel droit de rétention ne permet pas au rétenteur fictif de retenir la chose par devers lui comme c'est le cas dans la rétention effective. Le droit de rétention fictif permet plutôt au rétenteur de priver le constituant du droit de percevoir le paiement de la créance nantie. Comme le souligne Augustin Aynès « c'est bien là la manifestation d'une véritable sûreté rétention, puisque le constituant se trouve privé de ce qui fait l'utilité du bien affecté en garantie »⁹¹, ainsi que nous le précisons déjà supra. Par ailleurs, le créancier rétenteur en cas d'impayé de sa créance pourra opposer son droit de rétention aux autres créanciers du constituant et par conséquent les empêcher de se saisir la chose pour percevoir le paiement.

2. Application du droit de rétention au garant du débiteur en liquidation judiciaire

En réalité les règles qui viennent d'être sus évoquées doivent être appliquées en droit des procédures collectives dès lors que l'insolvabilité du débiteur est constatée, ce dernier étant effectivement en état de cessation des paiements permanents. Autrement dit, le créancier devrait réaliser sa garantie. Seuls seront concernés par cette faculté les créanciers munis d'un gage avec ou sans dépossession conformément au droit commun des sûretés comme cela apparaît dans les précédents développements ainsi que les créanciers antichrésistes. Cependant, l'article L. 641-3 a. 2 du code de commerce dispose que « Le juge commissaire peut autoriser le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue (...) ». Encore faut il que la vente de la chose retenue soit susceptible de rapporter un prix supérieur au montant de la créance.

Par ailleurs, ces dispositions trouveraient difficilement application à la situation du tiers constituant dont le paiement de la créance du débiteur principal a plus d'intérêt dans cette hypothèse de liquidation judiciaire du débiteur principal. En effet, pour que le bien grevé lui soit restitué il sera bien obligé de payer le créancier et à défaut de payer la créance du débiteur principal il pourrait perdre la propriété de son bien (sous certaines conditions).

Dans cette dernière hypothèse, le créancier devra demander une attribution judiciaire de la chose grevé en cas de rétention effective. Il s'agit d'une application des règles du droit commun des sûretés notamment de l'ancien article 2078 du code civil qui dispose que « le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ». Le tiers constituant d'un gage conservera la propriété du bien grevé même en rétention tant que le créancier n'aura pas reçu l'autorisation du juge commissaire de s'attribuer la propriété dudit bien. Il pourra donc perdre

⁹⁰ C.civ. art. 2363.

⁹¹ A. AYNES, La consécration légale des droits de rétention, D. 2006, n° 19, doss. p. 1301 et 1302.

son bien si par exemple sa vente est autorisée par le juge et dans ce cas il devra payer le créancier sur le prix du bien.

Dans l'hypothèse d'une rétention fictive, le garant ne pourra pas tout simplement profiter de la chose tant qu'il n'aura pas payé la dette du débiteur principal, sa jouissance dudit bien étant paralysé par les prérogatives dont dispose le créancier. C'est la solution du droit commun des sûretés qu'il convient ici de maintenir, notamment celle relative au droit de rétention effectif, dès lors que le législateur du droit des entreprises en difficulté n'a prévu aucune règle propre au droit de rétention fictif en cas de liquidation judiciaire du débiteur principal. Mais aussi parce que l'alinéa 5 de l'article L.642-12 du code ne fait aucune distinction entre le droit de rétention effectif et le droit de rétention fictif lorsqu'il dispose que « les dispositions du présent article ne n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur les biens compris dans la cession »⁹². C'est pourquoi on peut se fonder sur les dispositions de l'article L.641-3, al. 1^{er} du code de commerce pour déduire que le droit de rétention fictif a sa pleine efficacité dans la liquidation judiciaire et ce, au détriment du tiers garant.

Dans tous les cas, la réalisation du bien grevé devra avoir lieu dans les six mois du jugement de liquidation et le droit de rétention du créancier sera reporté sur le prix conformément aux dispositions de l'article L. 642-20-1 du code de commerce, de même que le créancier pourra demander l'attribution judiciaire selon les conditions sus évoquées.

Paragraphe 3 : La mise en œuvre du droit de préférence dans la liquidation judiciaire

Le droit de préférence est le droit pour un créancier de se faire payer en premier, par préférence (comme son nom l'indique) aux autres créanciers, ce qui lui permet d'échapper à leur concours dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur. Comme nous l'avons déjà souligné supra, le créancier dont la créance est restée impayée peut exercer sa faculté de provoquer la vente forcée du bien grevé⁹³. Il s'agit d'un mode de réalisation des sûretés réelles retenu par le droit commun⁹⁴ mais en réalité, « il s'agit d'une prérogative inhérente à la créance elle-même, qu'elle soit assorti d'une cause de préférence ou qu'elle soit chirographaire »⁹⁵.

Cependant, ce mode de réalisation de droit commun est présent dans la procédure collective. Il peut être exercé soit en sauvegarde ou en redressement judiciaire ou encore en liquidation judiciaire. Dans les deux premières procédures il ne peut être exercé que si le plan de sauvegarde n'est pas correctement exécuté par le débiteur, rappelons que dans cette

⁹² L'art. L.642-12 al.5 fait une part belle à la situation du créancier rétenteur, puisqu'il peut s'opposer à la cession du retenu impayé. Le rétenteur fictif devrait se prévaloir de ces dispositions car elles ne distinguent pas selon que le rétenteur est effectif ou fictif, dès lors on ne saurait distinguer la où la loi ne distingue pas.

⁹³ Cass.com. 10 oct. 2000, JCP E 01, 1477, note PIEDELIEVRE.

⁹⁴ Par opposition au droit des procédures collectives qui fait une adaptation particulière des principes qui gouvernent le droit des sûretés aux finalités qu'il entend atteindre dans chaque procédure et ce, en dérogeant souvent auxdits principes.

⁹⁵ V. développements de M. CABRILLAC, Droit des sûretés, Litec 2008, 8^e éd., n° 1005 et s.

hypothèse il y a résolution du plan et donc possibilité de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

Dans cette procédure, l'article L. 643-2 du code de commerce dispose que l'initiative de la réalisation appartient exclusivement au liquidateur, son inaction serait de nature à donner au créancier la faculté d'agir et donc d'exercer son droit de poursuite individuel⁹⁶. Et afin d'accélérer la procédure de saisie, le créancier pourra reprendre la procédure par lui entamée avant la liquidation judiciaire au stade où elle avait été suspendue.

Il appert que, le droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande de se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires, mais aussi aux créanciers nantis dont le titre est postérieur et ce, à hauteur du montant de sa créance est favorisé dans la liquidation judiciaire. Par exemple pour ce qui est des créanciers gagistes selon qu'ils sont mis ou non en possession, leur ordre de paiement dépendra de l'antériorité de leur inscription et non de la possession du bien grevé conformément aux dispositions de l'article 2340 alinéa 1 du code civil⁹⁷. Les créanciers titulaires de sûretés réelles sont généralement mieux traités dans le souci de faire jouer leur garantie.

La perte pour les garants du bénéfice de la règle de l'interdiction de paiement et de la règle de la suspension des poursuites permet aux créanciers de mieux exercer leurs droits de préférence. Par ailleurs, les présents développements trouvent largement écho dans la présente section notamment au précédent paragraphe.

Comme on a pu le constater, tous les garants ne subissent pas le même sort dans la liquidation judiciaire, certains du fait de l'efficacité des garanties consenties par eux subissent plus sévèrement les effets de la liquidation judiciaire, tel est le cas du gage dans les conditions évoquées supra. Cependant, le cas des sûretés propriété nouvellement consacrées par le droit des sûretés mérite une attention particulière car comme le gage elle semble affaiblir d'avantage la situation du garant dans la liquidation judiciaire.

Section 2 : Cas particulier de la fiducie-sûreté en cas de liquidation judiciaire

La Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a intégré la Fiducie dans le Livre troisième du code civil intitulé : « Des différentes manières dont acquière la propriété » est complété par le titre XIV : « De la Fiducie ». Cette introduction est le fruit d'un long processus de réflexions et de discussions qui a vu la succession de plusieurs textes⁹⁸ depuis le premier projet de Loi relatif à la fiducie déposé en Février 1992 à l'Assemblée nationale⁹⁹.

⁹⁶ C'est ce que prévoyait déjà l'anc. art. L. 622-23 C.com.

⁹⁷ C.civ. art. 2340 a. 1: « Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription »

⁹⁸ L. n° 2007-211 du 19 fév. 2007 ; L. n° 2008-776 du 4 août 2008 ; Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 ; Ord. n° 2009-112 du 30 janv. 2009 et L. n° 2009-526 du 12 mai 2009.

⁹⁹ Les personnes physiques et les personnes morales étaient toutes les deux visées par ce projet qui fut abandonné plus tard.

La fiducie constitue « un transfert de propriété, limité dans son usage et dans le temps : une personne le constituant transfère tout ou partie de son patrimoine à une autre personne, le fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir au profit d'une troisième personne, le bénéficiaire, dans un but et pour une durée déterminées ». C'est une opération triangulaire qui trouve son équivalent en droit anglo-saxon dans l'institution du trust¹⁰⁰ ou d'autres mécanismes semblables adoptés par certains pays tels que la Chine, le Japon et la Russie. D'autres tels l'Italie et le Luxembourg ont, comme la France, introduit la fiducie dans leur législation interne afin d'obtenir un résultat équivalent à celui du trust.

Cependant, la fiducie est un mécanisme qui tire son origine du droit romain qui distinguait trois types de fiducie, la fiducie-gestion, la fiducie-transmission et la fiducie-sûreté. Toutes les trois formes ont été adoptées et introduites dans le Code Napoléon mais seule celle utilisée à des fins de garanties attire notre attention notamment le régime propre de la fiducie-sûreté instauré par l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la Loi de ratification du 12 mai 2009 portant simplification et clarification du droit et de l'allègement des procédures.

Une précision mérite également d'être apportée ici en ce sens que la fiducie-sûreté peut être donnée non seulement par le débiteur mais aussi par un tiers. Dans le premier cas il s'agira pour le débiteur, constituant, de transférer la propriété d'un bien ou d'un ensemble de biens à son créancier fiduciaire et bénéficiaire des biens du patrimoine fiduciaire. Ici comme on le voit l'opération a lieu entre deux personnes ce qui n'est pas le cas lorsqu'un tiers garantit la dette du débiteur. C'est cette dernière hypothèse qui fera l'objet de nos développements. Ainsi le sort du tiers donneur d'une fiducie-sûreté, envisagée dans les procédures collectives, se caractérise par la neutralisation des effets de ladite fiducie dès l'ouverture de la procédure (§1) et ce, comme toutes les autres garanties que nous avons étudié jusqu'à présent, tant qu'il est possible de sauver l'entreprise. Le cas échéant la fiducie-sûreté retrouve toute son efficacité (§2).

Paragraphe 1 : Neutralisation de la réalisation de la fiducie-sûreté inhérente à l'ouverture de la procédure

La loi du 19 février 2007 était muette sur le dénouement de la fiducie-sûreté en droit commun des sûretés aucune disposition ne prévoyant la défaillance du débiteur et la réalisation consécutive de ladite garantie par le créancier bénéficiaire¹⁰¹. C'est l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui est venue combler ce silence qui prévoit la réalisation en distinguant selon le bénéficiaire est le créancier lui-même ou un tiers¹⁰². Si le fiduciaire est lui-même bénéficiaire il « acquiert la libre disposition du bien »¹⁰³ cédé à titre de garantie et dont il est

¹⁰⁰ Il s'agit d'une institution qui permet à une personne, le constituant (settlor), de transférer la propriété de droits lui appartenant à un « trustee », afin de les administrer non dans l'intérêt propre de ce trustee mais dans un but déterminé, en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires (beneficiary).

¹⁰¹ Il était fait application du droit commun de la réalisation des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières c'est-à-dire du gage, du nantissement et de l'hypothèque conformément à l'ordonnance de 2006.

¹⁰² C.civ. art. 2372-3 et 2488-3

¹⁰³ C.civ. art. précédemment cités.

devenu propriétaire dès la conclusion de la fiducie¹⁰⁴. Le bien sort alors du patrimoine fiduciaire pour intégrer définitivement le patrimoine du fiduciaire. Par contre si le fiduciaire n'est pas le créancier bénéficiaire, ce dernier peut exiger au premier « la remise du bien » dont il peut librement disposer de même qu'il peut exiger que le fiduciaire vende le bien afin d'être payer sur le prix de vente et cela n'est possible que dans les cas où la convention l'a prévu.¹⁰⁵

Ce nouveau régime de réalisation de la fiducie sûreté en droit commun des sûretés est différent lorsque le débiteur du créancier se trouve en procédure collective. Le créancier ne peut réaliser la fiducie pendant la période d'observation (A), c'est la question de la neutralisation de ladite garantie qui retrouve néanmoins toute son efficacité en cas de liquidation judiciaire du débiteur (B).

