

La qualification et le recouvrement des dettes postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective

I – Introduction

Le recouvrement des dettes contractées par un débiteur, objet d'une procédure collective, est source de sérieuses difficultés tenant :

- d'une part, aux règles de la procédure collective elle-même ;
- d'autre part, à la consistance des biens du débiteur.

Au fil des législations, les solutions ne sont pas demeurées constantes et le régime des créances à l'égard d'un débiteur objet d'une procédure collective a évolué.

Le jugement qui prononçait l'ouverture de la procédure, en application de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, constituait « *les créanciers en une masse* »¹, pour ceux dont la créance avait son origine antérieurement au jugement.

Les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure et exclus de la masse étaient définis par opposition aux créanciers antérieurs et comme relevant d'une catégorie d'exception :

« *Aucun créancier, dont la créance a son origine antérieurement au jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, et même au cas où l'exigibilité de cette créance interviendrait après ledit jugement, ne peut prétendre avoir une créance sur la masse.* »

Le critère distinctif était ainsi « *l'origine* » de la créance et non sa date de naissance.

L'on en était venu à distinguer les « *vrais* » créanciers de la masse, exerçant leurs droits sur le patrimoine de celle-ci agissant en tant que tiers par rapport au débiteur, et les « *faux* » créanciers de la masse ayant contracté avec celle-ci lorsqu'elle se bornait à représenter le débiteur dessaisi².

La loi n° 85-97 du 25 janvier 1985 a supprimé la masse et les créanciers nouveaux ont dès lors bénéficié d'un statut légal particulier à part entière, à charge pour eux de justifier qu'ils détenaient sur le débiteur, « *des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture* »³.

Les droits de ces créanciers s'exercent par priorité aux droits des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.

1. L. n° 67-563, 13 juill. 1967, art. 13.

2. Cass. com., 18 juin 1968, Bull. civ. IV, n° 181.

3. L. n° 85-98, 25 janv. 1985, art. 40 devenu article L. 621-32 ancien du Code de commerce.

Le discriminant légal est unique, c'est la date de naissance des créances, la régularité de leur naissance étant admise par hypothèse.

Il est vrai qu'en revanche, la loi avait conservé la notion « *d'origine* » pour déterminer les créances à déclarer en application de l'article L. 621-43

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde, en son article L. 622-17, ajoute des restrictions quant à la définition des créanciers dont les créances jouissent d'un privilege, et pose comme conditions qu'elles soient nées régulièrement :

- après le jugement d'ouverture (de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire) ;
- pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ;
- ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité.

Le discriminant légal est dualiste, à la fois chronologique comme par le passé, mais également économique.

L'opposition entre créanciers « *antérieurs* » et créanciers « *postérieurs* » a vécu.

Elle crée également un privilege distinct et de rang préférable au profit de créanciers ayant effectué un nouvel apport en trésorerie à l'occasion d'une procédure de conciliation ⁴ qui prime, après le superprivilege et les frais de justice, ces créanciers nouveaux ⁵.

Il est à noter que les privileges ainsi créés ne sont pas repris dans le texte du Livre IV nouveau du Code civil portant réforme du droit des sûretés.

L'un des objectifs de la loi de sauvegarde des entreprises étant de rétablir la confiance des entrepreneurs, il paraît justifié de s'interroger sur l'efficacité, à cet égard, de l'avantage conféré aux co-contractants d'une entreprise en difficulté après ouverture à son égard d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

En s'inspirant des solutions adoptées sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, avec laquelle la loi nouvelle partage un socle commun qu'est le critère de la date de naissance de la créance, l'on tentera de situer ces créanciers bénéficiant des nouveaux privileges par rapport aux autres créanciers et au débiteur.

L'on sera amené à rappeler les conditions de régularité de la naissance des créances quant aux pouvoirs du débiteur en regard de ceux conférés aux organes de la procédure pour s'assurer que le privilege est acquis et qu'il ne sera pas remis en cause.

L'on s'essaiera ensuite à montrer que le créancier, ainsi paré de la qualité de créancier prioritaire ou privilégié, au sens des articles L. 621-32 ancien du Code de commerce ou L. 622-17, devra encore affronter des obstacles de procédure pour obtenir un titre exécutoire.

Puis, enfin, lorsqu'il tentera de procéder au recouvrement effectif de sa créance, l'on verra qu'il lui faudra concourir avec d'autres créanciers disposant de droits efficaces sur le patrimoine du débiteur, qu'ils aient été constitués avant ou après l'ouverture de la procédure.

4. C. com., art. L. 611-11 nouveau.

5. Pour une vue complète et limpide : Le Corre P.-M., Le privilege de la conciliation, Les créanciers postérieurs et la réforme, Droit et pratique des procédures collectives, éd. 2006/2007 n° 440 et s. ; Pérochon F., Gazette des procédures collectives, Gaz. Pal. n° 250 et 251.

Notre cheminement qui se veut pratique nous amènera à évoquer les règles applicables et les solutions entreprises sous le régime de la loi n° 85-97 du 25 janvier 1985, tant en raison de ce que les procédures en cours au 1^{er} janvier 2006 y sont assujetties que par nécessité de comparaison.

Le parcours du créancier, dont la créance bénéficie du privilège de la conciliation ou de la procédure pour faire valoir ses droits, relève incontestablement de « *la course d'obstacles* » et il ne devrait donc pas conduire à un renforcement du crédit d'un débiteur en difficulté.

I – Les parties en présence

A – Les créanciers de la loi de sauvegarde : Empilement et mosaïque

1 – Empilement

Les dispositions de l'article L. 611-11 nouveau prévoient, dans le cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, que :

« Les personnes qui avaient consenti dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payés, pour le montant de cet apport, par privilège avant toute créance née antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. »

Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payés, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toute créance née avant l'ouverture de la conciliation. »

Le texte pose ses propres limites.

Le privilège garantit toute créance née d'un « *nouvel apport en trésorerie* », ou de la fourniture d'un « *nouveau bien ou service* ».

Pour bénéficier du privilège ainsi créé, ces apports en trésorerie, ou fournitures de biens ou services, doivent toutefois être inclus « *dans l'accord homologué* », ce qui en exclut de telles opérations lorsque l'accord fait l'objet d'un simple constat⁶.

Enfin, les privilèges sont de droit étroit et conformément aux règles de preuve, en cas de contestation, c'est au créancier qui prétendra en bénéficier qu'il reviendra de justifier que ce nouvel apport ou la fourniture de ce nouveau bien ou service a en outre été effectué, « *en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité...* »

Sous ces réserves, le texte n'exclut *a priori* du bénéfice du privilège qu'une seule catégorie de personnes que sont les « *actionnaires et associés du débiteur* », et uniquement lorsque leurs apports sont consentis « *dans le cadre d'une augmentation de capital* ».

La publicité du privilège est assurée indirectement par la publication d'un extrait du jugement d'homologation au BODACC, et son dépôt au greffe du tribunal qui l'a prononcée où tout intéressé peut en prendre connaissance⁷.

6. C. com., art. L. 611-8 nouveau.

7. C. com., article D 32.

Les dispositions de l'article L. 622-17 prévoient que :

« I – Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance. »

Il faut comprendre qu'elles échappent ainsi à l'interdiction des paiements qui résulte de plein droit de l'ouverture de la procédure collective.

La loi nouvelle ajoute un critère économique au critère chronologique, tiré de la date de naissance des créances, et impose qu'il soit justifié qu'elles sont nées, non seulement antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, mais en outre, *« pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle, pendant cette période... »*.

Un deuxième paragraphe prévoit :

« II – Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, de celles garanties par le privilège des frais de justice et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent Code ».

Ainsi est-il substitué au droit de priorité de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, un privilège.

Le troisième paragraphe organise l'ordre de paiement des créances relevant du privilège lorsqu'elles n'ont pas été réglées à l'échéance.

Le quatrième paragraphe fait peser sur les créanciers précités une obligation d'information à l'égard des organes de la procédure, dont la sanction est la perte du privilège.

Tous les autres créanciers, dès lors qu'ils ne pourront justifier que leur créance relève du privilège de l'article L. 622-17, seront soumis au régime de l'article L. 622-21 dont il résulte que le jugement d'ouverture, *« interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :*

- 1. à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;*
- 2. à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. »*

Les dispositions de l'article L. 622-21 prévoient également l'arrêt ou l'interdiction des voies d'exécution de la part de ces mêmes créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles.

Il résulte de ce même texte la suspension des délais impartis à peine de déchéance ou de résolution de droit.

Le système est binaire, les créances régulièrement nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure relèvent de l'article L. 622-17 et, à défaut, de l'article L. 622-21.

Ces mêmes créanciers sont soumis à l'obligation de déclarer leur créance comme par le passé en ce que leur créance, *« est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés... »*⁸.

8. C. com., art. L. 622-24.

Cette obligation pèse également sur tous les créanciers dont les créances sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture « *autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17* ».

L'article L. 622-24 précise en effet :

« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17 et les créances alimentaires, sont soumises aux dispositions du présent article. Les délais courent à compter de la date d'exigibilité de la créance. Toutefois, les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. Le délai de déclaration par une partie civile des créances nées d'une infraction pénale court à compter de la date de la décision définitive qui en fixe le montant. »

Lorsque le débiteur sera partie à des procédures susceptibles de faire naître des créances postérieurement à l'ouverture de la procédure, mais ne relevant pas, sauf exception, des dispositions de l'article L. 622-17, les délais dans lequel le passif pourra être définitivement arrêté seront ainsi augmentés en conséquence.

Les dispositions de l'article L. 622-17 sont reproduites, avec certaines modifications, par les dispositions de l'article L. 641-13 pour englober les créances nées postérieurement au jugement qui ouvre la liquidation judiciaire.

Ce texte prévoit :

« I – Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, ou dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant de la période d'observation antérieure, ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements, sont payées à leur échéance ».

Ainsi, bénéficient expressément du privilège de procédure, les créances nées régulièrement après le jugement de liquidation judiciaire, que celui-ci ait été ou non précédé d'une période d'observation.

Les critères d'élection au privilège sont les mêmes.

Il faut toutefois relever une différence notable dans l'ordre d'exercice du privilège puisqu'en cas de liquidation judiciaire, ces créanciers sont primés par les créanciers dont les créances, bien que nées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, « *sont garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre 5 titre 2 du livre 5* », alors que les créanciers de l'article L. 622-17 ont un rang préférable.