A/ Période d'observation de la sauvegarde et du redressement judiciaire

L'article 32 de l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (C.ce. art. L. 622-23-1) dispose que : « Lorsque des biens ou des droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture ». Ce texte trouve son équivalent dans la procédure de redressement judiciaire par les dispositions de l'article L. 631-14 du code civil (ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 80).

Il en résulte que l'ouverture de la procédure n'a pas d'effet sur la fiducie lorsqu'elle est assortie d'une convention assurant au débiteur la jouissance ou l'usage des biens ou droits (actifs fiduciaires). Autrement dit, l'ouverture de la procédure n'entraîne pas la réalisation de la fiducie-sûreté assortie d'une clause de jouissance par le débiteur des actifs fiduciaires. Le créancier fiduciaire ne pourra donc contraindre par les moyens de droit le constituant à réaliser le patrimoine fiduciaire dès l'ouverture de la procédure. Mais n'est vrai que toutes les fois que la garantie permet au débiteur d'exercer les droits réels de l'abusus et du fructus du patrimoine fiduciaire.

Cependant, cette neutralisation résulte non seulement de la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures mais aussi de son corolaire, la suspension des poursuites contre les garants. La convention d'usage qui accompagne la fiducie fait bénéficier au garant personne physique constituant d'une fiducie le principe de la suspension des poursuites entamées avant le jugement d'ouverture et interdit toutes celles qui lui sont postérieures pendant la période d'observation. Cette application trouve naturellement son fondement légal

¹⁰⁴ A la conclusion de la fiducie le créancier bénéficiaire acquiert la propriété des biens ou droits cédés en garantie mais il ne peut en disposer librement dès lors qu'il existe une convention d'usage. Cependant, la réalisation de la fiducie lui permet d'avoir la pleine propriété des actifs fiduciaires avec les trois attributs de la propriété c'est-à-dire l'usus, l'abusus et le fructus.

¹⁰⁵ C.civ. art. 2372 a.2 et 2388-3 a.2.

dans l'article L.622-28 comme nous le soulignons déjà dans notre première partie au chapitre relatif à l'immunité d'action dont bénéficient les garants personnes physiques.

En effet, c'est à travers la mention « les personnes physiques (...) ayant (...) cédé un bien en garantie » que le législateur entend faire bénéficier ladite règle au constituant, personne physique, d'une fiducie-sûreté, qui n'est pas le débiteur. Cette règle est applicable aussi bien dans la procédure de sauvegarde que dans celle de redressement comme nous le précisons dans nos précédents développements auxquels il faut par ailleurs se référer. Aucun paiement ne pourra donc être réclamé au garant personne physique ayant cédé un bien en garantie de la dette du débiteur principal pendant la période d'observation et même au-delà.

Et pour cause, le garant sera toujours soustrait à son obligation pendant l'exécution du plan soit de sauvegarde soit de redressement dès lors que le débiteur respect les dispositions qui en résultent et qu'il paye le bénéficiaire de la fiducie les dividendes du plan.

En outre, il faut déduire des dispositions de l'article L. 622-23-1 sus mentionné que « si les biens sont dans un patrimoine fiduciaire sans maintien de l'usage ou de la jouissance de ces biens au profit du débiteur, il n'y a pas d'obstacle au transfert de ces biens au bénéficiaire » nonobstant l'ouverture de la procédure. Mais cela ne devrait pas être inquiété le tiers constituant¹⁰⁶ d'une fiducie dès lors qu'il bénéficie des dispositions de l'article L. 622-28 du code civil qui suspend les poursuites engagées contre lui ou interdit celles postérieures au jugement d'ouverture de la procédure.

En réalité, la personne physique, autre que le débiteur, qui a garanti la dette de l'entreprise contre lequel est ouverte la procédure en souscrivant une fiducie-sûreté, bénéficie de la même protection que tous les autres garants personnes physiques pendant la période d'observation et ce, pour les mêmes raisons dont la principale pour nous est sans doute d'éviter que la mise en œuvre de la fiducie n'hypothèque ou ne constitue un obstacle au sauvetage de l'entreprise ou du moins à « son suivi thérapeutique » pour son prompt rétablissement. Dès lors, la neutralisation de la fiducie dans les conditions qui viennent d'être par nous rappelées se justifie également par la présomption selon laquelle les biens et les droits constituant le patrimoine fiduciaire sont nécessaires à la poursuite ou au sauvetage de l'entreprise.

Il faut observer que ce régime de faveur qui est accordé au constituant d'une fiducie-sûreté n'est pas absolue le législateur lui prévoit quelques tempéraments lorsqu'une tentative de sauvetage de l'entreprise est engagée.

B/ Tempéraments dans la tentative de sauvetage de l'entreprise

Le jugement d'ouverture de la procédure emporte une série de mesures incitatives et de protections pour le débiteur nécessaires à la réussite du sauvetage de l'entreprise. Le sort du garant est généralement aligné sur celui du débiteur pendant que le créancier est soumis à une grande restriction de ses droits qu'il ne peut exercer pendant qu'une tentative de sauvetage de l'entreprise en mise en place. Et celle-ci aboutit en principe à l'arrêt d'un plan

¹⁰⁶ Par opposition au débiteur qui aura lui-même consenti une fiducie sûreté en vue de garantir sa propre dette

de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui, entre autre prévoit des modalités de paiement de la dette du débiteur principal. Et tant que celui-ci exécutera ledit plan conformément à ses dispositions le garant ne sera pas poursuivi et le patrimoine fiduciaire ne sera pas cédé.

A l'inverse, s'il est constaté un défaut d'exécution du plan de sauvegarde il peut avoir résolution du plan dans les conditions que nous avons précisé dans notre première partie. Cela a pour conséquence la perte de la protection du tiers constituant d'une fiducie-sûreté et le créancier fiduciaire recouvre le droit de céder les biens et droits donnés en fiducie pour se faire payer sa créance. Encore faut il que le constituant ait transmis ces actifs fiduciaires dans un patrimoine fiduciaire avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ayant donné lieu au plan résolu conformément aux dispositions de l'article L. 631-14 alinéa 4 du code de commerce. C'est ce qu'énonce l'article L. 631-14 alinéa 4 du même code en précisant que les dispositions de l'article L. 622-23-1 du même code ne sont pas applicables lorsque le redressement judiciaire a été ouvert à la suite de la résolution d'un plan adopté à l'occasion d'une précédente procédure de sauvegarde. Nous pensons que cette solution est réaliste, juste et équitable dans la conciliation entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur et très discriminatoire par rapport aux autres sûretés.

En effet, cette solution apparaît d'abord comme une mesure « équilibrée » en ce sens que d'une part elle récompense les sacrifices faits par le créancier fiduciaire lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde pour tenter de sauver l'entreprise et lui éviter d'être en état de cessation de paiements. Il est juste que la non exécution des mesures prises en concertation avec le débiteur principal et la cessation de paiements du débiteur¹⁰⁷ lui fassent retrouver ses droits de poursuites contre le garant en vue de réaliser sa garantie. D'autre part, cette solution est une mesure de dissuasion et une sanction pour le débiteur nonchalant et peu diligent qui n'a pas mis à profit tous les avantages à lui consentis pour sauver l'entreprise¹⁰⁸. Ensuite, elle est discriminatoire car elle n'est applicable que dans le cas de la fiducie-sûreté et les autres garanties ne bénéficient pas de cette mesure qui ne profite donc qu'aux seuls créanciers fiduciaires d'une fiducie alors que les autres garanties restent toujours suspendues en cas de conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire pour défaut d'exécution du plan de sauvegarde par le débiteur principal.

Par ailleurs, il faut observer que la neutralisation énoncée précédemment n'affecte que la fiducie-sûreté sans dépossession du constituant c'est-à-dire en l'absence de la convention d'usage¹⁰⁹. Dans ce cas le créancier bénéficiaire ne subirait pas la suspension des poursuites et pourrait par conséquent réaliser sa garantie nonobstant l'ouverture de la procédure de

¹⁰⁷ Renvoie aux dispositions de l'art. L. 626- 27 du C. ce. qui dispose que « Lorsque la cessation de paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le Tribunal qui a arrêté ce dernier décide, après avis du ministère public, sa résolution et ouvre une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement est manifestement impossible, une procédure de liquidation judiciaire »

¹⁰⁸ Comme nous l'avons déjà dit plus haut dans notre première partie, cela apparaît comme une faute du débiteur principal qui est sanctionnée par la restauration des droits du créanciers notamment celui de réaliser sa garantie en cas de résolutions du plan.

¹⁰⁹ Convention d'usage est celle qui laisse au constituant l'usage et la jouissance des biens ou droits transférés.

sauvegarde ou de redressement judiciaire¹¹⁰. Il existe là une discrimination dans le traitement des créanciers ayant cédé un bien en garantie dont le sort dépend de la possession ou non du patrimoine fiduciaire. Cela ressemble bien à la situation des autres garanties réelles avec ou sans dépossession qui peuvent opposer leur droit de rétention lorsqu'ils ont la possession des biens donnés en garantie. Généralement, ils craignent moins la règle de la suspension des poursuites parce qu'ils disposent d'un droit de rétention qui garantit leur paiement par le débiteur mis en procédure. Ce dernier devra les payer si le bien retenu par le créancier est nécessaire au sauvetage de l'entreprise ce qui peut d'ailleurs expliquer la neutralisation de la réalisation de la fiducie-sûreté pendant la période d'observation.

C'est d'ailleurs sur le même fondement que le législateur déroge à la règle de l'interdiction des paiements de toute créance antérieure pour permettre au juge commissaire (dans le cadre de la procédure de sauvegarde) ou l'administrateur judiciaire (s'il est chargé d'une mission de représentation dans le cadre du redressement judiciaire) d'autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement pour obtenir le retour des biens et droits transférés à titre de garantie dans le patrimoine fiduciaire. Il ne faut pas croire qu'il est impossible pour le créancier bénéficiaire de réaliser la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire malgré les mesures de protection accordées au tiers constituant dans l'objectif du sauvetage de l'entreprise. Il convient donc de voir ce qu'il en est lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte contre le débiteur principal.

Paragraphe 2 : Efficacité de la fiducie-sûreté en cas de liquidation judiciaire

L'ouverture d'une procédure de liquidation contre le débiteur a des conséquences sur la situation du tiers constituant de la fiducie qui peut se voir réclamer le paiement de la dette du débiteur principal par le fiduciaire en cas d'absence de dépossession de la propriété fiduciaire. La situation est tout autre lorsque lorsqu'il existe une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires, la réalisation se fait par la restitution des biens ou droits cédés. Les développements réalisés dans notre propos liminaire de cette deuxième section sont valables dans ce deuxième paragraphe. Mais pour appréhender d'avantage l'efficacité de cette garantie il convient d'examiner d'une part, la mise en œuvre de la réalisation de la fiducie sûreté en cas de liquidation judiciaire du débiteur (A). D'autre part, de voir les conséquences qui s'attachent à cette efficacité de la fiducie (B).

A/ Mise en œuvre de l'efficacité

Dès le prononcé de la liquidation judiciaire, le créancier bénéficiaire peut exercer ses droits. Le régime des contrats en cours est écarté aussi bien pour le contrat de fiducie que pour le contrat de mise à disposition conformément à l'article L.641-11-1, VI du code de

¹¹⁰ On pourrait bien prendre dans cette hypothèse l'exemple d'un créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté portant sur de l'argent ou les créances en l'absence d'une convention d'usage.

commerce. La volonté du législateur de rendre encore plus efficace la fiducie dans la procédure de liquidation judiciaire a pour effet la mise en œuvre des clauses qui stipulent que le créancier bénéficiaire pourra s'approprier ou réaliser à son profit les biens et droits de la fiducie pendant la liquidation judiciaire nonobstant l'existence d'une convention d'usage du patrimoine fiduciaire au profit du débiteur. En d'autres termes, il va récupérer les actifs fiduciaires dès l'ouverture de la procédure afin d'être désintéressé à hauteur de leur valeur sans subir de concours avec les autres créanciers.