Le nouveau dispositif fait donc apparaître trois catégories de créanciers, quand la loi du 25 janvier 1985 précitée n'en créait que deux, qui concourent sur un même patrimoine, empiées en ce qu'elles se succèdent dans le rang de priorité :

a) Les créanciers « *de la conciliation* » dont la créance bénéficie d'un privilège s'exerçant sur le patrimoine du débiteur à l'égard de tous ses créanciers et venant en rang utile immédiatement après le superprivilège et les frais de justice ⁹ ;

9. C. com., art. L. 611-11.

b) Les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective dont la créance relève du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13, lesquels sont néanmoins primés par les précédents ;

c) Les créanciers assujettis à l'obligation de déclarer leur créance :

- créanciers antérieurs (dont la créance « *n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17* »), qu'ils soient chirographaires ou privilégiés ;
- créanciers postérieurs dont la créance, bien que née régulièrement postérieurement à l'ouverture de la procédure, ne bénéficie pas du privilège, et qui doivent déclarer conformément aux dispositions de l'article L. 622-24, 5^e § nouveau et dont le sort est sans doute identique, lesquels sont tous primés par les créanciers des deux précédentes catégories et sont payés en monnaie de dividendes, sous réserve du rang préférable des créanciers dont les créances sont garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou d'un nantissement sur outillage ou matériel d'équipement (en cas de liquidation judiciaire uniquement).

L'on ose à peine mentionner les créanciers dont la créance née postérieurement sera considérée comme n'étant pas née régulièrement, et dont le sort ne semble pas réglé par l'article L. 622-24 nouveau qui ne vise que les créances nées « *régulièrement* » après le jugement d'ouverture. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, ces derniers sont exclus de la procédure et le règlement de leur créance ne peut intervenir qu'après désintéressement des créanciers de la procédure ¹⁰.

2 – Une mosaïque

La loi du 23 mars 1967 conférait la qualité de créancier de la masse à celui dont la créance avait son origine antérieurement au jugement de règlement ou de liquidation judiciaire.

La loi du 25 janvier 1985, reprise sur ce point par la loi du 26 juillet 2005, prend en considération la date de naissance des créances.

Selon que cette date de naissance est antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, la créance bénéficie de la priorité organisée par les dispositions de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, ce critère seul est opérant (la naissance étant réputée régulière à peine d'exclusion du champ de la procédure).

L'on ne se hasarderait pas dans une tentative de définition des contours de la date de naissance des créances en renvoyant aux nombreuses et passionnantes études sur ce point ¹¹.

L'on peut toutefois en retracer très schématiquement les grandes lignes.

Selon la conception classique en matière contractuelle, la créance naît de la convention et c'est par conséquent la date de celle-ci qu'il convient de retenir.

D'autres conceptions laissent une plus large part à l'exécution de ce contrat, lorsque celle-ci est différée ou échelonnée dans le temps, et à la transmission de richesse ou de valeur au débiteur objet de la procédure.

10. Cass. com., 5 juill. 2005, n° 04-13.266, D. 2005, p. 2146, note Lienhard A.

11. Voir notamment les Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion (CEDAG) de la faculté de droit de Paris V – René Descartes, sous la direction de Martine Behar-Touchais, Professeur à l'Université de Paris V – René Descartes, Directeur du CEDAG « *La date de naissance des créances* » : Droit *in situ*, Ed. Multimédia. www.droitinsitu.net.

C'est sur ce fondement que s'appuie l'article L. 622-17 qui a complété le critère posé par l'article L. 621-22 ancien du Code de commerce de la date de naissance des créances par un critère économique :

- les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ;
- ou la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

Dans tous les cas, selon ce texte, la dette doit être contractée par le débiteur « *pour son activité professionnelle* ».

Ainsi faut-il que l'obligation, qui est la contrepartie de cette dette, profite à la procédure, sinon au débiteur, à peine pour le créancier d'être renvoyé à déclarer sa créance.

La date de naissance des créances non contractuelles se détermine à partir de critères qui diffèrent selon leur nature.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la jurisprudence a conjugué ces différentes notions au travers des nombreuses hypothèses dont la Cour suprême a été saisie, ce qui a conduit assez logiquement :

- d'une part, à un accroissement des catégories de créanciers prioritaires, constituant une mosaïque de composants disparates au regard de la nature de l'opération dont résulte la créance ;
- d'autre part, à une érosion significative du patrimoine du débiteur sur lequel le droit de priorité a vocation à s'exercer, par un renforcement de l'efficacité des garanties constituées sur celui-ci par les créanciers antérieurs.

B – Le débiteur et les organes de la procédure collective

Après avoir tenté de cerner la personne du créancier de l'obligation, demandeur à l'action, c'est à celle du défendeur qu'il convient de s'attacher.

Pratiquement, l'ouverture d'une procédure collective entraîne le dessaisissement au moins partiel du débiteur, quoique le Code de commerce envisage l'hypothèse où il est maintenu à la tête de ses affaires.

1 – La loi du 25 janvier 1985

Les dispositions de l'article L. 621-22 ancien du Code de commerce donnaient au tribunal le pouvoir de désigner un ou plusieurs administrateurs au redressement judiciaire et de les charger ensemble ou séparément :

- soit de surveiller les opérations de gestion ;
- soit d'assister le débiteur pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux ;
- soit d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise.

Bien que dessaisi, le débiteur continuait d'exercer sur son patrimoine les actes de gestion courante et il disposait également de droits propres qu'il exerçait avec une certaine autonomie, à défaut de moyens financiers pour se faire assister ou conseiller¹².

En cas de liquidation judiciaire, le dessaisissement résultait *de plano* du jugement et les pouvoirs étaient transférés au liquidateur à la liquidation judiciaire, sans préjudice des droits propres du débiteur ou de ceux conférés à l'administrateur judiciaire lorsqu'il en était nommé un en cas de poursuite exceptionnelle de l'activité (C. com., art. L. 622-10 ancien).

12. Cass. com., 19 mai 2004, n° 01-13.515, Bull. civ. IV, n° 98, p. 102 : sur l'absence de prise en charge par la procédure des honoraires d'avocat exposés par le débiteur en liquidation judiciaire.

2 – La loi de sauvegarde

La loi de sauvegarde prévoit quatre hypothèses, deux en lesquelles le débiteur assure la gestion et l'administration de son entreprise et deux en lesquelles il est dessaisi partiellement ou en totalité.

Qu'il s'agisse de la conciliation ou de la procédure de sauvegarde, le débiteur reste par principe à la tête de ses affaires, sous réserve de la mission confiée à l'Administrateur éventuellement désigné¹³.

Dans la procédure de conciliation, qui n'emporte pas d'effet suspensif des poursuites, à l'exception notable de la demande en redressement ou de liquidation judiciaire¹⁴, il n'y a jamais de dessaisissement, et l'action est dirigée contre le débiteur seul, sans mise en cause du conciliateur.

Dans la procédure de sauvegarde, le débiteur n'est pas davantage dessaisi ; néanmoins, le jugement emporte des effets étendus.

Les poursuites des créanciers dont la créance ne relève pas des dispositions de l'article L. 622-17 sont interrompues et les trois catégories de créanciers ci-dessus rappelées vont dès lors être susceptibles d'apparaître.

Un administrateur et un mandataire judiciaire seront désignés.

L'administrateur peut se voir conférer la mission d'assister le débiteur pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux.

Dans l'hypothèse du redressement ou de la liquidation judiciaire, le dessaisissement sera total ou partiel dans la première hypothèse et nécessairement total dans la seconde, un commissaire à l'exécution du plan sera désigné s'il y a lieu.

Ils seront autant de parties à mettre en cause le cas échéant.

Les parties en présence étant désignées, l'action peut être engagée pour se confronter aux premiers obstacles.

II – Les obstacles au recouvrement

Les obstacles à l'action d'un créancier peuvent être regroupés en deux ordres, ceux qui surgissent dans la conduite de l'action et ceux auxquels se heurte l'exécution.

Ceux-ci, n'en doutons pas, continueront à constituer autant d'atteintes sérieuses à la crédibilité d'une entreprise en difficulté, et donc à son crédit même.

A – Les obstacles à la conduite de l'action en justice

L'on évoquera, en premier lieu, celui de la justification de la qualité à agir et tiré de la difficulté qu'il peut y avoir pour un créancier à s'insérer dans les critères légaux pour prétendre bénéficier du droit de priorité¹⁵ ou du privilège¹⁶.

En second lieu, tous les créanciers ayant justifié de leur « *qualité* » ne disposent pas d'une action pour parvenir à l'obtention d'un titre exécutoire.

13. C. com., art. L. 622-4 et L. 622-1.

14. C. com., art. L. 631-5 et L. 640-5.

15. C. com., art. L. 621-32.

16. C. com., art. L. 611-11, L. 622-17 et L. 641-13.

1 – La qualité à agir

a) On a déjà défini les conditions à remplir pour qu'un créancier puisse se prévaloir du privilège de la conciliation créé par l'article L. 611-11 du Code de commerce.

L'on verra qu'un tel privilège n'autorise pas son bénéficiaire à poursuivre ou intenter une action après l'ouverture de la procédure.

b) Ce droit d'agir est réservé aux créanciers dont la créance bénéficie du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.

Le privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13 n'est acquis qu'aux créanciers dont la créance répond tant au critère chronologique, repris par la Loi de Sauvegarde des dispositions antérieures, qu'au critère économique constituant l'un des apports de ce texte.

b.1. Dans tous les cas, la créance ne bénéficie du privilège qu'à la condition qu'elle soit « *née régulièrement* ». Le professeur Françoise Perrochon qualifie ce critère « *d'organique* »¹⁷.

Pour éclairer ces propos, l'on rappellera les solutions adoptées en application de la loi du 25 janvier 1985.

Pour être parée d'une telle régularité érigée en vertu, une créance doit être née, selon la formulation classique de la Cour de cassation :

« *Conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur ou, le cas échéant, de l'administrateur* »¹⁸.

Ainsi, la créance résultant d'un contrat passé par le débiteur après le jugement d'ouverture, sans l'assistance de l'administrateur chargé de l'assister pour tous les actes de gestion et de disposition n'est pas régulière au sens des dispositions précitées¹⁹.

En revanche, une créance née de la poursuite de l'activité postérieurement à l'issue de la période d'observation fixée par le tribunal, « *en dépit de l'absence d'autorisation du tribunal* », entre dans le champ des dettes de procédure²⁰.