En de termes plus clairs et précis, la mise en œuvre de l'efficacité de la fiducie-sûreté est subordonnée par l'impossibilité du sauvetage du débiteur¹¹¹, laquelle a pour conséquence l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire qui fait obstacle à l'application des règles relatives à la continuation des contrats en cours. L'application desdites règles dans la procédure de liquidation judiciaire aurait eu pour conséquence la possibilité d'imposer au créancier muni d'une fiducie sûreté la continuité de ladite garantie. Le débiteur, nonobstant l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire (et donc la constatation de l'impossibilité de sauver l'entreprise) aurait continué à faire usage du patrimoine fiduciaire¹¹² empêchant ainsi au créancier la possibilité de mettre un terme à la garantie ou de devenir définitivement propriétaire du patrimoine fiduciaire dans les conditions que nous avons évoquées plus haut à l'entame du premier paragraphe de la présente section¹¹³.

Le créancier fiduciaire n'a plus d'inquiétude à se faire sur ce point contrairement au garant, car le législateur lui permet en effet de réaliser librement et immédiatement sa sûreté, en cédant les actifs fiduciaires qui lui ont été transférés en cas de fiducie sûreté avec dépossession, le cas échéant en revendiquant au préalable ceux dont le débiteur avait la possession en cas de fiducie sûreté avec convention d'usage.

Par ailleurs, la liquidation judiciaire peut être clôturée soit par une cession de l'entreprise, soit pour insuffisance d'actif. Dans la première hypothèse, à laquelle nous y attarderont d'avantage¹¹⁴, l'efficacité de la fiducie-sûreté est assurée par le législateur qui prévoit que le plan de cession de l'entreprise n'a pas d'effet sur la réalisation de la fiducie-sûreté. En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 642-7 a.5 du code de commerce, « La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie ». Cette mesure permet au créancier bénéficiaire de s'opposer à ce que le cessionnaire utilise à titre gratuit un bien qui ne fait plus partie du patrimoine du débiteur, puisque transféré dans un

¹¹¹ L'impossible sauvetage de l'entreprise suppose une que le débiteur est en état de cessation de paiement et que toutes les conditions requises pour l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire sont réunies notamment l'absence d'une conciliation entre le débiteur et les créanciers dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements.

¹¹² Pour ce qui est notamment de la fiducie sûreté avec convention d'usage et de mise à disposition.

¹¹³ Nous faisons observer que cette continuité résultant des dispositions de l'art. L. 622-13 C. ce. constitue une mesure qui entrave de la résolution des contrats de droit commun notamment pour inexécution. De même qu'elle déroge à l'*exceptio non adimpleti contractus* (exception d'inexécution du contrat).

¹¹⁴ Le fait est que la cession de l'entreprise emporte généralement la cession des contrats en cours et donc celle probable de la fiducie-sûreté

patrimoine fiduciaire. L'utilisation ou même la possession dudit bien par le débiteur ne fait pas de lui le Verus dominus, elle résulte de la convention de mise à disposition¹¹⁵.

On pourrait justifier toutes ces mesures de faveur dont profitent le créancier fiduciaire par le souci du législateur de faciliter la mise en œuvre des moyens nécessaires au sauvetage de l'entreprise par le débiteur lui-même et ses plus proches partenaires, plutôt que par le repreneur. Mais cela n'est vrai que tant qu'une procédure de liquidation judiciaire n'est pas ouverte contre le débiteur, le cas échéant le tiers, personne physique ayant cédé un bien en garantie subira la toute puissance de la fiducie sûreté.

Si elle a été paralysée pendant la période d'observation et en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement lorsqu'elle est réputée porter sur des biens nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise pour ce qui est de la fiducie sans dépossession, la fiducie sûreté ne déploie désormais toute son efficacité que lorsqu'elle ne porte pas sur de tels biens (fiducie sûreté avec dépossession) et plus généralement en cas de liquidation judiciaire ou d'échec de sauvegarde ou de redressement. Mais il faut dire que ce régime de faveur dont bénéficie le créancier fiduciaire dans la procédure de liquidation judiciaire n'est pas sans conséquences à plus d'un titre.

B/ Conséquences de cette efficacité

Comme nous venons de le faire observer la fiducie-sûreté a un traitement très avantageux lorsque le débiteur principal est en liquidation judiciaire, un traitement dont il ne bénéficie pas lorsqu'il tente de sortir de ses difficultés avec l'aide judiciaire. La conséquence de cette préférence accordée par le législateur à la fiducie-sûreté pose problème dans l'égalité de traitement des créanciers à l'origine de plusieurs règles qui constituent les restrictions des droits des créanciers. N'a-t-on pas justifié l'application de la règle de la suspension des poursuites à la majorité des créanciers antérieurs par le souci d'égalité entre tous les créanciers ? N'a-t-on pas justifié l'application de la règle de l'arrêt du cours des intérêts à tous les créanciers par le même souci d'égalité ? Il ya comme un traitement de deux poids deux mesures entre les créanciers munis de garanties et par voies de conséquences entre les garants (personnels et réels) et même entre garants et débiteur.

D'abord entre les différentes garanties, force est de constater que certaines d'entre elles sont privilégiées par rapport à d'autres, et cela a une incidence sur le sort des donneurs de ces garanties qui, corrélativement se trouveraient se trouveraient privilégiés si la garantie qu'il a donné a les faveurs du législateur dans la procédure de liquidation judiciaire. Pour ne prendre que quelques exemples, la Loi de sauvegarde complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 admet la réalisation de la fiducie-sûreté en cas de liquidation judiciaire. Autrement dit, le tiers constituant de la ladite garantie devra payer la dette du débiteur

¹¹⁵ Application des dispositions de l'art. 2018-1 C.civ. issues de la L. n° 2008-776, 4 août 2008 qui dispose que : « Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre 1^{er} du code de commerce, sauf stipulation contraire ».

principal en liquidation judiciaire et ainsi récupérer le bien cédé à titre de garantie en cas de dépossession dudit bien, le cas échéant il devra restituer le bien sur lequel il n'exerçait que le droit d'usage et celui de jouissance par l'effet de la convention de mise en disposition. Si tant est qu'on applique le principe de l'égalité entre tous, on devrait en déduire que tous les garants réels devraient payer la dette du débiteur principal dans la procédure de liquidation judiciaire.

Or, ceci n'est pas le cas. En effet, la même loi de sauvegarde ne permet pas au créancier titulaire d'un gage de réaliser ladite sûreté dans la même procédure lorsqu'il est assorti d'un pacte comissoire¹¹⁶. A titre de rappel, cette clause jadis prohibé en droit commun des sûretés¹¹⁷, est désormais admises par les dispositions de l'article 2348 du code civil (issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés) et désignent la clause par laquelle constituant et créancier conviennent qu'en cas de d'inexécution de l'obligation du débiteur principal, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. Une cohérence du droit des entreprise en difficultés aurait permis au créancier titulaire d'un gage de réaliser sa garantie par la mise en œuvre du pacte comissoire dans la procédure de liquidation judiciaire.

Mieux encore, on pourrait se demander comme le Professeur BOURASSIN pourquoi la faculté d'attribution judiciaire est réservée aux seuls créanciers titulaires d'un gage ? On peut déduire de ces disparités de traitements des créanciers et des garants personnes physiques que le donneur d'un gage est plus ou moins protégé que certains autres garants lorsque le débiteur principal est en liquidation judiciaire.

Il s'agit là d'une incohérence du droit des procédures collectives qui tente de concilier le les intérêts opposés des garants et créanciers afin d'assurer le maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté même si une un débiteur contre qui une procédure de liquidation judiciaire est ouverte n'a plus de véritable chances de survivre. Qu'à cela ne tienne cette incohérence est le prix de cette nécessaire conciliation des intérêts en présence. Il faut simplement souhaiter que le législateur des entreprises en difficulté se remette en cause pour gommer le plus possible toutes ces incohérences qui émaillent certaines dispositions du code de commerce.

Une chose est certaine, l'efficacité de la fiducie-sûreté dans la période de liquidation judiciaire met en exergue, l'inégalité de traitement des garants personnes physiques dans les procédures collectives en général, de même qu'elle fait de la fiducie-sûreté une garantie

¹¹⁶ C.com. art. L. 641-3 a. 1 prohibition de la mise ne œuvre du pacte comissoire en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur que se soit dans la sauvegarde (C.ce. art. L. 622-7) ou dans le redressement judiciaire.

¹¹⁷ C.civ. anc. art. 2078 a.2 ; Cass.com. 19 décembre 2006, Bull. civ. IV, n° 250. Dans cet arrêt la cour de cassation avait cassé, sur le fondement de l'art. 2078 C.civ. un arrêt ayant admis qu'une banque avait acquis la propriété de créances à titre de garantie d'un prêt, dès la conclusion de celui-ci, et donc sans aucune autorisation judiciaire. Elle concluait en signifiant que la cession de créance à titre de garantie non fondée sur une disposition spéciale constitue un pacte comissoire interdit. Voir également les développements faits sur la « cession de créances professionnelles à titre de garantie » par les Professeurs BOURASSIN Manuella, BREMONT Vincent et JOBARD-BACHELLIER (Droit des sûretés, Sirey 2010, 2^e édition, p.338, n° 1263)

beaucoup attractive et donc de référence pour les créanciers, qui trouvent dans cette dernière beaucoup plus de sécurité lorsqu'une procédure est ouverte à l'encontre du débiteur principal, du moins en comparaison avec d'autres sûretés réelles (toutes proportions gardées). Quoi de plus naturelle pour un créancier de recourir d'avantage à une sûreté qui lui offre beaucoup plus de chances d'être désintéressé nonobstant l'ouverture d'une procédure collective de son débiteur.

CONCLUSION

Le sort des garants dans les procédures collectives est un sujet très enrichissant, il permet de voir les exigences du droit des sûretés et celles du droit des procédures collectives. Il laisse cependant entrevoir de nombreuses incohérences au niveau des règles qui sont applicables au garant sans qu'il n'y ait de fondement assez convaincant. En effet, le garant profite de plusieurs avantages dont bénéficie le débiteur de sorte qu'on justifie l'extension de ses règles au garant

BIBLIOGRAPHIE

I- THESES

BUSSIERE Fabrice, Les garanties personnelles et les procédures collectives, Paris 1, 2002, N° nationale : 2002PA010251

JAMES Jean Claude, La situation des créanciers gagistes dans les procédures collectives, Dijon 1995, N° nationale : 1995DIJ0D004

MACORIG VENIER Francine, Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, Toulouse 1, N° national : 1992TOU10004

PRISO Lina Laure, Le sort des sûretés dans les procédures collectives après la réforme de 25 janvier 1985, Paris 12, 1991, N° national : 1991PA122006

ZEPI Sandrine, Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives, Nice Antipolis, 2004, N° national : 2004NICE0030

II- TRAITES

BARTHEZ Anne Sophie, HOUTCIEFF Dimitri, Traité de droit civil, les sûretés personnelles, LGDJ, 2010 ISBN : 978-2-275-03212-2

DELEBECQUE Philippe, GERMAIN Michel, Traité de droit commercial Tome 2, LGDJ, 17^e édition, 2005 ISBN : 2-275-02315-1

SOINNE Bernard, Traité des procédures collectives, Litec, 2^e édition, 1995, ISBN : 2-7111-2253-0

III- OUVRAGES GENERAUX

BOLZE Antoine, Procédures collectives et sûretés, Dyna'sup droit, 2006, ISBN 13 : 978-2-7117 74968 ISBN 10 : 2 7117 7496 1

BOURASSIN Manuella, BREMOND Vincent et JOBAR-BACHELLIER M., Droit des sûretés, Sirey université, 2^e édition, 2010, ISBN : 978-2-247- 08686-3

CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine, PETEL Philippe, Droit des sûretés, Litec 2007, 8^e édition, ISBN : 978-2-7110-0690-8

CHVIKA Eran, Droit privé et procédures collectives, Défrénois, 2003, ISBN : 2-85623-058-X

COUCHEZ Gérard, Voies d'exécution, Sirey 2010, 10^e édition, ISBN : 978-2-247-08458-6

DERRIDA Fernand, GODE Pierre et SORTAIS J.P, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 3^e édition, 1991

FARGE Michel, Les sûretés, PUG, 2007, ISBN : 978-2-7061-1389-5

GIBIRILA Deen, Droit des entreprises en difficulté, Défrénois-lextenso éditions, 2009, ISBN : 978-2-85623-094-7

LE CORRE Pierre Michel :

- **Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, 4^e édition, 2008-2009, ISBN : 978-2-247-07773-1 ;**
- **Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, 5^e édition, 2010-2011, ISBN : 978-2-247-08627-6 ;**
- **La réforme du droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 2009, ISBN : 978-2-247-08325-1**

LE CORRE Pierre Michel et LE CORRE-BROLY Emmanuelle, Droit des entreprises en difficulté, Sirey université, 2^e édition, 2006

LEFEBVRE Francis :

- **La fiducie, mode d'emploi, Editions Francis LEFEBVRE 2009, 2^e édition, ISBN : 978-2-85115-811-6**
- **Réforme des procédures collectives, collection dossiers pratiques, Editions Francis LEFEBVRE, 2006, ISBN : 2-85115-650-0**
- **Réforme des procédures collectives, collection dossiers pratiques, Editions Francis LEFEBVRE, 2009, ISBN : 978-2-85115-809-3**

LIENHARD Alain, Procédures collectives, Delmas, 3^e édition, 2009, ISBN : 978-2-247-08326-8/ 0750 3431

LUCAS François Xavier et LECUYER Hervé, La réforme des procédures collectives (La loi de sauvegarde article par article), LGDJ, ISBN :

PEROCHON Françoise et BONHOMME Régine, Entreprises en difficulté et instrument de paiement et de crédit, LGDJ, 8^e édition, 2009, ISBN : 978-2-275-03390-7

PETEL Philippe, Procédures collectives, Dalloz, 6^e édition

PICOD Yves, Droit des sûretés, PUF, 2008, ISBN : 978-2-13-056326-6

PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, Ellipses, 2008, ISBN : 978-2-7298-3967-3

PIETTE Gaël, Droit des sûretés, sûretés personnelles et sûretés réelles, Mémentos LMD, Gualino, 3^e édition

SAINT ALARY-HOUIN et SAINT ALARY Corine, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 6^e édition, 2009, ISBN : 978-2-7076-1651-7

SEUBE Jean Baptiste, Droit des sûretés, Dalloz, 4^e édition, 2008, ISBN : 978-2-247-07858-5

SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit civil, les sûretés et la publicité foncière, Dalloz, 5^e édition, 2009, ISBN : 978-2-247-07519-5

VALLANSAN Jocelyne, CAGNOLI Pierre, FIN-LANGER Laurence, Difficultés des entreprises (commentaire article par article du Livre 4 du code de commerce), Litec, 5^e édition, 2009, ISBN : 978-2-7110-0940-4

IV- DOCTRINE

AYNES Laurent, Le régime juridique de la fiducie, RLDC, mai 2009, n° 60, p. 67 et s.

DAMMAN Reinhard :

- **Avantages et inconvénients de la fiducie sûreté en cas de procédure collective, RLDC, mai 2009, n° 60, p. 64 et s.**
- **Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? D. 2007, doss. p. 1359 et s.**

DOM Jean Philippe, Le sort de la fiducie sûreté en cas de procédure collective du débiteur est aménagé, Act. proc. coll. 2009, n° 1, p.5

DUPICHOT Philippe, Droit des sûretés, LPA 2010, n° 74, p. 6 et s. ; LPA 2010, n° 76, p. 10 et s.

HOUIN-BRESSAND Caroline, Cautions, garants et coobligés, Rev. proc. coll. avril 2008, doss. n° 9, p.112

LE CORRE Pierre Michel, Les clôtures, Rev. proc. coll. avril 2008, doss. n° 14, p.136

LECUYER Hervé, DAMMAN Reinhard, HART de KEATING, Gage, nantissement, droit de rétention et fiducie, LPA 2010, n° 80, p. 6 et s.

LEFEBVRE Hélène, Les conséquences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives, colloque de la Réunion, LPA, 27 mars 2008, n° 63 (numéro spécial)

AYNES Augustin, La consécration légale des droits de rétention, D. 2006, n° 19, p. 1301

PIEDELIEVRE Stéphane, La mise en œuvre des sûretés réelles dans le droit des procédures collectives, LPA 2000, n° 188, p.12

SAINT ALARY HOUIN Corine, La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies, Rev. proc. coll. mars 2007, n° 1

SALVAT Odile, La situation des garants, Rev. proc. coll. juin 2008, n° 2, p. 147 et s.

STORCK Michel, Cautionnement et procédures collectives, Colloque de Nice, LPA 2000, n°188, p.33

VINCKEL François, Le droit d'action des créanciers chirographaires dans la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, Rev. Proc. coll. mars 2007, n° 1

V- CHRONIQUES

CABRILLAC Michel et PETEL Philippe, Semaine juridique, septembre 2009, n° 36

MARTIN-SERF Arlette, Redressement et liquidation judiciaire, RTD. Com. 1995, p. 481 et s.

VI- JURISPRUDENCE

Cass.com. 23 novembre 1976, D.1977, p. 69, note DERRIDA

Cass.com. 17 novembre 1992, D.1993, p.41, note Dominique VIDAL

Paris 9 février 2002, Bull. inf. C.cass. 2003, n° 182

Cass.com. 13 avr. 1999, Act. proc. Coll. 1999, n° 10, 141

Cass.com. 30 juin 2009, JurisData n° 2009-048940, Fasc. 2372; Act. proc. coll. 2009, n° 14, 216, p. 4

Cass.com. 12 octobre 1993, D. 1994, p. 353, note O. PLAYOUST

VII- CODES ET DICTIONNAIRES

Code de commerce, Dalloz, 105^e édition, 2010

Code civil, Dalloz, 109^e édition, 2010

Code de procédures collectives, Dalloz

Vocabulaire juridique, Gérard CORNU, PUF, 8^e édition

Guide du langage juridique (dico), Sébastien BISSARDON, Litec, 3^e édition

VIII- SITES INTERNET

www.legifrance.gouv.fr

www.easydroit.fr/codes

www.toefrank.net/textes

www.lexinter.net/ncpc

ANNEXE 1

LOI N° 85-98 DU 25 JANVIER 1985

relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises

Article	Texte
<u>TITRE I</u>	
<u>RÉGIME GÉNÉRAL DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE</u>	
Article	(Art. 1er / Art. 2)
	(Art. 3 / Art. 136)
	(Art. 3 / Art. 60)

Chapitre I
La procédure d'observation

(Art. 3 / Art. 17)

Section I
Ouverture de la procédure

(Art. 3 / Art. 9)

Sous-section I
Saisine et décision du tribunal

(Art. 10 / Art. 15)

Sous-section II
Les organes de la procédure et les contrôleurs

(Art. 16 / Art. 17)

Sous-section III
Cas particuliers

(Art. 18 / Art. 25)

Section II
élaboration du bilan économique et social et du projet de plan de redressement de l'entreprise

(Art. 26 / Art. 60)

Section III
L'entreprise au cours de la période d'observation

(Art. 26 / Art. 30)

Sous-section I
Mesures conservatoires

(Art. 31 / Art. 43)

Sous-section II
Gestion de l'entreprise

(Art. 31 / Art. 34)

Paragraphe I
L'administration de l'entreprise

(Art. 35 / Art. 43)

Paragraphe II
La poursuite de l'activité

(Art. 44 / Art. 45-1)

Sous-section III
Situation des salariés

(Art. 46 / Art. 60)

Sous-section IV
Situation des créanciers

(Art. 46)

Paragraphe I
Représentation des créanciers

(Art. 47 / Art. 49)

Paragraphe II

Arrêt des poursuites individuelles	(Art. 50 / Art. 54)	<u>Sous-section V</u> <i>La location-gérance</i>	98)
<u>Paragraphe III</u> Déclaration des créances	(Art. 55 / Art. 56)	Chapitre III Le patrimoine de l'entreprise	(Art. 99 / Art. 122)
<u>Paragraphe IV</u> Arrêt du cours des intérêts et absence de déchéance du terme	(Art. 57)	<u>Section I</u> <i>Vérification et admission des créances</i>	(Art. 99 / Art. 105)
<u>Paragraphe V</u> L'interdiction des inscriptions	(Art. 58 / Art. 60)	<u>Section II</u> <i>Nullité de certains actes</i>	(Art. 107 / Art. 110)
<u>Paragraphe VI</u> Cautions et coobligés	(Art. 61 / Art. 98)	<u>Section III</u> <i>Droits du conjoint</i>	(Art. 111 / Art. 114)
Chapitre II Le plan de continuation ou de cession de l'entreprise	(Art. 61 / Art. 68)	<u>Section IV</u> <i>Droits du vendeur de meubles et reventendications</i>	(Art. 115 / Art. 122)
<u>Section I</u> <i>Jugement arrêtant le plan</i>	(Art. 69 / Art. 80)	Chapitre IV Règlement des créances résultant du contrat de travail	(Art. 123 / Art. 136)
<u>Section II</u> <i>La continuation de l'entreprise</i>	(Art. 71 / Art. 73)	<u>Section I</u> <i>Vérification des créances</i>	(Art. 123 / Art. 127)
<u>Sous-section I</u> <i>Modifications des statuts des personnes morales</i>	(Art. 74 / Art. 80)	<u>Section II</u> <i>Privilège des salariés</i>	(Art. 128 / Art. 129)
<u>Sous-section II</u> <i>Modalités d'apurement du passif</i>	(Art. 81 / Art. 98)	<u>Section III</u> <i>Garantie du paiement des créances résultant du contrat de travail</i>	(Art. 130 / Art. 136)
<u>Section III</u> <i>La cession de l'entreprise</i>	(Art. 81)	TITRE II PROCÉDURE SIMPLIFIÉE APPLICABLE À CERTAINES ENTREPRISES	(Art. 137 / Art. 147)
<u>Sous-section I</u> <i>Dispositions générales</i>	(Art. 82 / Art. 88)	Chapitre I Jugement d'ouverture et période d'observation	(Art. 139 / Art. 142)
<u>Sous-section II</u> <i>Modalités de réalisation de la cession</i>	(Art. 89 / Art. 90)	Chapitre II Elaboration du plan de redressement de l'entreprise	(Art. 143 / Art. 146)
<u>Sous-section III</u> <i>Obligations du cessionnaire</i>	(Art. 91 / Art. 93)	Chapitre III Exécution du plan de redressement de l'entreprise	(Art. 147)
<u>Sous-section IV</u> <i>Effets à l'égard des créanciers</i>	(Art. 94 / Art. 98)	TITRE III LA LIQUIDATION JUDICIAIRE	(Art. 148 / Art. 170)

Chapitre I			Chapitre I	202)
Le jugement de liquidation judiciaire		(Art. 148 / Art. 153-4)	Banqueroute	
<u>Section I</u>		(Art. 148 / Art. 148-3)	<u>Chapitre II</u>	(Art. 203 / Art. 209)
<i>Liquidation judiciaire ouverte sans période d'observation</i>			Autres infractions	(Art. 210 / Art. 214)
<u>Section II</u>		(Art. 148-4)	<u>Chapitre III</u>	
<i>Liquidation judiciaire prononcée au cours de la période d'observation</i>		(Art. 149 / Art. 153-4)	Règles de procédure	(Art. 215 / Art. 243)
<u>Section III</u>			<u>TITRE VIII</u>	
<i>Dispositions communes</i>		(Art. 154 / Art. 159)	DISPOSITIONS DIVERSES	
<u>Chapitre II</u>		(Art. 160 / Art. 170)		
Réalisation de l'actif				
<u>Chapitre III</u>		(Art. 160 / Art. 166)		
L'apurement du passif				
<u>Section I</u>		(Art. 161 / Art. 161-1)		
<i>Le règlement des créanciers</i>				
<u>Sous-section I</u>		(Art. 162 / Art. 166)		
<i>Droit de poursuite individuelle</i>				
<u>Sous-section II</u>		(Art. 167 / Art. 170)		
<i>Répartition du produit de la liquidation judiciaire</i>				
<u>Section II</u>		(Art. 171 / Art. 177)		
<i>Clôture des opérations de liquidation judiciaire</i>				
TITRE IV		(Art. 178 / Art. 184)		
VOIES DE RECOURS				
<u>TITRE V</u>		(Art. 185 / Art. 195)		
DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AUX PERSONNES MORALES ET À LEURS DIRIGEANTS				
<u>TITRE VI</u>		(Art. 196 / Art. 214)		
FAILLITE PERSONNELLE ET AUTRES MESURES D'INTERDICTION				
<u>TITRE VII</u>		(Art. 196 / Art. 196)		
BANQUEROUTE ET AUTRES INFRACTIONS				

Fait à Paris, le 25 janvier 1985.