Il est également constant qu'il importe peu que l'activité ait été ou non effectivement poursuivie pour que la créance, dès lors qu'elle est née postérieurement et régulièrement à l'ouverture de la procédure collective, bénéficie du droit de priorité érigé par les dispositions de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce.

Ont été exclues du bénéfice de ces dispositions :

- les créances nées d'une exploitation irrégulière du débiteur²¹ ;
- la créance délictuelle à l'encontre du débiteur qui a commis une faute engageant sa responsabilité personnelle qui ne peut faire l'objet d'une condamnation prononcée à l'encontre du liquidateur²² ;

17. Perrochon F., précité.

18. Cass. com., 13 oct. 1998, n° 95-21.988, RJDA 12/98, n° 1378.

19. Cass. com., 4 févr. 1992, n° 90-15.977, D. 1993, som., p. 5 ; Cass. com., 29 févr. 2000, n° 97-10.956, RJDA 5/00, n° 556.

20. Cass. com., 9 juin 1992, n° 89-10.002, JCP E, 1236 et CA Pau, 16 avr. 1989, SA société Bordelaise de CIC c/ Guérin, Administrateur judiciaire SA Tannerie Carriat, Rev. proc. coll. 1990, p. 232.

21. CA Toulouse, 12 juin 1996, Brenac c/ Mirr, Rev. proc. coll. n° 1988-3, p. 298 ; Cass. com., 5 juill. 2002, n° 04-13.255, D. 2005, p. 2146, note Liehnard A.

22. Cass. com., 31 mars 1998, n° 94-14.568, Act. proc. coll. 1998, n° 22, obs. Pétel Ph.

– la créance de dommages et intérêts qui, pour relever du bénéfice des dispositions de l'article L. 621-32 du Code de commerce, doit résulter d'un fait dommageable intervenu « à l'occasion d'une activité permise »²³.

L'on dira plutôt que l'activité doit n'être pas illicite plutôt que permise, puisque l'on a vu qu'une poursuite d'activité non autorisée, mais non interdite, peut conduire à la naissance de créances prioritaires.

- les « *amendes et confiscations douanières* » qui ont un caractère pénal ne bénéficient pas du droit de priorité lorsque les agissements délictueux sont antérieurs à l'ouverture de la procédure puisque seules,
– « *peuvent être recouvrées à leur échéance les créances nées régulièrement après l'ouverture de la procédure collective* »²⁴.

Si les agissements sanctionnés avaient été postérieurs à l'ouverture de la procédure collective la solution aurait été la même, dès lors que la naissance de la créance est rattachée aux faits délictueux.

En revanche, si la créance naît de la décision qui les sanctionne, dès lors que celle-ci est postérieure à l'ouverture de la procédure collective, elle bénéficie du droit de priorité de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé que les condamnations que prononce le Conseil de la concurrence, qui ont la nature de sanctions pécuniaires, font naître la créance du Trésor public²⁵, comme les décisions de justice qui sanctionnent des agissements délictueux²⁶.

Si ces décisions sont postérieures au jugement d'ouverture, les créances qu'elles font naître le sont également.

L'on ne peut qu'admettre la logique du raisonnement, une décision de justice étant par définition régulière.

La solution n'en est pas moins choquante, que de faire concourir de telles créances avec la créance d'un créancier ayant fourni au débiteur, pendant la période d'observation, un bien ou un service, ainsi :

- les créances non liées à l'activité professionnelle du débiteur, telle la créance de loyers nés du bail d'habitation souscrit personnellement par le débiteur²⁷ ;
- les créances nées de prestations compensatoires²⁸ et, d'une manière générale, les créances alimentaires qui relèvent, à raison de leur nature, d'un régime propre en ce qu'elles ne sont pas soumises à déclaration au passif, sans bénéficier cependant du droit de priorité²⁹.

L'on ajoutera à cet inventaire non exhaustif la situation particulière d'un créancier bancaire dont la créance, constituée du solde débiteur du compte courant créé pendant la période d'observation, a été déclassée du troisième rang au dernier rang de l'ordre établi par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, devenu L. 621-32 ancien du Code de com-

23. Cabrillac M., L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure, Rev. proc. coll. 1986-1, p. 13 et s., spécialement n° 11.

24. Cass. crim., 5 févr. 1998, n° 96-85.596, Rev. proc. coll. 1999, p. 221, obs. Saint-Alary-Houin C.

25. Cass. com., 4 mars 1997, n° 92-21.785, D. 1998, jur., p. 264, obs. Souveine C.

26. Cass. com., 14 janv. 2004, n° 01-10.107, Act. proc. coll. 2004, n° 47.

27. CA Toulouse, 4 mars 1997, Rev. proc. coll. n° 1998-3, p. 299.

28. Cass. com., 1^{er} févr. 2005, n° 01-13.943, D. 2005, jur., p. 489.

29. Cass. com., 8 oct. 2003, n° 99-21.682, D. 2003, jur., p. 637, obs. Lienhard A.

merce, au motif que le crédit n'avait pas été autorisé par le juge-commissaire contrairement aux prévisions de l'alinéa 3-3^e de ce texte ³⁰.

Le critère de régularité ayant été repris par la loi de sauvegarde, l'on peut penser que les solutions ci-avant seront maintenues.

b.2. Le critère chronologique qui a permis de concevoir la « mosaïque » des créanciers n'a pas non plus été abandonné.

b.3. En revanche, les nouvelles dispositions posant des conditions restrictives tirées :
– de la relation nécessaire entre la créance et les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ;

– de la démonstration de l'existence d'une contrepartie, soit la fourniture d'un bien ou d'un service au débiteur, pour son activité ;

– seront de nature à restreindre le nombre des créanciers bénéficiaires du privilège.

L'approche du législateur a été résolument pragmatique et il a ainsi évité l'écueil de l'affrontement avec des solutions bien acquises en jurisprudence quant aux principes qui gouvernent la détermination de la date de naissance des créances.

À défaut de remplir les critères économiques posés par les dispositions de l'article L. 622-17 du Code de commerce, le créancier dont la créance sera née certes après l'ouverture de la procédure collective et par hypothèse régulièrement, déclarera néanmoins sa créance conformément aux dispositions de l'article L. 622-24-5^e du Code de commerce.

La créance de loyers ou d'indemnité d'occupation dus postérieurement à l'ouverture de la procédure sera certainement privilégiée.

Les créances nées de contrats poursuivis pour les besoins de la procédure, que ce soit ou non à l'initiative de l'administrateur ³¹ relèvent du droit de priorité et du privilège institué par ces textes jusqu'à résiliation du contrat ou survenance de son terme extinctif.

La mise en œuvre de la faculté exclusive ainsi conférée à l'administrateur, y compris dans la procédure de sauvegarde, alors que le débiteur n'est pas dessaisi, permettra-t-elle dans tous les cas au co-contractant de se prévaloir d'une créance privilégiée, les conditions posées par l'article L. 622-17 étant de ce seul fait présumées remplies ?

La créance du vendeur en cas de livraison, même partielle, après le jugement d'ouverture sera certainement privilégiée ³².

En revanche, l'on peut douter que la créance d'un expert, née le jour du dépôt de son rapport, bénéficiera du privilège alors que l'expertise aura été menée intégralement antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, et ce contrairement à la solution adoptée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 par la Cour de cassation ³³.

La créance de restitution des sommes versées en exécution d'un contrat annulé ou d'un jugement infirmé par une décision rendue postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne sera pas privilégiée, alors qu'il est jugé de manière constante qu'elle est née régulièrement après l'ouverture de la procédure collective ³⁴.

30. CA Paris, 3^e ch. A, 26 oct. 1999, D. 1999, jur., p. 79.

31. C. com., art. L. 621-28 ancien et L. 622-13.

32. Cass. com., 3 avr. 2001, n° 98-13.657, Rev. proc. coll. 2002, p. 101, n° 5.

33. Cass. com., 14 mars 1995, n° 92-20.288, LPA 30 mai 1995, p. 3.

34. Cass. com., 5 déc. 1995, n° 93-21.172, BRDA 1996, n° 1, p. 7 ; Cass. com., 20 juin 2000, n° 97-11.422, Act proc. coll. 2000, n° 160 ; Cass. com., 21 janv. 2003, n° 00-12.372, RJDA 2003, n° 6, n° 617 ; Cass. com., 11 juin 2003, n° 00-21.775, JCP E 2003, 1225.

Sera également privée du privilège, la créance de restitution de ristournes et primes versées à titre d'avance aux termes d'un contrat d'approvisionnement dénoncé après l'ouverture de la procédure collective et dont la naissance est de ce chef postérieure à celle-ci ³⁵.

La créance de restitution d'un acompte sur la subvention accordée par l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat (ANAH) devenue l'Agence nationale de l'habitat (ANH) qui trouve son origine dans la décision de retrait de la subvention et de reversement de l'acompte perçu, est née postérieurement à l'ouverture de la procédure collective lorsque cette décision est postérieure ; elle ne devrait cependant pas bénéficier du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce ³⁶.

La créance « *environnementale* » constituée par l'arrêté préfectoral ordonnant la consignation décernée postérieurement au jugement d'ouverture est certes une créance postérieure, née régulièrement ; elle ne répond cependant pas au critère complémentaire de l'article L. 622-17 nouveau du Code de commerce et sera pour cette raison exclue du bénéfice du privilège ³⁷.

Le régime des créances fiscales ne manquera pas de soulever quelques difficultés ³⁸.

Notamment, il a été jugé que la « *naissance régulière* » de la créance fiscale afférente à la cotisation due au titre de la participation des employeurs à l'effort de construction, « *se situe à la date à laquelle expire le délai imparti à l'employeur pour investir* » ³⁹.

Le fait générateur de l'impôt sur les revenus résulte, quant à lui, de l'expiration de l'année au cours de laquelle ces revenus ont été perçus ⁴⁰.

La créance fiscale d'imposition d'une plus-value, résultant de la vente d'un fonds de commerce, a son fait générateur dans la vente elle-même ⁴¹.

La créance de l'État au titre de la contribution sociale de solidarité des sociétés a son origine dans l'existence de l'entreprise débitrice au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, même si son montant est assis sur le chiffre d'affaires réalisé l'année précédente ⁴².

Les sanctions fiscales, objet de décisions postérieures à l'ouverture de la procédure collective, prononcées pour des faits antérieurs, ne sauraient donc bénéficier du privilège ainsi institué.