ANNEXE 2

LOI no 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises (1)

NOR : JUSX9400223L

Art. 1er. - I. - La première phrase du sixième alinéa (4o) de l'article 1929 quater du code général des impôts est ainsi rédigée: << La publicité est obligatoire lorsque les sommes dues par un redevable à un même poste comptable ou service assimilé et susceptibles d'être inscrites dépassent 80 000 F au dernier jour d'un trimestre civil. >> II. - Le premier alinéa de l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés: << Dès lors qu'elles dépassent 80 000 F, les sommes privilégiées en application du premier alinéa de l'article L. 243-4 dues par un commerçant ou une personne morale de droit privé même non commerçante doivent être inscrites à un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance dans le délai de trois mois suivant leur échéance. << En cas de redressement ou de liquidation judiciaires du redevable ou d'un tiers tenu légalement au paiement de ces sommes, le privilège dont l'inscription n'a pas été régulièrement requise à l'encontre du redevable ne peut plus être exercé pour les créances qui étaient soumises à titre obligatoire à cette inscription. >>

Art. 2. - L'article 27 de la loi no 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises est complété par un alinéa ainsi rédigé: << Même si les seuils visés au premier alinéa ne sont pas atteints, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique peuvent nommer un commissaire aux comptes et un suppléant dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa. Dans ce cas, le commissaire aux comptes et son suppléant sont soumis aux mêmes obligations, encourent les mêmes responsabilités civile et pénale et exercent les mêmes pouvoirs que s'ils avaient été désignés en application du premier alinéa. >>

Art. 3. - L'article 34 de la loi no 84-148 du 1er mars 1984 précitée est ainsi rédigé: << Art. 34. - Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation. << A l'issue de cet entretien, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur. >>

Art. 4. - Les articles 35 à 37 de la loi no 84-148 du 1er mars 1984 précitée sont ainsi rédigés: << Art. 35. - Sans préjudice du pouvoir du président du tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission, il est institué une procédure de règlement amiable ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. << Le président du tribunal de commerce est saisi par une requête du représentant de l'entreprise, qui expose sa situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face. << Outre les pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa de l'article 34, le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. << Le président du tribunal ouvre le règlement amiable et désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de ce dernier. << Art. 36. - Le président du tribunal détermine la mission du conciliateur, dont l'objet est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers. << Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise visée au troisième alinéa de l'article 35. << S'il estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, le conciliateur peut saisir le président du tribunal. Après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ce dernier peut rendre une ordonnance la prononçant pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur. << Cette ordonnance suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision et tendant: << - à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent; << - à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. << Elle arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles. << Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont, en conséquence, suspendus. << Sauf autorisation du président du tribunal, l'ordonnance qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur, à peine de nullité, de payer, en tout ou partie, une créance quelconque née antérieurement à cette décision, ou de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement, ainsi que de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise ou de consentir une hypothèque ou un nantissement. Cette interdiction de payer ne s'applique pas aux créances résultant du contrat de travail. << Lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal de commerce et déposé au greffe. Si un accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut également l'homologuer et accorder au débiteur les délais de paiement prévus à l'article L244-1 du code civil pour les créances non incluses dans l'accord. << L'accord suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents à ces créanciers. << En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le tribunal prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. << Art. 37. - Le président du tribunal de grande instance peut, dans les mêmes conditions que celles prévues par les articles 34, 35 et 36, être saisi par le représentant de toute personne morale de droit privé et exerce les mêmes pouvoirs que ceux attribués par ces dispositions au président du tribunal de commerce. >>

Art. 5. - I. - Après l'article 1799 du code civil, il est inséré un article 1799-1 ainsi rédigé: << Art. 1799-1. - Le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 30 de l'article 1779 doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat. << Lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre que celles mentionnées au 30 de l'article 1779 tant que celles-ci n'ont pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt. Les versements se font sur l'ordre écrit et sous la responsabilité exclusive du maître de l'ouvrage entre les mains de la personne ou d'un mandataire désigné à cet effet. << Lorsque le maître de l'ouvrage ne recourt pas à un crédit spécifique ou lorsqu'il y recourt partiellement, et à défaut de garantie résultant d'une stipulation particulière, le paiement est garanti par un cautionnement solidaire consenti par un établissement de crédit, une entreprise d'assurance ou un organisme de garantie collective, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Tant qu'aucune garantie n'a été fournie et que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés, celui-ci peut surseoir à l'exécution du contrat après mise en demeure restée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours. << Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux marchés conclus par un organisme visé à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ou par une société d'économie mixte, pour des logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par cet organisme ou cette société. >> II. - L'article 12 de la loi no 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est complété par un alinéa ainsi rédigé: << Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article. >>

Art. 6. - Les articles 230-1 et 230-2 de la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales sont ainsi rédigés: << Art. 230-1. - Lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe le président du conseil d'administration ou du directoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. << A défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite par écrit le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est communiquée au comité d'entreprise. Le commissaire aux comptes en informe le président du tribunal de commerce. << En cas d'inobservation de ces dispositions ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale des actionnaires. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. << Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats. << Art. 230-2. - Dans les autres sociétés que les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes demande au gérant, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, des explications sur les faits visés au premier alinéa de l'article 230-1. Le gérant est tenu de lui répondre sous quinze jours. La réponse est communiquée au comité d'entreprise et, s'il en existe un, au conseil de surveillance. Le commissaire aux comptes en informe le président du tribunal de commerce. << En cas d'inobservation de ces dispositions ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial et invite par écrit le gérant à faire délibérer la prochaine assemblée générale sur les faits relevés. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. << Si, à l'issue de la

réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats. >>

Art. 7. - La première phrase du deuxième alinéa de l'article 75 de la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 précitée est ainsi rédigée: << Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale. >>

Art. 8. - L'article 10-3 de l'ordonnance no 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique est ainsi rédigé: << Art. 10-3. - Lorsque le commissaire aux comptes relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation du groupement, il en informe les administrateurs, dans des conditions qui sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ceux-ci sont tenus de lui répondre sous quinze jours. La réponse est communiquée au comité d'entreprise. Le commissaire aux comptes en informe le président du tribunal. << En cas d'inobservation de ces dispositions, ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial et invite par écrit les administrateurs à faire délibérer la prochaine assemblée générale sur les faits relevés. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. << Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats. >>

Art. 9. - L'article 29 de la loi no 84-148 du 1er mars 1984 précitée est ainsi rédigé: << Art. 29. - Lorsque le commissaire aux comptes d'une personne morale visée à l'article 27 relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de cette personne morale, il en informe les dirigeants de la personne morale dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. << A défaut de réponse sous quinze jours, ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite, par écrit, les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial de la personne morale sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération de l'organe collégial est communiquée au comité d'entreprise. Le commissaire aux comptes en informe le président du tribunal. << En cas d'inobservation de ces dispositions, ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. << Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats. >>

Art. 10. - I. - L'article L. 351-5 du code rural est complété par un alinéa ainsi rédigé: << Les dispositions de l'article 55 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises sont applicables. >> II. - Les dispositions du I sont applicables aux cautions souscrites à compter de la date de publication de la présente loi. CHAPITRE II Simplification de la procédure de redressement et de liquidation judiciaires

Art. 11. - I. - La dernière phrase du second alinéa de l'article 1er de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises est supprimée. II. - Le même article est complété par un alinéa ainsi rédigé: << La liquidation

judiciaire peut être prononcée sans ouverture d'une période d'observation lorsque l'entreprise a cessé toute activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible. >>

Art. 12. - Les deux premiers alinéas de l'article 2 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée sont remplacés par un alinéa ainsi rédigé: << Le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à tout artisan, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé. >>

Art. 13. - Dans la première phrase de l'article 5 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les mots: << la procédure est ouverte d'office ou >> sont remplacés par les mots: << la procédure peut être ouverte >>.

Art. 14. - Le troisième alinéa de l'article 7 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par une phrase ainsi rédigée: << La Cour de cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel. >> CHAPITRE III Modernisation du régime général du redressement judiciaire

Art. 15. - Le second alinéa de l'article 8 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << La durée maximale de la période d'observation, qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur, du procureur de la République ou d'office par le tribunal, est fixée par décret en Conseil d'Etat. Elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par décret en Conseil d'Etat. >>

Art. 16. - I. - Le troisième alinéa de l'article 10 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un membre de phrase ainsi rédigé: << sauf dans les cas où cette disposition empêche la désignation d'un représentant des salariés >>. II. - Le même article est complété par un alinéa ainsi rédigé: << Lorsque aucun représentant des salariés ne peut être désigné, un procès-verbal de carence est établi par le chef d'entreprise. >>

Art. 17. - I. - L'article 10 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << En l'absence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, le représentant des salariés exerce les fonctions dévolues à ces institutions par les dispositions du titre premier. >> II. - Le second alinéa de l'article 139 de la même loi est ainsi rédigé: << Dans les entreprises ne remplissant pas les conditions prévues à l'article L. 421-1 du code du travail ou dans les entreprises n'ayant pas d'institutions représentatives du personnel, le représentant des salariés exerce les fonctions dévolues à ces institutions par les dispositions du titre premier. >>

Art. 18. - I. - L'initiale de la sous-section 2 de la section 1 du chapitre Ier du titre Ier de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigée: << Les organes de la procédure et les contrôleurs >>. II. - La première phrase du deuxième alinéa de l'article 12 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigée: << L'administrateur, le représentant des créanciers ou un contrôleur peut demander au juge-commissaire de saisir à cette fin le tribunal >>.

Art. 19. - I. - Le premier alinéa de l'article 15 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi

parmi les créanciers chirographaires. >> II. - Le troisième alinéa du même article est complété par une phrase ainsi rédigée: << Ils sont tenus au secret professionnel sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal >>. III. - La première phrase du dernier alinéa du même article est ainsi rédigée: << Les fonctions de contrôleur sont gratuites; le contrôleur peut se faire représenter par l'un de ses préposés ou par un ministre d'avocat >>.

Art. 20. - I. - Dans la première phrase du premier alinéa de l'article 17 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les mots: << La procédure ne peut être ouverte >> sont remplacés par les mots: << Le tribunal ne peut être saisi >>. II. - Au début du cinquième alinéa du même article, les mots: << La procédure ne peut être ouverte >> sont remplacés par les mots: << Le tribunal ne peut être saisi en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires >>.

Art. 21. - L'article 21 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << 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. >>

Art. 22. - I. - Au premier alinéa de l'article 25 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, après les mots: << les délégués du personnel >>, sont insérés les mots: << , un contrôleur >>. II. - Au premier alinéa de l'article 36 de la même loi, après les mots: << le représentant des créanciers >>, sont insérés les mots: << d'un contrôleur, >>. III. - Au deuxième alinéa de l'article 36 de la même loi, après les mots: << le représentant des créanciers >>, sont insérés les mots: << , un contrôleur >>. IV. - Au premier alinéa de l'article 61 de la même loi, après les mots: << le représentant des créanciers >>, sont insérés les mots: << , un contrôleur >>.

Art. 23. - L'article 27 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Art. 27. - Il est procédé à l'inventaire des biens de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure. << L'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution. >>

Art. 24. - Le premier alinéa de l'article 33 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par une phrase ainsi rédigée: << Cette interdiction ne fait pas obstacle au paiement par compensation de créances connexes. >>

Art. 25. - Après le premier alinéa de l'article 34 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << Le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien. Sauf décision spécialement motivée du juge-commissaire ou lorsqu'il intervient au bénéfice du Trésor ou des organismes sociaux ou organismes assimilés, ce paiement provisionnel est subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit. >>

Art. 26. - I. - Le premier alinéa de l'article 37 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés: << L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-

commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour prendre parti. << Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il nedisposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. << A défaut de paiement dans les conditions définies à l'alinéa précédent et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, le contrat est résilié de plein droit et le parquet, l'administrateur, le représentant des créanciers ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation. >> II. - Le troisième alinéa du même article est supprimé.