D'une manière générale, les créances nées de décisions de justice postérieures à l'ouverture de la procédure collective ne pourront bénéficier du privilège qu'à la condition qu'il puisse être justifié qu'elles contribuent aux besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou qu'elles sanctionnent la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité.

35. Cass. com., 20 juin 2000, BRDA 2000/13, n° 13.

36. Cass. com., 13 mai 2003, n° 99-16.156, Bull. civ. IV, n° 78, p. 88.

37. Cass. com., 17 sept. 2002, n° 00-11.024, D. 2002, jur., p. 735, obs. Lienhard A., JCP E 2003, 197, note Voinot D.

38. Voir notamment Lagarde B., Le Trésor Public : un créancier comme les autres, Gaz. Pal. sept. oct. 2005, p. 3007.

39. Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-12.014, RJDA 1998, n° 11, n° 1253.

40. Cass. com., 14 janv. 2004, n° 01-03.663, BRDA 2004, n° 3, n° 10.

41. Cass. com., 9 janv. 1988, n° 86-18.062, Bull. civ. IV, n° 38.

42. Cass. com., 28 juin 1994, RJDA 1995/1, n° 66.

La loi de sauvegarde a ainsi incontestablement vocation à diminuer le nombre de créanciers bénéficiant du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13.

Si l'harmonie des solutions élaborées quant à la date de naissance des créances n'est pas remise en cause, gageons néanmoins que les nouveaux critères posés par la loi seront l'objet de vives discussions dont l'enjeu s'évaluera à l'aune de la valeur du patrimoine disponible du débiteur, qui constitue à la fois l'assiette et la limite du privilège.

Faudra-t-il que, préalablement, le créancier qui pensera être en mesure de justifier de ce privilège ait obtenu un titre exécutoire pour prétendre l'exercer à défaut d'un paiement spontané.

2 – L'exercice de l'action

a) Une exception restreinte à l'interdiction des paiements et aux actions en paiement et en résolution pour défaut de paiement

L'article L. 622-7 du Code de commerce dispose que :

« Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17, à l'exception des créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur, personnes physiques et des créances alimentaires ».

En d'autres termes, réserve faite du règlement par compensation des créances connexes, ne peuvent être réglées, après le jugement d'ouverture, que :

- les créances mentionnées au I de l'article L. 622-17 ;
- les créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur personne physique ;
- les créances alimentaires.

L'article L. 622-21 du Code de commerce complète cette interdiction des paiements dans les termes suivants :

« I – Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :

- 1. la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent,*
- 2. à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.*

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

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

Ces deux textes sont applicables à la liquidation judiciaire par renvoi de l'article L. 641-3.

L'on supposera qu'en outre, les créanciers dont la créance est mentionnée au I de l'article L. 641-13 non expressément visé, pourront également être payés comme cela est expressément prévu et, à défaut, engager des poursuites.

Peuvent donc faire l'objet de poursuites judiciaires :

« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie

*d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle pendant cette période... »*⁴³.

et :

« Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire... ».

En revanche, les créanciers de créances alimentaires ou de créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur personne physique peuvent être payées, mais si elles ne le sont pas, les créanciers n'ont pas d'action.

La loi laisse également sans aucun recours particulier les créanciers de la conciliation dont la créance bénéficie cependant du privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce.

Les créanciers de la conciliation doivent, en effet, déclarer leur créance en application de l'article L. 622-24 du Code de commerce, l'action en paiement est interrompue ou interdite en application de l'article L. 622-21, et le paiement de la créance lui-même est interdit par les dispositions de l'article L. 622-7.

L'on ajoutera à notre perplexité en relevant que les dispositions de l'article L. 622-17 donnent néanmoins aux créanciers de la conciliation un rang préférable aux créanciers de la procédure dont la créance n'a pas été payée à l'échéance.

b) Des modalités plus complexes

Avant toute chose, et par tous moyens, les créanciers bénéficiant du privilège devront préserver leurs droits en portant à la connaissance, *« du mandataire judiciaire ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation »*, l'existence et le défaut de paiement de leur créance⁴⁴.

a.1. L'information due aux organes de la procédure

Les créanciers qui échappent à l'arrêt de l'interdiction des poursuites individuelles auront donc tout intérêt, à défaut de paiement à l'échéance, à engager une action en paiement, qui aura le double mérite de constituer l'information précitée, et de permettre l'obtention d'un titre exécutoire.

La sanction de ce défaut d'information est prévue par la loi :

« IV – Les créances impayées perdent le privilège que leur confère le présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire d'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation ».

L'article L. 641-13 du Code de commerce, qui ajoute à la liste des créances bénéficiant du privilège de l'article L. 622-17 dudit code, les créances nées

« régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ou, dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins, le cas échéant, de la période

43. C. com., art. L. 622-17.

44. C. com., art. art. L. 622-17.

d'observation antérieure, ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements... ».

ne semblaient pas devoir appeler de commentaire particulier.

Néanmoins, le IV de cet article réduit ou augmente le délai dans lequel les créanciers doivent porter à la connaissance des organes de la procédure l'existence et le non paiement de leur créance.

Ce délai est ramené à six mois à compter de la publication du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire.

Il est d'un an mais avec un point de départ différé à la date du jugement qui arrête le plan de cession.

Il faut sans doute admettre qu'il s'agit du plan de cession arrêté au cours de la liquidation judiciaire à l'exclusion du plan de cession arrêté pendant la période d'observation.

L'on dégage donc trois délais distincts d'information pour les créanciers :

- un an à compter de la fin de la période d'observation pour les créanciers dont la créance est née pendant ladite période ⁴⁵, celle-ci résultant alternativement :
 - du jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de continuation,
 - du jugement qui prononce la liquidation judiciaire,
- six mois à compter de la publication du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, pour les créanciers dont la créance est née postérieurement à ces décisions et qui est visée au I de l'article L. 641-13,
- un an à compter du jugement qui arrête le plan de cession pour ces mêmes créanciers.

Il aurait été possible de faire plus simple, or le régime est encore plus complexe quant à l'établissement de la liste de ces deux catégories de créances.

a.2. Les listes des créances

L'article 90 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 prévoit l'établissement d'une liste des créances « *mentionnées au I de l'article L. 622-17 du Code de commerce, portées à la connaissance* » des organes de la procédure qui est déposée :

« au greffe du tribunal à l'issue du délai d'un an qui suit la période d'observation, ou tout intéressé peut en prendre connaissance. »

Une insertion indiquant ce dépôt est publié à la diligence du greffier au BODACC qui ouvre un délai d'un mois à tout intéressé pour élever une contestation « *devant le juge commissaire* ».

En cas de rejet par le juge commissaire, les créances sont réputées avoir été déclarées dans les conditions de l'article L. 622-24 du même code.

L'article 90 du décret dans son 1^{er} alinéa prévoit que la liste établie par le mandataire judiciaire ou l'administrateur doit être transmise par l'administrateur ou le mandataire judiciaire « *dès la cessation de leurs fonctions, au commissaire à l'exécution du plan, ou au liquidateur, selon le cas, qui la complète* ».

Ce complément s'entend t-il des créances « *mentionnées au I de l'article L. 622-17* » dont les organes de la procédure n'ont pas encore été tenus informés, et des créances mentionnées au « *I de l'article L. 641-13* » ? Sans doute.

45. C. com., IV – L. 622-17.

Tout au plus, fallait-il alors préciser que le délai devait courir, non pas seulement à compter du jugement mettant fin à la période d'observation, et en l'espèce prononçant la liquidation judiciaire, mais également à compter du jugement :

- qui ouvre la liquidation judiciaire ;
- qui prononce le plan de cession, lorsque celui-ci est arrêté postérieurement à ce jugement d'ouverture.

Rien n'interdisait d'ailleurs, dans ce cas de figure particulier, de fixer une durée différente pour tenir compte des impératifs de la liquidation judiciaire et de la nécessité de clôturer les opérations dans les meilleurs délais.

L'article 250 du décret du 28 décembre 2005 emprunte une voie différente en créant un régime spécifique à la procédure de liquidation judiciaire.

En effet, en premier lieu, il est prévu que :

« La liste des créances mentionnées au I de l'article L. 641-13 du Code de commerce, portée à la connaissance de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, ou du liquidateur, en application du IV du même article, est déposée, par le liquidateur, au greffe... ».

Or, le I de l'article L. 641-13 vise cumulativement les créances nées postérieurement à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire sans procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire préalable, et les créances nées postérieurement à une liquidation judiciaire prononcée à la suite de l'une ou l'autre de ces procédures.

De ce chef, l'article L. 641-13 inclut dans les créances qu'il vise, les créances mentionnées au I de l'article L. 622-17, dont la liste est établie selon les dispositions de l'article 90 du décret.

Ainsi, faut-il en déduire qu'il y aura deux listes de créances lorsque la liquidation judiciaire sera prononcée à la suite d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

En prévoyant que la liste des créances nées pendant la période d'observation est complétée par le liquidateur, l'article 90 semble écarter cette analyse.

Cependant, l'article 250 dudit décret prévoit en second lieu que la liste des créances mentionnées au I de l'article L. 641-13 est déposée :

« À l'issue du délai de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation ou, le cas échéant, à l'issue du délai d'un an à compter de celle du jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise ».

Si la liquidation judiciaire est prononcée à la suite d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, c'est le jugement de liquidation judiciaire qui met fin à la période d'observation.

Dans ce cas, bien que le point de départ du délai soit le même, soit le jugement qui prononce la liquidation judiciaire et met fin à la période d'observation, soit le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire, la durée du délai pour déposer la liste est différente :

- 1 an, en cas de redressement judiciaire ou de sauvegarde préalable à la liquidation judiciaire ;
- 6 mois, dans le cas contraire.

Enfin, quant au délai d'un an qui court à compter du jugement arrêtant le plan de cession, l'on supposera qu'il s'agit de l'hypothèse particulière où la liquidation judiciaire a permis que soit arrêtée une solution de cession.

Dans le cas où le plan de cession est arrêté en cours de période d'observation, le délai court à compter du jugement qui met fin à la période d'observation et qui, le cas échéant, prononce la liquidation judiciaire.

Il faut donc admettre une distinction qui ne ressort cependant pas de l'article L. 641-13 entre les créanciers « *privilégiés* » de la période d'observation, et les créanciers « *privilégiés* » de la liquidation judiciaire.