Art. 27. - Le premier alinéa de l'article 38 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << A compter du jugement d'ouverture, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire ou la résiliation de plein droit du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour défaut de paiement des loyers et des charges afférent à une occupation postérieure audit jugement. Cette action ne peut être introduite moins de deux mois après le jugement d'ouverture. >>

Art. 28. - Après l'article 38 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 38-1 ainsi rédigé: << Art. 38-1. - En cas de cession du bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est inopposable à l'administrateur. >>

Art. 29. - L'article 40 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi modifié: I. - Dans la deuxième phrase du premier alinéa, les mots: << ou de liquidation >> sont supprimés. II. - Il est inséré, après le premier alinéa, un alinéa ainsi rédigé: << En cas de liquidation judiciaire, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail, des frais de justice, de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application de la loi no 51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. >> III. - Le cinquième alinéa (30) est complété par une phrase ainsi rédigée: << En cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice de la présente disposition. >>

Art. 30. - I. - L'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale est complété par un cinquième alinéa ainsi rédigé: << En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, les pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture sont remis. >> II. - Avant le dernier alinéa de l'article 1143-2 du code rural, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, les pénalités ou majorations de retard dues par le redevable à la date du jugement d'ouverture, ainsi que les frais de poursuites, sont remis. >>

Art. 31. - I. - Le troisième alinéa de l'article 1926 du code général des impôts est abrogé. II. - Il est inséré, après l'article 1740 septies du même code, un article 1740 octies ainsi rédigé: << Art. 1740 octies. - En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, les frais de poursuite et les pénalités fiscales encourues en matière d'impôts directs et taxes assimilées dus à la date du jugement d'ouverture, de taxes sur le chiffre d'affaires et taxes assimilées dues à la date du

jugement d'ouverture, de droits d'enregistrement, taxe de publicité foncière, droits de timbre et autres droits et taxes assimilés dus à la date du jugement d'ouverture sont remis, à l'exception des majorations prévues au 3 de l'article 1728 et aux articles 1729 et 1730 et des amendes fiscales visées aux articles 1740 ter, 1740 quater et 1827. >>

Art. 32. - Les deux dernières phrases de l'article 45 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée sont ainsi rédigées: << Préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code du travail et informe l'autorité administrative compétente dans les conditions prévues à l'article L. 321-8 du même code. Il joint, à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés. >>

Art. 33. - Après l'article 45 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 45-1 ainsi rédigé: << Art. 45-1. - Toute somme versée par l'association mentionnée à l'article L. 143-11-4 du code du travail en application des articles L. 143-11-1 à L. 143-11-3 du même code donne lieu à déclaration à l'administration fiscale. >>

Art. 34. - I. - Le premier alinéa de l'article 46 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Sans préjudice des droits reconnus aux contrôleurs, le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers. >> II. - Après le premier alinéa du même article, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << Le représentant des créanciers communique au juge-commissaire et au procureur de la République les observations qui lui sont transmises à tout moment de la procédure par les contrôleurs. >>

Art. 35. - A. - L'article 50 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi modifié: I. - La seconde phrase du premier alinéa est ainsi rédigée: << Les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié sont avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu. >> II. - Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix. >> III. - Dans la deuxième phrase du deuxième alinéa, après les mots: << sécurité sociale >>, il est inséré un membre de phrase ainsi rédigé: << ainsi que les créances recouvrées par les organismes visés à l'article L. 351-21 du code du travail >>. IV. - Le deuxième alinéa est complété par un membre de phrase ainsi rédigé: << sous réserve des procédures judiciaires ou administratives en cours, leur établissement définitif doit, à peine de forclusion, être effectué dans le délai prévu à l'article 100. >>. B. - L'article 106 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est abrogé.

Art. 36. - Les deux premières phrases du dernier alinéa de l'article 51 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée sont ainsi rédigées: << Sauf si elle résulte d'un titre exécutoire, la créance déclarée est certifiée sincère par le créancier. Le visa du commissaire aux comptes ou, à défaut, de l'expert-comptable sur la déclaration de créance peut être demandé par le juge-commissaire. >>

Art. 37. - I. - Après le premier alinéa de l'article 53 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << La forclusion n'est pas opposable aux créanciers mentionnés dans la seconde phrase du premier alinéa de l'article 50, dès lors qu'ils n'ont pas été avisés personnellement. >> II. - Le deuxième alinéa du même article est

complété par une phrase ainsi rédigée : << L'appel de la décision du juge-commissaire statuant sur le relevé de forclusion est porté devant la cour d'appel. >>

Art. 38. - I. - L'article 55 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par une phrase et deux alinéas ainsi rédigés : << Les cautions et coobligés ne peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. >> Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre les cautions personnelles personnes physiques. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. << Les créanciers bénéficiaires de ces cautionnements peuvent prendre des mesures conservatoires. >> II. - Les dispositions du I sont applicables aux cautionnements souscrits à compter de la date de publication de la présente loi.

Art. 39. - Le premier alinéa de l'article 57 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé : << Les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire. >>

Art. 40. - L'article 65 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par deux phrases ainsi rédigées : << Elle ne peut excéder dix ans. Lorsque le débiteur est un agriculteur, elle ne peut excéder quinze ans. >>

Art. 41. - I. - Le dernier alinéa de l'article 68 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé : << Toutefois, en cas de cession de l'entreprise, le montant du prix tel qu'il a été fixé dans le jugement arrêtant le plan ne peut être modifié. >> II. - Le dernier alinéa de l'article 98 de la même loi est complété par un membre de phrase ainsi rédigé : << , sauf en ce qui concerne le montant du prix >>.

Art. 42. - La seconde phrase du second alinéa de l'article 69 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigée : << Les cessions faites en application du présent article sont soumises aux dispositions des articles 82 à 90 et 93 ci-après. >>

Art. 43. - Après l'article 69 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 69-1 ainsi rédigé : << Art. 69-1. - Lorsque le débiteur fait l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques et relatif aux cartes de paiement, mise en oeuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant le jugement d'ouverture de la procédure, le tribunal peut prononcer la suspension des effets de cette mesure pour une durée ne pouvant excéder les délais arrêtés en application de l'article 74 ou de l'article 75, selon le cas. << La décision du tribunal prononçant, en application de l'article 80, la résolution du plan met fin de plein droit à la suspension des effets de l'interdiction. << Le respect des échéances et des modalités prévues par le plan vaut régularisation de l'incident au sens de l'article 65-3 du décret-loi du 30 octobre 1935 précité. >>

Art. 44. - L'article 73 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé : << Art. 73. - Les associés ou actionnaires sont tenus de libérer le capital qu'ils souscrivent dans le délai fixé par le tribunal. En cas de libération immédiate, ils peuvent bénéficier de la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan sous forme de remises ou de délais. >>

Art. 45. - Le second alinéa de l'article 74 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par une phrase ainsi rédigée : << Le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an. >>

Art. 46. - L'article 74 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé : << Pour les contrats de crédit-bail, ces délais prennent fin si, avant leur expiration, le crédit-preneur lève l'option d'achat. Celle-ci ne peut être levée si, sous déduction des remises acceptées, l'intégralité des sommes dues en vertu du contrat n'a pas été réglée. >>

Art. 47. - A la fin du dernier alinéa de l'article 77 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, le mot << quérables >> est remplacé par le mot << portables >>.

Art. 48. - Le premier alinéa de l'article 80 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé : << Si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le tribunal peut, d'office ou à la demande d'un créancier, le commissaire à l'exécution du plan entendre, prononcer la résolution du plan et l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. >> << Art. 49. - I. - Le dernier alinéa de l'article 81 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé : << En l'absence de plan de continuation de l'entreprise, les biens non compris dans le plan de cession sont vendus et les droits et actions du débiteur sont exercés par le commissaire à l'exécution du plan selon les modalités prévues au titre III. >> II. - Le premier alinéa de l'article 92 de la même loi est ainsi rédigé : << En cas de cession totale de l'entreprise, le tribunal prononce la clôture des opérations après régularisation des actes nécessaires à la cession, paiement du prix et réalisation des actifs non compris dans le plan. >>

Art. 50. - I. - Le premier alinéa de l'article 83 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé : << Toute offre doit être communiquée à l'administrateur dans le délai qu'il a fixé et qu'il a porté à la connaissance du représentant des créanciers et des contrôleurs. Sauf accord entre le débiteur, le représentant des salariés, le représentant des créanciers et les contrôleurs, un délai de quinze jours au minimum doit s'étendre entre la réception d'une offre par l'administrateur et l'audience au cours de laquelle le tribunal examine cette offre. Toute offre comporte l'indication : >> II. - Après le sixième alinéa (50) du même article, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : << 60 Des prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession. >> III. - Le même article est complété par un alinéa ainsi rédigé : << L'administrateur informe les personnes mentionnées au premier alinéa du contenu des offres reçues. >>

Art. 51. - L'article 84 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par les mois : << ainsi que la qualité de tiers de son auteur >>.

Art. 52. - L'article 86 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé : << En cas de cession d'un contrat de crédit-bail, ces délais prennent fin si, avant leur expiration, le crédit-preneur lève l'option d'achat. Cette option ne peut être levée qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession. >>

Art. 53. - L'article 89 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé : << Le commissaire rend compte au commissaire à l'exécution du plan de l'application des dispositions prévues par le plan de cession à l'issue de chaque exercice suivant celle-ci. Si le commissaire n'exécute pas ses engagements, le tribunal peut, d'office, à

la demande du procureur de la République, du commissaire à l'exécution du plan, du représentant des créanciers ou d'un créancier, prononcer la résolution du plan. >>

Art. 54. - Après l'article 89 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 89-1 ainsi rédigé: << Art. 89-1. - Le tribunal peut assortir le plan de cession d'une clause rendant inaliénables, pour une durée qu'il fixe, tout ou partie des biens cédés. << La publicité de cette clause sera assurée dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat. >>

Art. 55. - Le deuxième alinéa de l'article 93 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés: << Le paiement du prix de cession fait obstacle à l'exercice à l'encontre du cessionnaire des droits des créanciers inscrits sur ces biens. << Toutefois, la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci sera alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie, sous réserve des délais de paiement qui pourront être accordés dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 86. Il peut être dérogé aux dispositions du présent alinéa par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés. >>

Art. 56. - L'article 100 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Art. 100. - Dans le délai fixé par le tribunal, le représentant des créanciers établit, après avoir sollicité les observations du débiteur, la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Il transmet cette liste au juge-commissaire. << Le représentant des créanciers ne peut être rémunéré au titre des créances déclarées ne figurant pas sur la liste établie dans le délai mentionné ci-dessus. >>

Art. 57. - L'article 115 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 est ainsi rédigé: << Art. 115. - La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate. << Pour les biens faisant l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure, le délai court à partir de la résiliation ou du terme du contrat. >>

Art. 58. - Il est inséré, dans la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, un article 115-1 ainsi rédigé: << Art. 115-1. - Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. >>

Art. 59. - Le second alinéa de l'article 121 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés: << Peut également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. << La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés. La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité. << Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si le

prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture. >>

Art. 60. - Il est inséré, dans la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, un article 121-1 ainsi rédigé: << Art. 121-1. - L'administrateur, ou à défaut le représentant des créanciers ou le liquidateur, peut acquiescer à la demande en revendication ou en restitution d'un bien visé à la présente section, avec l'accord du débiteur. A défaut d'accord ou en cas de contestation, la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le sort du contrat, au vu des observations du créancier, du débiteur et du mandataire de justice précédemment saisi. >>

Art. 61. - L'article 122 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Art. 122. - Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article 121 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire. >> CHAPITRE IV Adaptation de la procédure simplifiée

Art. 62. - L'intitulé du chapitre Ier du titre II de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Jugement d'ouverture et période d'observation >>.

Art. 63. - L'article 140 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Art. 140. - La durée maximale de la période d'observation, qui peut être renouvelée une fois par décision motivée du tribunal qui statue, soit à la demande du débiteur, du procureur de la République ou de l'administrateur, s'il en a été nommé un, soit d'office, est fixée par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, le tribunal peut proroger la durée de la période d'observation jusqu'au terme de l'année culturale en cours compte tenu des usages spécifiques aux productions concernées. << Le juge-commissaire dispose des pouvoirs prévus à l'article 19. >>

Art. 64. - Au premier alinéa de l'article 141 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les mots: << soit l'expert mentionné à l'article 140, >> sont supprimés.

Art. 65. - Les deux premiers alinéas de l'article 143 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée sont remplacés par un alinéa ainsi rédigé: << Pendant la période d'observation, le débiteur ou l'administrateur, s'il en a été nommé un, établit un projet de plan de redressement de l'entreprise avec le concours éventuel d'un expert nommé par le tribunal. >> CHAPITRE V Modification de la procédure de liquidation judiciaire

Art. 66. - L'intitulé du chapitre Ier du titre III de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Le jugement de liquidation judiciaire >>.