Il en découle l'existence de deux catégories de délais tant pour porter les créances à la connaissance des organes de la procédure, qu'à charge pour ces derniers d'en établir la liste et de la déposer au greffe du tribunal :

- à l'issue du délai d'un an qui suit la période d'observation pour les créances nées pendant ladite période ⁴⁶ ;
- à l'issue du délai de six mois à compter de la publication du jugement de liquidation judiciaire ou à l'issue du délai d'un an à compter du jugement arrêtant le plan de cession pour les créances nées après le jugement de liquidation judiciaire ⁴⁷.

Les créanciers qui auront tardé à se manifester, auront ainsi perdu le privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13, mais la loi ne prévoit pas qu'ils seront privés du droit d'agir qui est le corollaire nécessaire du droit à être payé à l'échéance.

Cependant, sauf à ce que l'action elle-même ne puisse conduire qu'à une décision platonique, que le créancier ne pourrait exécuter, cette solution serait inconciliable avec l'exercice par les créanciers diligents du privilège qui leur est conféré.

Il est vrai que l'action ouverte aux créanciers, bénéficiant effectivement du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13 et l'exécution des décisions qu'ils semblent en droit d'obtenir, conduit à une situation tout aussi inconciliable avec l'exercice par les créanciers de l'article L. 611-11 du privilège de la conciliation.

b) L'action en justice, elle-même, devra être engagée conformément aux dispositions de l'article L. 622-23 nouveau, également applicables à la liquidation judiciaire par renvoi de l'article L. 641-4, § 2, « *à l'encontre du débiteur, après mise en cause de l'administrateur ou du mandataire judiciaire ou après une reprise d'instance à leur initiative* ».

Le texte a une portée très générale puisqu'il régit toutes les actions en justice et voies d'exécution, et dispose que :

« Les actions en justice et les voies d'exécution autres que celles visées à l'article L. 622-21 sont poursuivies au cours de la période d'observation à l'encontre du débiteur, après mise en cause de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, ou après une reprise d'instance à leur initiative ».

En cas de liquidation judiciaire, c'est contre le liquidateur que les actions seront poursuivies.

Si le verbe « poursuivre » laisse entendre que les actions étaient en cours à la date d'ouverture de la procédure, il semble cependant logique de considérer que le texte s'applique également aux actions à engager postérieurement au jugement qui ouvre la procédure ou qui prononce la liquidation judiciaire.

46. C. com., art. L. 622-17.

47. C. com., art. L. 641-13.

En effet, l'article L. 622-23 régit généralement toutes les actions qui ne sont pas visées à l'article L. 622-21, ce dernier étant également applicable à la liquidation judiciaire par renvoi de l'article L. 641-3.

Or, l'article L. 622-21 concerne les actions qui tendent à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent à la demande de tous les créanciers, « *dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17* ».

A contrario, les actions des créanciers bénéficiant du privilège de l'article L. 622-17 et par extension de l'article L. 641-13, sont donc bien régies par les dispositions de l'article L. 622-23.

Dans l'hypothèse où la sauvegarde ou le redressement judiciaire ont fait l'objet d'un plan, l'on peut douter de l'intérêt de la mise en cause des organes de la procédure prévue à l'article L. 622-23, le débiteur étant replacé à la tête de ses affaires par le jugement arrêtant le plan.

La dissolution résultant du plan de cession totale de l'entreprise ou de sa liquidation judiciaire, engendrait une situation particulière ayant des conséquences sur l'action des créanciers prioritaires de l'article L. 621-32 ancien.

La loi nouvelle a pris en compte les effets des dispositions de l'article 1844-7-7° du Code civil et L. 237-15 du Code de commerce quant à la représentation de la personne morale dissoute, du fait du jugement de liquidation judiciaire.

Par dérogation à ces textes, et en dépit de la dissolution résultant du jugement de liquidation judiciaire, l'article L. 141-9 nouveau prévoit :

« II – Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leurs lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public. »

Le siège social est réputé fixé au domicile du représentant légal de l'entreprise ou du mandataire désigné ».

La mise en cause du liquidateur s'impose néanmoins, quoique l'action soit engagée ou poursuivie contre le débiteur.

La situation paraît plus complexe dans l'hypothèse où le tribunal arrête le plan de cession totale de l'entreprise.

En effet, en premier lieu, l'article 192 de la loi du 26 juillet 2005 modifie les dispositions de l'article 1844-7-7° du Code civil pour l'amputer des mots « *ou la cession totale des actifs de la société* ».

Il en résulte qu'un jugement qui arrête une telle cession n'entraîne plus la dissolution de la personne morale.

Dans ce cas, les dispositions de l'article L. 237-15 du Code de commerce ne trouvent donc plus application et, par conséquent, les dirigeants sociaux en fonction le demeurent.

Le débiteur, personne morale, est donc représenté par ses organes en fonction à la date d'ouverture de la procédure collective, sauf éventuelle démission de leur part.

Le plan de cession conduit-il inéluctablement à la liquidation judiciaire ? Quels organes y aura-t-il lieu de mettre en cause ?

Le doute est permis à la lecture des deux articles de la loi qui ont aménagé un canal de communication entre la cession d'entreprise organisée comme l'une des modalités de réalisation des actifs dans la procédure de liquidation judiciaire et la procédure de redressement judiciaire.

L'article L. 632-13 dispose :

« Dès l'ouverture de la procédure, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise par une cession totale ou partielle de celle-ci selon les dispositions de la section 1 du chapitre 2 du Titre IV ».

Le titre IV de la loi du 26 juillet 2005 est intitulé *« de la liquidation judiciaire »*.

Le chapitre 2 est intitulé *« de la réalisation de l'actif »* et la section 1 *« de la cession de l'entreprise »*.

Ces dispositions sont en principe applicables après le prononcé d'un jugement de liquidation judiciaire.

Le législateur s'est voulu pragmatique, alors même que la période d'observation qui suit l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire tend à mettre en place un plan destiné, *« à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »*, il n'est pas interdit à l'administrateur de recueillir les offres de cession dont l'objet est limité, *« au maintien de l'activité de l'entreprise »*.

Les dispositions de l'article L. 631-22 qui s'insèrent dans le chapitre 1^{er} au Titre III *« de l'ouverture et du déroulement du redressement judiciaire »*, disposent :

« Au vu du rapport de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement ».

Il n'est nullement prévu que la liquidation judiciaire doit être préalablement prononcée, ou même concomitamment au jugement ordonnant ladite cession.

Le texte prévoit qu'à l'exception du I de l'article L. 642-2 relatif aux conditions dans lesquelles le tribunal, après avoir prononcé la liquidation judiciaire, peut autoriser la poursuite de l'activité, *« Les dispositions de la section 1 du chapitre 2 du titre IV sont applicables à cette cession »* alors que la période d'observation sera en cours.

Or, ces dispositions concernent les conditions et modalités de la cession entreprise applicables après le prononcé de la liquidation judiciaire.

Le tribunal pourra donc arrêter un plan de cession totale (ou partielle) sans avoir à prononcer préalablement la liquidation judiciaire.

En outre, le texte ajoute :

« Le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur », ce qui suppose qu'il n'est pas désigné de liquidateur, alors qu'une telle désignation doit impérativement figurer dans le jugement de liquidation judiciaire ⁴⁸.

Monsieur le Sénateur Hyest, au nom de la commission des lois du Sénat, auteur de l'amendement, éclaire la pensée du législateur :

« Lorsque la société est cédée au cours d'un redressement judiciaire, soit le débiteur obtient un plan de redressement, auquel cas la société demeure ; soit le débiteur n'est plus

48. C. com., art. L. 641-1, II, nouveau.

en cessation des paiements et il peut être mis fin à la procédure. Le débiteur peut reprendre une nouvelle activité ou décider de la liquidation amiable de la société ; soit le débiteur est soumis au nouvel article L. 642-21 pour la vente des actifs restant à céder, auquel cas la liquidation judiciaire sera également ordonnée ».

L'article L. 642-21 dispose :

« Lorsqu'il a été fait application des dispositions de l'article L. 631-22 et que le débiteur ne peut obtenir du tribunal l'arrêté d'un plan de redressement, les dispositions du présent Titre sont applicables. Les biens non compris dans le plan de cession sont cédés dans les conditions de la présente section ».

En conséquence, après arrêté du plan de cession de l'entreprise, qu'elle soit totale ou partielle, la liquidation judiciaire sera prononcée, dès lors que les conditions posées par les articles L. 640-1 et suivants nouveaux sont réunies :

- cessation des paiements ;
- redressement manifestement impossible.

L'on peut penser que, dans ce cas, le jugement de liquidation judiciaire nommera un liquidateur et mettra fin aux fonctions du mandataire judiciaire.

Interrogé sur la question de savoir si le plan de cession et le jugement de liquidation judiciaire doit être prononcé dans une seule et même décision, le centre d'étude et de documentation de la Cour de cassation, tout en rappelant que la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée expressément, a répondu que :

« Le plan de cession n'est pas nécessairement accompagné ou suivi de la liquidation judiciaire ».

Il renvoie également à la lecture des articles 209 et 210 du décret du 28 décembre 2005.

L'article 209 prévoit que :

« Lorsque la cession totale ou partielle de l'entreprise a été ordonnée, la procédure est poursuivie dans les limites prévues à l'article L. 625-3 du Code de commerce aux fins, selon le cas, de l'arrêté d'un plan de redressement de la liquidation du débiteur. »

L'article 210 précise le sort du prix de cession de l'entreprise selon les circonstances.

Le plan de cession de l'entreprise, qu'elle soit totale ou partielle, est ainsi conçu comme une étape de la procédure de redressement judiciaire, et non comme une issue autonome de cette procédure ⁴⁹.

Le débiteur demeure en période d'observation jusqu'à ce qu'il y soit mis fin :

- par un jugement constatant qu'il n'est plus en état de cessation des paiements ;
- par un jugement arrêtant le plan de redressement par voie de continuation ;
- par un jugement prononçant la liquidation judiciaire ;
- à l'exclusion d'un jugement arrêtant un plan de cession.

Il ne faut pas exclure que le tribunal décide dans un même jugement de la cession et de l'issue de la procédure.

En conséquence, seront mis en cause le débiteur, pris en la personne de ses représentants légaux, s'il s'agit d'une personne morale, et selon l'état de la procédure, le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un, ou le liquidateur judiciaire.

49. Deharweng J., Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives : un événement et non plus une issue du cours de la procédure, D. 2006, chr., p. 1047.

Après adoption du plan de sauvegarde ou de redressement, l'article L. 626-25, § 2 dispose que :

« Les actions introduites avant le jugement qui arrête le plan et auxquelles l'administrateur ou le mandataire judiciaire est partie sont poursuivies par le commissaire à l'exécution du plan ou, si celui-ci n'est plus en fonction, par un mandataire de justice désigné spécialement à cet effet par le Tribunal ».

En cas de liquidation judiciaire, l'action est poursuivie contre le liquidateur dont les dispositions de l'article L. 641-4, 3^e alinéa, prévoient qu'il exerce, *« les missions dévolues à l'administrateur et au mandataire judiciaire par les articles L. 622-6, L. 622-20, L. 622-22, L. 622-23, L. 624-17, L. 625-3, L. 625-4 et L. 625-8. »*

On procède donc comme pendant la période d'observation, les actions et voies d'exécution sont poursuivies ou engagées lorsque la loi l'autorise, après mise en cause du liquidateur, sauf à ce qu'il en prenne l'initiative.

Ainsi, le parcours du créancier est-il *« balisé »* à défaut d'être facilité, quant aux parties qu'il lui appartient d'appeler en cause, mais il comporte encore de véritables impasses et de sérieux aléas quant à l'exécution de la décision que son action vise à obtenir.

B – Les obstacles à l'exécution

Étant admis que le créancier prioritaire de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, ou le créancier privilégié de l'article L. 622-17 nouveau, ait obtenu un titre exécutoire, c'est assurément dans le but du recouvrement effectif de sa créance.

Celui-ci ne peut s'exercer sur les fonds déposés à la Caisse des dépôts et consignations et son succès à l'égard du débiteur dépendra de l'étendue du patrimoine disponible de celui-ci.

1 – Les impasses

a) La Caisse des dépôts et consignations, auprès de laquelle les organes de la procédure collective doivent déposer tous les fonds qu'ils recueillent au titre d'une procédure collective, demeure le sanctuaire inviolable qu'avaient instaurées les dispositions de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985, transfiguré en texte d'essence légale à la faveur de la codification, sous les dispositions de l'article L. 627-1 ancien :

« Aucune opposition aux procédures d'exécution de quelque nature qu'elle soit sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations n'est recevable ».

Sans modification, ce texte devient l'article L. 662-1.

Il interdit toutes mesures d'exécution à l'encontre des organes de la procédure collective sur les fonds qu'ils ont déposés à la Caisse des dépôts et consignations, sans préjudice de l'obligation qu'ils ont de les répartir entre les créanciers suivant leur rang.

b) La suppression du plan de cession totale comme solution de la procédure de redressement judiciaire vient en revanche mettre fin à une particularité qui s'y trouvait attachée et qui constitue aujourd'hui une sérieuse difficulté qui s'oppose au recouvrement des créances prioritaires.

Les dispositions de l'article L. 21-32 ancien, comme d'ailleurs les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce, posent comme admissible le défaut de paiement des créances relevant du régime qu'ils instituent, à leur échéance, puisqu'elles l'envisagent expressément.

Les dispositions de l'article L. 621-32 ancien disposent à cet égard :

« En cas de cession totale... elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par les privilèges établis aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail. »

Les dispositions de l'article L. 621-32 III ancien précisent l'ordre dans lequel le paiement doit alors en être effectué.

L'article L. 621-95 ancien du Code de commerce, dont la portée est assurément générale, précise :

« Le prix de cession est réparti par le commissaire à l'exécution du plan entre les créanciers suivant leur rang. »

Le paiement des créances, qu'elles relèvent ou non des dispositions de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, ne peut donc être effectué au mépris des textes précités.

Il est cependant jugé avec constance que ces dispositions ne font pas obstacle à l'exercice par un créancier de son droit de poursuite individuelle, *« afin d'obtenir un titre exécutoire pour le recouvrement d'une créance de loyers née après le jugement d'ouverture de la procédure collective et non réglées à son échéance »*⁵⁰.

Cette faculté d'agir en vue *« d'obtenir un titre exécutoire »* est ouverte à tous les créanciers justifiant d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture et relevant de ce chef des dispositions de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, elle devrait pouvoir être exercée par les créanciers dont la créance relève des articles L. 622-17 et L. 641-13.

En application de ces principes, ces mêmes créanciers peuvent mettre en œuvre les voies d'exécution de droit commun :

- pendant la période d'observation ;
- en cas de liquidation judiciaire.

Sous le régime antérieur, pendant la période d'observation, les voies d'exécution sont poursuivies par ces créanciers, à l'encontre :

- du débiteur seul si l'administrateur judiciaire n'a pour mission que de contrôler les opérations de redressement judiciaire ;
- du débiteur assisté de l'administrateur si ce dernier a reçu mission d'assister les dirigeants pour les actes de gestion et d'administration ;
- de l'administrateur seul s'il a pour mission de représenter le débiteur.

En cas de liquidation judiciaire, le liquidateur représente le débiteur entièrement dessaisi de la gestion et de l'administration de ses biens et c'est à son encontre que les voies d'exécution sont poursuivies.

Il n'est nullement certain en revanche que l'exercice de telles voies d'exécution confère à leur auteur un quelconque avantage à l'occasion de la répartition des fonds déposés à la Caisse des dépôts et consignations, selon le rang prévu par l'article L. 621-32.

En revanche, ces solutions permettent à un créancier de procéder à la saisie de biens non encore réalisés ou de créances non encore recouvrées.

La situation était radicalement différente en cas de cession totale qui était une solution de la procédure de redressement judiciaire sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985.

50. Cass. com., 20 mars 2001, n° 98-15.784, D. 2001, jur., p. 1319.

Les effets attachés au jugement arrêtant le plan ne doivent donc pas être distingués, quant au débiteur, qu'il s'agisse d'un plan de redressement par voie de continuation ou d'un plan de redressement par voie de cession.

S'il s'agit d'un plan de cession totale, en application de l'article 1844-7-7° du Code civil, la personne morale est dissoute et il faut pourvoir à la représentation de la société débitrice.

En aucun cas, le commissaire à l'exécution du plan désigné « *avec la mission prévue à l'article L. 621-68 du Code de commerce* » n'a le pouvoir de représenter le débiteur.

La Cour de cassation a, en outre, strictement limité ses pouvoirs quant aux actions judiciaires qu'il peut entreprendre pendant la durée du plan fixée par le tribunal.

Notamment, « *Le commissaire à l'exécution du plan ne peut exercer que les droits et actions concernant la vente des biens résiduels suivant les modalités de la liquidation judiciaire ; que l'instance en cours à la date du jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne pouvant être poursuivie que par la société débitrice dûment représentée...* », il est irrecevable à agir⁵¹.

« *Le commissaire à l'exécution du plan de cession n'a pas qualité pour engager, aux lieu et place du débiteur, une action tendant à l'indemnisation du préjudice résultant pour le débiteur d'un abus dans la fixation des prix par son co-contractant...* »⁵².

En toute logique, et réciproquement, « *En cas d'action en paiement dirigée contre l'entreprise par un créancier en application de l'article L. 621-32, les juges ne peuvent mettre le débiteur hors de cause et condamner le commissaire à l'exécution du plan comme représentant de la société débitrice* »⁵³.

Les créanciers doivent donc poursuivre l'action contre le débiteur, éventuellement en présence du commissaire à l'exécution du plan, s'il est encore en fonction.

De même, les voies d'exécution ne peuvent donc être exercées que contre le débiteur lui-même, cependant entièrement dessaisi de son patrimoine, au profit de ses créanciers :
– le prix de cession étant réparti par le commissaire à l'exécution du plan entre les créanciers selon leur rang⁵⁴ ;
– les biens résiduels non compris dans le plan étant irrévocablement voués au paiement de ce passif, dans la limite de son montant.

Il en résulte notamment qu'en l'absence de passif exigible ou lorsque les sommes dont dispose le commissaire à l'exécution du plan sont suffisantes pour désintéresser les créanciers, il n'y a pas lieu de procéder à la vente prévue à l'article L. 621-83, alinéa 4 ancien⁵⁵.

Il apparaît donc que le commissaire à l'exécution du plan n'étant pas le « *débiteur* » des créanciers dont la créance relève des dispositions de l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, ces derniers ne pourront exercer à son encontre les voies d'exécution prévues par les dispositions de la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992.

Dans ce cas de figure, l'obtention d'un titre exécutoire contre un débiteur objet d'un plan de cession totale apparaît donc avant tout de nature platonique.

51. Cass. com., 8 juill. 2003, n° 01-01.036, RJDA 2004, n° 1, n° 66.

52. Cass. com., 18 janv. 2000, n° 97-16.224, RJDA 2000, n° 4, n° 448.

53. Cass. com., 12 juill. 2004, n° 01-16.034, Act. proc. coll. 2004, n° 192.

54. C. com., art. L. 621-95.

55. Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-19.522, D. 1998, som., p. 10, obs. Derrida.

La disparition du plan de cession totale comme solution du redressement judiciaire fait disparaître cet anachronisme, qu'il fallait néanmoins citer eu égard aux procédures en cours relevant de l'application des textes antérieurs.

c) L'institution de plusieurs catégories de privilèges se primant les uns les autres, ne devrait-elle pas conduire à paralyser sinon l'action du créancier elle-même, au moins l'exécution de la décision qu'il obtiendrait ?

Les dispositions de l'article L. 611-11, qui instituent le privilège de la conciliation, ne comportent aucune dérogation, dans le cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective :

- à l'interdiction des paiements ;
- à l'interruption ou à l'interdiction des actions tendant à la condamnation du débiteur tendant au paiement d'une somme d'argent.

En revanche, il résulte des dispositions des articles L. 622-17 et L. 641-13 que les créanciers de la procédure sont primés par les créanciers de la conciliation.

Or, les créanciers de la procédure peuvent engager une action pour obtenir un titre exécutoire.

Si cette possibilité a pour prolongement des voies d'exécution, le paiement du prix de la course se fera nécessairement au détriment de créanciers venant en rang préférable, et singulièrement des créanciers de la conciliation.

Il paraît cependant hasardeux d'affirmer le contraire en l'état de la jurisprudence qui s'est construite sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, inspirée de la disparition de la masse, et exprimant un refus de créer à l'intérieur de la procédure collective une procédure de concours.