Art. 67. - I. - L'article 148 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée devient l'article 148-4. II. - Après l'intitulé du chapitre Ier du titre III de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, sont insérées la division et l'intitulé suivants: << Section I. Liquidation judiciaire ouverte sans période d'observation >>, comprenant les articles 148 à 148-3 ainsi rédigés: << Art. 148. - La procédure de liquidation judiciaire est ouverte sans période d'observation à l'égard de toute entreprise mentionnée au premier alinéa de l'article 2 en état de cessation de paiements, dont l'activité a cessé ou dont le redressement est manifestement impossible. << Elle est engagée selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article 3 et aux articles 4 à 7 ainsi que 16 et 17. << La date de cessation des paiements est fixée conformément à

l'article 9. << Art. 148-1. - Dans le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire, le tribunal désigne le juge-commissaire et un mandataire judiciaire en qualité de liquidateur. Le liquidateur est remplacé suivant les règles prévues au deuxième alinéa de l'article 148-4. << Un représentant des salariés est désigné dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 10 ou au premier alinéa de l'article 139 selon le cas. Il est remplacé dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 12. Il exerce la mission prévue à l'article 44 et, dans le cas mentionné au deuxième alinéa de l'article 139, les fonctions qui lui sont dévolues par ces dispositions. << Les contrôleurs sont désignés comme il est dit à l'article 15 et exercent leurs attributions dans les mêmes conditions que celles prévues au titre Ier. << Art. 148-2. - Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de redressement judiciaire par les premier et quatrième alinéas de l'article 33 et par les articles 47, 48, 50, 55, 57, 115, 115-1 et 121. << Les créanciers déclarent leurs créances au liquidateur selon les modalités prévues aux articles 50 à 54. << Art. 148-3. - Le liquidateur procède aux opérations de liquidation en même temps qu'à la vérification des créances. Il peut introduire les actions qui relèvent de la compétence du représentant des créanciers. << Le liquidateur exerce les missions dévolues à l'administrateur et au représentant des créanciers par les articles 27, 48, 49, 124 et 125. << Les licenciements sont soumis aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 148-4. >> III. - Après l'article 148-3 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, sont insérés la division et l'intitulé suivants: << Section 2. Liquidation judiciaire prononcée au cours de la période d'observation >>, comprenant l'article 148-4.

Art. 68. - Après l'article 148-4 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, sont insérés la division et l'intitulé suivants: << Section 3. Dispositions communes >>.

Art. 69. - La première phrase du premier alinéa de l'article 153 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est remplacée par deux phrases ainsi rédigées: << Si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'Etat. Elle peut être prolongée à la demande du procureur de la République pour une durée fixée par la même voie. >>

Art. 70. - Après l'article 153 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, sont insérés les articles 153-1 à 153-4 ainsi rédigés: << Art. 153-1. - Le juge-commissaire exerce les compétences qui lui sont dévolues par les articles 14, 15, 19, 27, 29 et 30, par le troisième alinéa de l'article 37 et le quatrième alinéa de l'article 39. << Les renseignements détenus par le procureur de la République lui sont communiqués selon les règles prévues au deuxième alinéa de l'article 13. << Art. 153-2. - Le liquidateur reçoit du juge-commissaire tous les renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission. Il exerce les fonctions dévolues à l'administrateur ou au représentant des créanciers, selon le cas, par les articles 26, 29 et 112. << L'administrateur, dans le cas mentionné au deuxième alinéa de l'article 153, ou, à défaut, le liquidateur, a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours dans les conditions prévues à l'article 37. << Art. 153-3. - La liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise. << Le liquidateur ou l'administrateur peut continuer le bail ou le céder dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent. << Si le liquidateur ou l'administrateur décide de ne pas continuer le bail, celui-ci est résilié sur sa simple demande. La résiliation prend effet au jour de cette demande. << Le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures au jugement de liquidation judiciaire doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans les trois mois du jugement. Les dispositions de l'article 38 sont applicables, que l'activité soit ou non

poursuivie. << Le privilège du bailleur est déterminé conformément aux trois premiers alinéas de l'article 39. << Art. 153-4. - Les articles 58 à 60, 100 à 127 s'appliquent à la procédure de liquidation judiciaire, à l'exception de la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 121. >>

Art. 71. - Après le premier alinéa de l'article 154 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << Lorsqu'une procédure de saisie immobilière engagée avant l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaires a été suspendue par l'effet de cette dernière, le liquidateur peut être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués, lesquels sont réputés accomplis pour le compte du liquidateur qui procède à la vente des immeubles. La saisie immobilière peut alors reprendre son cours au stade où le jugement d'ouverture l'avait suspendue. >>

Art. 72. - L'article 155 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi modifié: I. - Le troisième alinéa est ainsi rédigé: << Toutefois, ni le débiteur, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni aucun parent ni allié de ceux-ci jusqu'au deuxième degré inclusivement ne peuvent se porter acquéreur. >> II. - Le cinquième alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés: << Le juge-commissaire, après avoir entendu ou dûment convoqué le débiteur, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, les contrôleurs et, le cas échéant, le propriétaire des locaux dans lesquels l'unité de production est exploitée, le ministère public dûment avisé, choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et qui permet dans les meilleures conditions d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers. << Le liquidateur rend compte de l'exécution des actes de cession. >>

Art. 73. - I. - Après les mots: << du jugement qui >>, la fin du premier alinéa de l'article 161 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigée: << ouvre ou prononce la liquidation judiciaire >>. II. - Le second alinéa du même article est ainsi rédigé: << En cas de vente d'immeubles, les dispositions des premier, troisième et cinquième alinéas de l'article 154 sont applicables. Lorsqu'une procédure de saisie immobilière a été engagée avant le jugement d'ouverture, le créancier titulaire d'une hypothèque est dispensé, lors de la reprise des poursuites individuelles, des actes et formalités effectués avant ce jugement. >>

Art. 74. - Après l'article 161 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 161-1 ainsi rédigé: << Art. 161-1. - Le juge-commissaire peut, d'office ou à la demande du représentant des créanciers, du liquidateur, du commissaire à l'exécution du plan ou d'un créancier, ordonner le paiement à titre provisionnel d'une quote-part d'une créance définitivement admise. << Ce paiement provisionnel peut être subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit. >>

Art. 75. - Le premier alinéa de l'article 169 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés: << Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte: << 1o D'une condamnation pénale soit pour des faits étrangers à l'activité professionnelle du débiteur, soit pour fraude fiscale, au seul bénéfice, dans ce cas, du Trésor public; << 2o De droits attachés à la personne du créancier. << Toutefois, la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci. >>

Art. 76. - L'article 170 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Art. 170. - Si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et s'il

apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées, la procédure peut être reprise, à la demande de tout créancier intéressé, par décision spécialement motivée du tribunal, sur la justification que les fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés à la Caisse des dépôts et consignations. Par priorité sur les sommes recouvrées à la suite de la reprise de la procédure, le montant des frais consignés est remboursé au créancier qui a avancé les fonds. >>

Art. 77. - L'article 171 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << Le recours du ministère public est suspensif. >>

Art. 78. - Après l'article 171 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 171-1 ainsi rédigé: << Art. 171-1. - Les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure sont susceptibles de tierce opposition. >>

Art. 79. - Après l'article 173 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un article 173-1 ainsi rédigé: << Art. 173-1. - Ne sont susceptibles que d'un appel et d'un pourvoi en cassation de la part du ministère public, les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles 154, 155 et 156. >>

Art. 80. - I. - L'article 174 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << L'appel du ministère public est suspensif. >> II. - Aux premier, quatrième et cinquième alinéas du même article, les mots: << procureur de la République >> sont remplacés par les mots: << ministère public >>.

Art. 81. - L'article 175 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << Art. 175. - Il ne peut être exercé de tierce opposition ou de recours en cassation contre les arrêts rendus en application des trois premiers alinéas de l'article 174. << Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts rendus en application des quatrième et cinquième alinéas de l'article 174. >> CHAPITRE VI Sanctions

Art. 82. - A l'article 179 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les mots: << ayant une activité économique >> sont supprimés.

Art. 83. - Le début de la seconde phrase du dernier alinéa de l'article 180 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est ainsi rédigé: << En cas de cession ou de liquidation... (Le reste sans changement.) >>

Art. 84. - Après le septième alinéa (60) de l'article 182 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << 70 Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. >>

Art. 85. - Dans l'article 192 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les références: << 189 et 190 >> sont remplacées par les références: << 187 à 190 >>.

Art. 86. - L'article 192 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << L'interdiction mentionnée au premier alinéa peut également être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article 185 qui, de mauvaise foi, n'aura pas remis au représentant des créanciers la liste complète et certifiée de ses créanciers et le montant de ses dettes dans les huit jours suivant le jugement d'ouverture. >>

Art. 87. - L'article 197 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << 5. Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. >>

Art. 88. - Dans le premier alinéa de l'article 207 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les mots: << des peines prévues par le deuxième alinéa de l'article 408 du code pénal >> sont remplacés par les mots: << des peines prévues par l'article 314-2 du code pénal >>.

Art. 89. - L'article 240 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée est complété par un alinéa ainsi rédigé: << Sont retirés du casier judiciaire les jugements de règlement judiciaire prononcés en application de la loi no 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes; sont également retirés à l'expiration d'un délai de cinq ans, à compter du jour où ce jugement est devenu définitif, les jugements de clôture pour extinction du passif, ainsi que les jugements prononçant la liquidation des biens d'une personne physique prononcés en application de la même loi. >>

Art. 90. - Le deuxième alinéa de l'article 702-1 du code de procédure pénale est complété par une phrase ainsi rédigée: << La juridiction peut accorder, dans les mêmes conditions, le relèvement des interdictions, déchéances et incapacités résultant des condamnations pour banqueroute prononcées en application des articles 126 à 149 de la loi no 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. >>

Art. 91. - A la fin du quatrième alinéa (10) de l'article 769 du code de procédure pénale, les mots: << d'un jugement de clôture pour extinction du passif >> sont remplacés par les mots: << d'un jugement emportant réhabilitation >>. CHAPITRE VII Mesures de coordination

Art. 92. - I. - A l'article 152 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 précitée, les mots: << Le jugement qui prononce la liquidation judiciaire >> sont remplacés par les mots: << Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire >>. II. - Le premier alinéa de l'article 160 est ainsi rédigé: << Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues. >> III. - A l'article 178, les mots: << Le jugement qui ouvre le redressement judiciaire >> sont remplacés par les mots: << Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires >>. A la fin de la deuxième phrase du même article, après les mots: << redressement judiciaire >>, sont ajoutés les mots: << ou de liquidation judiciaire selon le cas >>. IV. - Aux articles 128, 129, 176, 179, 181, 182, 185, 189, 193, 197, au troisième alinéa de l'article 204, aux articles 208, 209 et 215, après les mots << de redressement judiciaire >>, sont ajoutés les mots << ou de liquidation judiciaire >>. V. - Au premier alinéa de l'article 228, les mots: << aux articles 10 et 139 >> sont remplacés par les mots: << aux articles 10, 139 et 148-1 >>. VI. - Au premier alinéa de l'article 233, les mots: << redressement judiciaire >> sont remplacés par les mots: << redressement ou liquidation judiciaires >>. VII. - Aux articles 63 et 148-4, les mots: << des articles L. 321-7, deuxième alinéa, et L. 321-10 >> sont remplacés par les mots: << des articles L. 321-8 et L. 321-9 >>. A l'article 153, les mots: << au deuxième alinéa de l'article L. 321-7 et à l'article L. 321-10 >> sont remplacés par les mots: << aux articles L. 321-8 et L. 321-9 >>.

Art. 93. - I. - Dans le 50 de l'article 768 du code de procédure pénale, les mots: << en matière de redressement judiciaire >> sont supprimés. II. - Au 70 de l'article 775 du même code, les mots: << En matière de redressement judiciaire >> sont supprimés et les mots: << le jugement

prononçant la liquidation judiciaire >> sont remplacés par les mots: << le jugement de liquidation judiciaire >>.

Art. 94. - Au début du 7o de l'article 1929 quater du code général des impôts, après les mots << En cas de redressement >> sont insérés les mots << ou de liquidation >>.

Art. 95. - A l'article L. 310-25 du code des assurances, les mots: << Le redressement judiciaire >> sont remplacés par les mots: << Le redressement ou la liquidation judiciaires >>.

Art. 96. - I. - Après le premier alinéa de l'article L. 122-14-1 du code du travail, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: << Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. >> II. - Aux articles L. 143-10 et L. 143-11 du même code, après les mots: << lorsque est ouverte une procédure de redressement >>, sont insérés les mots: << ou de liquidation >>. III. - Au premier alinéa de l'article L. 143-11-1 du même code, après les mots << en cas de procédure de redressement >>, sont insérés les mots << ou de liquidation >>. Au 1o du même article, après les mots: << jugement d'ouverture de toute procédure de redressement >>, sont insérés les mots: << ou de liquidation >>. IV. - A l'article L. 321-8 du même code, les mots: << aux articles 45, 63, 148 et 153 >> sont remplacés par les mots: << aux articles 45, 63, 148-3, 148-4, 153 >>. V. - Aux articles L. 321-9 et L. 432-1, au dernier alinéa des articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 436-1 du même code, après les mots: << de redressement >>, sont insérés les mots: << ou de liquidation >>.

Art. 97. - I. - Aux articles 33, 54, 114, 150, 248, au deuxième alinéa de l'article 249, aux articles 331 et 333 de la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, après les mots: << de redressement >>, sont insérés les mots: << ou de liquidation >>. II. - Le dernier alinéa des articles 68 et 241 de la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 précitée est complété par un membre de phrase ainsi rédigé: << ou qui bénéficient d'un plan de continuation >>. III. - A l'article 332 de la même loi, après les mots: << du redressement >>, sont insérés les mots: << ou de la liquidation >>. IV. - A l'article 337 de la même loi, les mots: << Le redressement judiciaire >> sont remplacés par les mots: << Le redressement ou la liquidation judiciaires >>.

Art. 98. - Aux articles 23 et 24 de la loi du 1er juin 1924 portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, après les mots: << en matière de redressement >>, sont insérés les mots: << ou de liquidation >>. CHAPITRE VIII Entrée en vigueur

Art. 99. - A l'exception de l'article 38, les dispositions de la présente loi entreront en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 1er octobre 1994. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 10 juin 1994.

FRANCOIS MITTERRAND Par le Président de la République: Le Premier ministre, EDOUARD BALLADUR Le ministre d'Etat, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville, SIMONE VEIL Le ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice, PIERRE MEHAIGNERIE Le ministre de l'économie, EDMOND ALPHANDERY Le ministre de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur, GERARD LONGUET Le ministre des entreprises et

du développement économique, chargé des petites et moyennes entreprises et du commerce et de l'artisanat, ALAIN MADELIN Le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, MICHEL GIRAUD Le ministre du budget, porte-parole du Gouvernement, NICOLAS SARKOZY

(1) Travaux préparatoires: loi no 94-475. Assemblée nationale: Propositions de loi nos 310 et 316; Rapport de M. Philippe Houillon, au nom de la commission des lois, no 411, rapport supplémentaire de M. Philippe Houillon, au nom de la commission des lois et annexe, avis de M. Gérard Trémège, au nom de la commission des finances, et de M. Alfred Trassy-Paillogues, au nom de la commission de la production, no 727; Discussion les 23 et 24 novembre 1993, adoption, après déclaration d'urgence, le 24 novembre 1993. Sénat: Proposition de loi, adoptée après déclaration d'urgence par l'Assemblée nationale en première lecture, no 119 (1993-1994); Rapport de M. Etienne Dailly, au nom de la commission des lois, no 303 (1993-1994); Avis de M. Jean-Jacques Robert, au nom de la commission des affaires économiques, no 299 (1993-1994); Discussion et adoption les 6, 7, 8 et 12 avril 1994. Assemblée nationale: Proposition de loi, modifiée par le Sénat, no 1079; Rapport de M. Philippe Houillon, au nom de la commission mixte paritaire, no 1212; Discussion et adoption le 26 mai 1994. Sénat: Rapport de M. Etienne Dailly, au nom de la commission mixte paritaire, no 413 (1993-1994); Discussion et adoption le 26 mai 1994.

TABLE DES MATIERES

DEDICACES

REMERCIEMENTS

PRINCIPALES ABREVIATIONS

SOMMAIRE.....6

INTRODUCTION.....7

PREMIERE PARTIE :

LE SORT DES GARANTS DANS L'OPTIQUE DU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE

CHAPITRE1 : L'IMMUNITE D'ACTION DONT BENEFICIENT LES GARANTS

PENDANT LA PERIODE D'OBSERVATION.....16

Section 1 : Cristallisation des actions des créanciers munis de garanties.....16

Paragraphe 1 : Principe de la suspension des poursuites contre les garants.....17

A) Fondement et évolution.....17

1. Fondement commun de la règle.....17

2. Evolution de la règle.....18

B) Contenu de la règle.....

Paragraphe 2 : Les garants bénéficiaires de la règle.....21

A/ Les garants personnels personnes physiques visées.....21

1. Cautions personnes physiques.....21

2. Toutes les autres « personnes physiques ...ayant consenties une sûreté personnelle ».....22

3. Les personnes physiques ayant souscrit une promesse de porte fort.....23

B/ Les garants réels personnes physiques visées.....26

1- L'application de la règle au gage.....26

2- L'application de la règle au nantissement.....28

3- L'application de la règle à l'hypothèque.....29

4- L'application de la règle à l'antichrèse ou « le gage immobilier ».....30

5- L'application de la règle à la fiducie-sûreté.....	30
<u>Section 2</u> : Mise en œuvre de la cristallisation des poursuites des créanciers munis des garanties.....	30
Paragraphe 1 : Les incidences de l'arrêt des poursuites.....	31
A/ Incidences inhérente à la procédure.....	31
1. Le moyen tiré du principe de l'arrêt des poursuites.....	31
2. Le cours des délais des actions arrêtées.....	32
B/ Incidences sur l'efficacité des sûretés.....	32
Paragraphe 2 : Situation d'attente des créanciers.....	33
A/ Application du principe de l'interdiction des paiements.....	34
1. Domaine de la règle.....	34
2. Fondement de la règle.....	34
3. Application de la règle aux garants.....	35
4. Sanction du paiement interdit.....	36
B/ Les exceptions au principe de l'interdiction des paiements.....	36
<u>Section 3</u> : Aménagements de la règle de la suspension des poursuites.....	37
Paragraphe 1 : Mesures conservatoires à l'égard des garants.....	37
A/ Fondement et domaine de la règle.....	38
B/ Régime juridique des mesures conservatoires frappant les garants.....	39
Paragraphe 2 : reprise des poursuites suspendues.....	41
A/ La condition de la résolution du plan : l'inexécution des engagements financiers du débiteur principal.....	42
B/ Régime de la reprise exceptionnelle des poursuites contre les garants.....	43
<u>Chapitre 2</u> : REGIME FAVORABLE AUX GARANTS DANS LA FIXATION DE LA CREANCE.....	44
<u>Section 1</u> : les garants bénéficient des dispositions du plan de sauvegarde.....	44
Paragraphe 1 : Contenu de la règle.....	45
A/ Finalités de la règle.....	45
B/ Contenu du plan.....	48

Paragraphe 2 : Modalités d'application des dispositions du plan.....	49
A/ Les garants bénéficient des remises de dettes.....	49
B/ Les garants bénéficient des délais de paiement.....	50
<u>Section 2</u> : les garants bénéficient du principe de l'arrêt du cours des intérêts.....	51
Paragraphe 1 : Principe de l'arrêt du cours des intérêts.....	52
A/ Généralités de la règle.....	52
1. Intérêts visés.....	52
2. Créances visées.....	53
B/ Les exceptions à la règle de l'arrêt du cours des intérêts.....	53
1. Continuation du cours des intérêts.....	53
2. Conséquences relatives à la déclaration des créances.....	54
Paragraphe 2 : Application de la règle aux garants.....	55
A/ Evolution jurisprudentielle.....	55
1. Première prise de position de la jurisprudence : la règle profite à la caution.....	56
2. Deuxième prise de position de la jurisprudence : Revirement jurisprudentiel.....	56
3. Troisième position de la jurisprudence : retour partiel à la première position.....	57
B/ Consécration de la règle au profit des garants.....	58
1. Première étape : extension de la règle aux cautions, coobligés et garants autonomes personnes physiques.....	58
2. Seconde étape : extension de la règle à tous les garants personnes physiques.....	60

DEUXIEME PARTIE :
LE SORT DES GARANTS EN CAS D'IMPOSSIBLE SAUVETAGE DE
L'ENTREPRISE

CHAPITRE 1 : RESTAURATION DES DROITS DES CREANCIERS.....64

**Section 1 : Reprise des initiatives individuelles des créanciers contre les
garants.....64**

Paragraphe 1 : Fondement de la reprise.....65

A/ Perte de la protection judiciaire des garants.....65

1. La règle de la suspension des poursuites.....66

2. La règle de l'interdiction des paiements.....67

B/ Primauté des intérêts des créanciers.....68

**Paragraphe 2 : Mise en œuvre des poursuites dans le déroulement de la
procédure.....68**

**A/ Poursuites contre les garants en cas de cession de
l'entreprise.....69**

1. Transfert des sûretés.....69

2. Sort de la fiducie-sûreté (art. L. 642-7 in fine).....71

**B/ Poursuites contre les garants en cas de clôture de la procédure pour
insuffisance d'actif.....71**

1. Définition et appréciation de l'insuffisance d'actifs.....72

2. Situation du garant.....72

Section 2 : Paiement de la créance par le garant.....74

Paragraphe 1 : Exigibilité des créances.....74

A/ Législation antérieure à la Loi de sauvegarde.....75

**B/ Sous l'empire de la Loi de sauvegarde : règle de la déchéance du
terme pour le débiteur en liquidation judiciaire.....76**

1. Maintien du terme dans les procédures de sauvegarde et de
redressement judiciaire.....76

2. Déchéance du terme lorsqu'une procédure de liquidation
judiciaire est ouverte à l'encontre du débiteur.....77

Paragraphe 2 : Le paiement des créanciers par les garants.....79

A/ Modalités de paiements des créanciers.....	80
1. Répartition des dividendes.....	80
2. Paiement par attribution judiciaire.....	80
B/ Intérêt de la déclaration de créances.....	81
1. Le garant libéré pour absence de déclaration de créances de la part du créancier (législation antérieure à la Loi de sauvegarde).....	82
2. Les recours des créanciers contre les garants nonobstant le défaut de déclaration des créances.....	83
<u>Chapitre 2</u> : REALISATION DES DIFFERENTES GARANTIES.....	84
Section 1 : Le droit commun des sûretés retrouve relativement son plein empire.....	85
Paragraphe 1 : Réalisation des sûretés personnelles	85
A/ Recouvrement forcé de la créance.....	85
B/ Compensation	86
Paragraphe 2 : Réalisation des sûretés réelles.....	87
A/ Sûretés sans dépossession.....	88
1. Le droit de suite.....	88
2. Saisie immobilière.....	88
B/ Sûretés avec dépossession.....	89
1. Droit de rétention.....	89
2. Application du droit de rétention au garant du débiteur en liquidation judiciaire.....	92
Paragraphe 3 : La mise en œuvre du droit de préférence dans la liquidation judiciaire.....	93
Section 2 : Cas particulier de la fiducie-sûreté en cas de liquidation judiciaire....	94
Paragraphe 1 : Neutralisation de la réalisation de la fiducie-sûreté inhérente à l'ouverture de la procédure.....	95
A/ Période d'observation de la sauvegarde et du redressement judiciaire.....	96
B/ Tempéraments dans la tentative de sauvetage de l'entreprise.....	97

Paragraphe 2 : Efficacité de la fiducie-sûreté en cas de liquidation
judiciaire99

A/ Mise en œuvre de l'efficacité.....99

B/ Conséquences de cette efficacité.....101

CONCLUSION.....104

BIBLIOGRAPHIE.....105

ANNEXE 1111

ANNEXE 2.....114

RÉSUMÉ

Depuis la loi du 25 janvier 1985, le droit des procédures collectives est orienté vers le sauvetage des entreprises et le processus s'est poursuivi en 2005 (avec la loi de sauvegarde complétée par l'ordonnance de 2008) avec à la clé l'adoption d'une nouvelle procédure, celle de la sauvegarde. C'est dans cette évolution que le sort des garants a été pris en compte dans le droit des entreprises en difficulté qui le situe en deux mouvements selon la nature de la procédure ouverte à l'encontre du débiteur principal. Ainsi, si la protection judiciaire des garants est affirmée pendant la période d'observation des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ayant pour issu le sauvetage de l'entreprise, leur protection est plus infamante dans la procédure de liquidation judiciaire qui manifeste l'impossibilité de sauver l'entreprise. Cependant, il est fréquent d'observer des disparités dans ce processus de prise en compte des intérêts des garants dans les procédures collectives, de telle sorte que tous les garants ne sont pas logés à la même enseigne. Les garants personnes morales ne bénéficiant pas des mesures de protection accordées aux personnes physiques. Ces disparités ont cependant révélé la difficulté du législateur à pouvoir concilier les finalités distinctes du droit des sûretés et celui des procédures collectives en général, et les intérêts des garants et ceux des créanciers en particulier à tel point que le droit des procédures collectives apparaît comme une balance qui penche soit du côté du garant, soit du côté du créancier sans jamais parvenir à un équilibre.

MOTS CLÉS : Garanties, Procédures collectives, Sûretés.

Titre de l'illustration de couverture, source, date, voire commentaire