Au-delà même de la difficulté d'interprétation des textes, il est certain que l'interrogation qu'ils suscitent, conduit à douter sérieusement de l'efficacité des privilèges destinés à restaurer le crédit du débiteur largement entamé.

2 – Les obstacles que constituent les droits des créanciers antérieurs

Les mécanismes de garantie imaginés pour faciliter le crédit aux entreprises, et dont il n'est pas question de contester l'utilité, ont pour conséquence de grever le patrimoine du débiteur, et c'est d'ailleurs leur objet.

Il en résulte que lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés, et exception faite de ses immobilisations, son actif est constitué :

- de valeurs d'exploitation qui, bien souvent, ne sont pas sa propriété (clauses de réserve de propriété), ou qui sont constituées en garantie au profit de tiers (droit de rétention, gage et nantissement) ;
- et de créances, également objet de nantissement, de cession, de paiement avec subrogation, voire de délégation ou d'action directe.

Enfin, les difficultés éprouvées par l'entreprise ont pu conduire certains créanciers à prendre des mesures conservatoires ou d'exécution venant encore amoindrir son actif réel.

a) Les effets des mesures d'exécution antérieures à l'ouverture de la procédure

Les créanciers les plus diligents, ou les plus chanceux, qui auront exercé une saisie attribution ou délivré un avis à tiers détenteur à l'encontre d'un débiteur ultérieurement objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, pourront utilement opposer les droits qu'ils se seront ainsi constitués à tous les autres créan-

ciers, quel que soit le régime de leur créance et, singulièrement, aux créanciers dont la créance bénéficiera de l'un des privilèges institués par la loi de sauvegarde.

La solution paraît durablement tranchée depuis l'arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 22 novembre 2002 ⁵⁶.

Il résulte des articles 13 et 43 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 69 et suivants du décret du 31 juillet 1992 que la saisie attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement emportant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement.

Le débat qui s'était indirectement instauré entre deux chambres de la Cour de cassation se trouve désormais clos.

Ainsi, la saisie attribution pratiquée au préjudice du propriétaire entre les mains de son locataire produira ses effets sur les loyers dus pour la période postérieure à l'ouverture de la procédure collective du bailleur et les loyers devront ainsi être versés au créancier saisissant jusqu'au terme du bail, ou jusqu'à sa résiliation.

La chambre commerciale a adopté cette analyse et l'on se ralliera à l'avis de cet auteur qui écrit, dans une étude dont seul le titre évoque une fable, que :

« *Malgré l'autorité de ces décisions, le caractère désastreux de leur solution pour les procédures collectives n'est plus à démontrer* » ⁵⁷.

L'on renverra aux développements précis et étayés de cette séduisante réflexion, ouvrant la voie à une remise en cause de ces solutions, quant à la notion de « *créance à exécution successive* ».

Relèveraient de cette catégorie les créances nées du contrat de bail, du contrat de travail ou encore du contrat d'assurance.

Sans doute faut-il l'augmenter des créances nées de contrats « *à exécution échelonnée* », parmi lesquelles Monsieur Garreau cite :

« *Les contrats de fourniture de gaz, d'électricité, de carburant, le contrat d'abonnement à un journal, ou encore le contrat de maintenance* » ?

L'on n'oubliera pas de compléter cet inventaire des créances nées de contrats « *à exécution instantanée* » mais différée, telle la vente à terme.

La loi nouvelle a heureusement prévu un contrôle *a posteriori* en apportant sa contribution aux cas de nullité de certains actes accomplis après la date de cessation des paiements, pendant la période suspecte.

Les dispositions de l'article L. 632-2 introduisent, en effet, un cas de nullité facultative constitué précisément d'une saisie attribution ou d'un avis à tiers détenteur, ou encore d'une opposition qui, « *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* ».

L'application de ces dispositions, qui figurent dans le titre III « *du redressement judiciaire* », n'est pas expressément prévue en cas de liquidation judiciaire mais les dispo-

56. Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, n° 99-13.935, D. 2003, p. 445 note Larroumet Ch., D. 2002, jur. p. 3270, note Lienhard A., JCP G 2003, II, 10033, note Houtcieff D., JCP E 2003, 469, note Legeais D.

57. Garreau C., La saisie attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles, RTD com. 2004, p. 413.

sitions de l'article L. 632-4 nouveau prévoient que l'action en nullité est exercée, « *par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le Ministère public* ».

Il est en revanche certain qu'elle n'est pas applicable dans l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde.

Ne doutons pas que l'article L. 632-2 ouvrira un contentieux abondant car, si le défaut de paiement d'une créance ne fait pas présumer de la cessation des paiements, il en constitue bien souvent un indice déterminant.

La connaissance par le créancier de l'état de la cessation des paiements est et demeurera une notion subjective, dont la jurisprudence aura à déterminer cas par cas si la preuve en est rapportée.

Les actions en nullité prévues par les dispositions des articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce, et reprises pour être étendues par les dispositions des articles L. 632-1 et L. 632-2 nouveau, ont pour objet de reconstituer l'actif du débiteur et, par voie de conséquence, de redonner un peu de substance à son patrimoine au profit de ses créanciers.

Leur importance ne saurait donc être négligée.

Par cet effet de balancier, qui est l'apanage de la recherche d'un équilibre, l'on peut penser que la jurisprudence fera dans l'avenir un usage efficace des cas de nullité facultative.

La chambre commerciale a montré la voie dans un arrêt dans lequel elle a approuvé les juges du fond qui avaient annulé des paiements, « *effectués par le débiteur après la date de cessation des paiements au titre des cotisations sociales incluant celles précomptées sur les salaires... dès lors qu'il est établi que le créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements* »⁵⁸.

b) La clause de réserve de propriété

Les effets de la clause d'un contrat de vente reportant le transfert de propriété à la date du paiement intégral du prix, dont l'efficacité à l'égard de la procédure collective est régie par les dispositions de l'article L. 621-115 ancien du Code de commerce, sont maintenus par les dispositions des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce.

Ces dispositions sont applicables à la procédure de sauvegarde, à la procédure de redressement judiciaire⁵⁹ et à la liquidation judiciaire⁶⁰.

L'on rappellera pour mémoire que la revendication peut être exercée :

- sur les marchandises consignées entre les mains du débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire ;
- sur les biens vendus, avec une clause de réserve de propriété stipulée dans les conditions prévues par l'alinéa 2 de l'article L. 624-16.

Cette revendication est étendue aux biens 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.

Quant aux biens fongibles, la revendication s'exerce sur les biens, « *de même espèce et de même qualité retrouvés entre les mains de l'acheteur* ».

58. Cass. com., 21 juin 2005, n° 03-21.163, JCP E, 1279.

59. C. com., art. L. 631-18.

60. C. com., art. L. 641-14.

Enfin, peut être revendiqué :

« *Le prix ou la partie du prix du bien visé à l'article L. 624-16 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* ». ⁶¹

L'on peut dès lors s'interroger sur l'étendue du patrimoine sur lequel s'exercera le droit des créanciers de la procédure tant cette clause est devenue une clause d'usage.

Cette situation est encore aggravée par l'efficacité reconnue aux modes volontaires de transmission de créances.

c) Les modes volontaires de transmission de créances

Ces mécanismes concernent plus particulièrement les relations entre le débiteur et ses partenaires financiers.

Un auteur fait ce constat :

« *L'histoire actuelle des procédures collectives est celle d'une sortie progressive des établissements de crédit et financiers de leur emprise* ». ⁶²

La loi nouvelle a tenu, comme la précédente, à rappeler que la cession de créance professionnelle constitue un mode normal de paiement qui ne peut donc être annulé sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1.

Il aurait été judicieux d'actualiser la formule selon laquelle sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements.

« *4. Tous paiements pour dettes échues faits autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* ».

La loi dite Dailly figure désormais au Code monétaire et financier sous les articles L. 313-23 et suivants.

Il est à noter que la cession de créance étant toujours effectuée à titre de propriété, même lorsqu'elle est réalisée à titre de garantie, elle n'est donc pas la constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur, et échappe de ce fait à la nullité de l'article L. 621-107-6° ⁶³.

Sans doute est-ce en raison de ce qu'il est destiné à « *faciliter le crédit aux entreprises* » que ce mode de transmission a eu les faveurs du législateur et de la jurisprudence.

Dans son arrêt du 7 décembre 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans cette logique, opéré un revirement de jurisprudence en décidant, au visa des articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier que :

« *Il résulte de ces textes que, même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date* ».

61. C. com., art. L. 624-18 nouveau.

62. Daigre J.-J., Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids deux mesures, RD bancaire et financier juillet/août 2005, n° 4.

63. Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, Bull. civ. IV, n° 151.

En effet, peuvent être cédées, selon les dispositions de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier non seulement les créances liquides et exigibles, même à terme, mais également, « *les créances résultant d'un acte intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ».

En l'espèce, une société A avait passé commande d'une chaîne de fabrication à une société B.

Cette dernière avait cédé à sa banque la créance qu'elle détenait sur la société A au titre de cette commande.

La banque avait notifié la cession avant que la société B ne fasse l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.

À la suite des livraisons effectuées à la société A, postérieurement au jugement d'ouverture, la société B a procédé à la livraison et émis deux factures que la société A lui a réglé directement.

Ces paiements n'ont pas été jugés libératoires par la Cour de cassation au visa des dispositions précitées.

Les commentaires de cet arrêt estiment que par cette décision rendue, toutes sections réunies, la Cour de cassation étend la solution qu'elle a adoptée en matière de saisie attribution aux cessions de créances relevant des dispositions du Code monétaire et financier, et peut-être plus probablement encore, à l'ensemble des modes admissibles de transmission volontaires de créances ⁶⁴.

En revanche, dans l'arrêt précité, les créances cédées résultaient non pas d'un contrat à exécution successive, mais d'un contrat à exécution différée ⁶⁵.

Cependant, il est probable que la solution aurait été la même pour une créance née d'un véritable contrat à exécution successive ⁶⁶.

La loi de confiance et de modernisation de l'économie du 13 juillet 2005 a complété le huitième alinéa de l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier d'une troisième phrase :

« *Nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure visée au Livre VI du Code de commerce à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, cette cession conserve ses effets après le jugement d'ouverture, sauf lorsque ces créances résultent de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé.* »

Cet ajout aux dispositions relatives aux fonds communs de créances, et non aux dispositions relatives aux cessions de créances, paraît de portée limitée.

En effet, il ne serait applicable qu'aux cessions par des établissements financiers à des fonds communs de créances et ne viserait, en conséquence, que l'hypothèse où l'établissement financier cédant ferait lui-même l'objet d'une procédure collective.

Enfin, le fait que cette modification soit exclue de la loi du 26 juillet 2005 semble en confirmer la portée limitée.

La chambre commerciale a également étendu la solution aux mécanismes de la délégation de créance en décidant, par un arrêt du 30 mars 2005 que :

64. D. 2005, pan., p. 1426, D. 2005, jur., p. 230, note Larroumet C., D. 2005, Act. Jur., p. 77, obs. Lienhard A., RD bancaire et financier mars/avril 2005, p. 23, note Lucas F.-X., JCP E, 236, note Raby S.

65. Bull. inf. Cass. 2005, n° 615, n° 473.

66. Crocq P., Droit des sûretés, D. 2005, p. 2087.

« Les dispositions de l'article L. 621-24 du Code de commerce ne s'appliquent qu'aux paiements faits par le débiteur et non par un tiers, aussi la délégation mise en place avant le jugement d'ouverture n'est-elle pas remise en cause par le redressement judiciaire du déléguant »⁶⁷.

En l'espèce, la Cour a validé un, « montage bien classique consistant pour une entreprise créancière du prix de travaux immobiliers (le délégataire) à obtenir que le propriétaire (le déléguant) lui consente une délégation de sa créance de loyers, c'est-à-dire donne l'ordre au locataire occupant l'immeuble (le délégué) de lui régler directement ses loyers »⁶⁸.

Ainsi, l'entreprise délégataire primera tous les autres créanciers jusqu'à paiement intégral de sa créance, ou extinction ou résiliation du bail dont les loyers sont l'objet de la délégation de créances.

Seront primés tous les créanciers, y compris ceux dont la créance née postérieurement à l'ouverture de la procédure collective du bailleur et découlant de la propriété de l'immeuble, telles la taxe foncière, les charges de copropriété le cas échéant, etc. Cette créance relèverait du privilège des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.

L'efficacité de ce mode de transmission volontaire d'une créance a été renforcée par un arrêt du 7 décembre 2004 aux termes duquel la Cour de cassation a précisé que la délégation engendre une obligation personnelle du délégué à l'égard du délégataire, de sorte que l'extinction éventuelle de la créance de ce dernier à l'égard du déléguant, lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure collective, « laisse subsister l'obligation distincte du délégataire »⁶⁹.

L'intérêt de cette solution est obsolète sous le régime de la loi de sauvegarde qui a supprimé l'extinction des créances déclarées tardivement.

L'on peut supposer, avec les plus éminents auteurs, que la solution acquise au profit de la cession de créance régie par les dispositions des articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier pourrait être étendue aux cessions de créances de droit commun.

Il reste encore à évoquer le cas du paiement avec subrogation, sur lequel se fonde notamment l'affacturage.

Pas plus que la délégation, le paiement par subrogation ne peut être remis en cause sur le fondement des dispositions de l'article L. 621-24 du Code de commerce qui, « ne s'appliquent qu'aux paiements faits par le débiteur et non pas un tiers »⁷⁰.

Aussi, était-il logique que la Cour de cassation décide :

« Après avoir constaté que le factor, subrogé dans les droits d'une société cliente, qui se trouvait créancière d'une première société également sa cliente, mise en redressement judiciaire, et que cette créance était entrée dans le compte courant dont les parties avaient fait le cadre de règlement de leurs créances réciproques, la cour d'appel a exactement décidé que cette entrée en compte réalisait la condition de connexité prévue à l'article L. 621-24 du Code de commerce et que cette créance – correspondant à des factures dues

67. Cass. com., 30 mars 2005, n° 03-15.561, RD Bancaire et financier mai/juin 2005, n° 94, Lucas F.-X.

68. Cass. com., 30 mars 2005, n° 03-15.561, note Lucas F.-X., précitée.

69. Cass. com., 7 déc. 2004, n° 03-13.595, Bull. civ. IV, n° 214, p. 240 ; et, pour une délégation imparfaite, voir Cass. com., 29 avr. 2002, n° 99-15.072, RJDA 8-9/02, n° 931, p. 790.

70. Cass. com., 30 mars 2005, n° 03-15.561, RD Bancaire et financier mai/juin 2005, n° 94, Lucas F.-X.

par la société défaillante au second client est venue à échéance avant l'ouverture de la procédure collective – pouvait être invoquée en compensation »⁷¹.

Si cette décision consacre l'étendue des effets de la subrogation, plus que les conditions de validité du paiement avec subrogation, il fait primer là encore le droit d'un créancier dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective sur le patrimoine du débiteur, au détriment des créanciers dont la créance est née postérieurement.

Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on ne peut négliger de citer les dispositions de l'article 1387-1 nouveau du Code civil qui portent une atteinte significative aux droits des créanciers en énonçant que :

« Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel, ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. »

Ce texte est soumis à l'examen du Conseil constitutionnel et il n'est donc pas définitif, et l'on a pu en lire des commentaires extrêmement critiques⁷².

III – Conclusion

La loi de sauvegarde ne porte aucune disposition de nature à remettre en cause ces solutions qui, cependant, grèvent lourdement le patrimoine du débiteur. Leur orthodoxie juridique engendre des commentaires laudateurs qui confinent à l'unanimité, sauf en ce qui concerne les conséquences qu'elles engendrent parfois au plan de l'économie de la procédure.

Pour autant, l'absence de dispositions efficaces pour le règlement des conflits prévisibles entre les créanciers dans l'exercice de leurs droits à l'encontre du débiteur, après qu'ait été constaté l'échec de la tentative de redressement de l'entreprise, et prononcée la liquidation judiciaire (ou ordonné la cession totale de l'entreprise) est regrettable.

La primauté donnée par la jurisprudence au créancier le plus diligent, qui pourrait être reconduite dans l'application de la loi de sauvegarde, est source d'inégalités entre les créanciers et de discrédit pour le débiteur.

Le souhait d'éviter de créer une « *procédure dans la procédure* » risque de conduire finalement à l'organisation méticuleuse d'une véritable « *foire d'empoigne* » entre les créanciers, dont la première conséquence est de retarder le règlement des créances et de prolonger la vie de la procédure.

En outre, l'on a pu déplorer l'absence d'action au service du privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce.

Si toutefois la procédure emprunte les chemins de la sauvegarde ou du redressement, les solutions à entreprendre préviendront ces conflits en organisant le règlement de tous les créanciers.

71. Cass. com., 1^{er} mars 2005, n° 03-18.774, JCP E, 857, note Scholastique E.

72. Crocq P., Les bons sentiments ne font pas les bons textes, D. 2005, p. 2025 ; Piedelièvre S., De l'utilisation d'un pavé par un ours, D. 2005, p. 2138.

À cet égard, l'on peut considérer que la loi nouvelle a élargi la voie contractuelle en permettant aux créanciers, constitués en comités, de décider de dispositions particulières, éventuellement à leur détriment, dès lors qu'ils estimeraient leur sacrifice justifié.

L'on reste cependant dubitatif quant à l'efficacité des différents privilèges cités par la loi de sauvegarde pour tenter de restaurer le crédit du débiteur en difficulté.

Aussi, à titre de viatique pour l'avenir, l'on peut hasarder à deux conseils.

Aux créanciers de la conciliation, il faut suggérer de conforter leur privilège au moyen de garanties réelles.

Aux créanciers de la procédure, l'on se contentera de rappeler que « *Le temps c'est de l'argent* » et qu'il leur faut agir avec la plus grande diligence.

ANTOINE DIESBECQ

Avocat à la Cour



L'avocat dans la cité

Nouveaux enjeux

Les travaux des Commissions Ouvertes du Barreau de Paris, au cours de l'année judiciaire 2004/2005, ont fait l'objet de l'édition du tome 1 de « L'AVOCAT DANS LA CITE » ; ceux de l'année judiciaire 2005/2006 sont relatés dans ce tome II avec pour sous titre « Nouveaux enjeux ».

L'activité quotidienne de l'avocat, à partir de la maîtrise souvent conflictuelle des problèmes contemporains lui permet, en effet, d'explorer de nouveaux espaces juridiques de nature à apaiser les différends avant même qu'ils ne dégénèrent en procès et à résoudre les conflits lorsqu'ils n'ont pu être évités.

La finalité de ce livre et des différents articles qui le composent est d'essayer d'en faire la démonstration dans les différents domaines techniques de compétence de l'avocat.

Jean-François Péricaud
*Avocat à la Cour,
Coordonnateur des Commissions Ouvertes*

ISBN : 2-916381-00-7
ISBN : 978-2-916381-00-8



Publication de l'Ordre des Avocats de Paris - 30 €

L'avocat dans la cité

Nouveaux enjeux



une société Wolters Kluwer



**Yves Repiquet, Bâtonnier
de l'Ordre des Avocats de Paris,
entouré des auteurs du livre :**

Dolly Assouline-Eisenbaum, Laurence Azoux-Bacrie, Jehan-Denis Barbier, Martina Barcaroli, Soliman Le Bigot, Alexandre Boiche, Guillaume Bordier, Bénédicte Bury, Bernard Cahen, Eva Calveyra, Vincent Canu, Laurent Caron, Michel Catillon, Véronique Chauveau, Charles-Henry Chenut, Frédérique Chiffot-Bourgeois, Juan Antonio Cremades, Antoine Diesbecq, Jean-Jacques Dulong, Fabienne Fajgenbaum, Philippe-Karim Felissi, Mary-Daphné Fishelson, Jean-Pierre Forestier, Florence Fresnel, Hubert Gasnos, Emmanuelle Giraud, Sabrina Goldman, Peggy Grivel, Eric Guillemet, Ingrid-Mery Haziot, Marie-Hélène Isern-Real, Auni Kirmen, Bernard Lagarde, Caroline Larlus, Françoise Mendel-Riche, Marine Merlet, Jacques Mondino, Jean-François Péricaud, Philippe Péricaud, Marie-Françoise Ritschy, Erick Royer, Eryck Schekler, Silvestre Tandeau de Marsac, Georges Teboul, Sophie Tougne, Michel Tournois, Bruno Traesch, Pascal Trillat, Véronique Tuffal-Nerson, Laurent Vallery-Radot, Bâtonnier Bernard Vatier.