

CAPACITE 2^{ème} année

Droit commercial

Marc Jeanson

Bonjour et bonne lecture à tous

Dans ce **bulletin de liaison n° 5** vous trouverez les différents points examinés lors des séances 4 & 5.

Les grands principes de la loi du 26 juillet 2005

A. Un champ d'application élargi

Grande nouveauté de la loi de 2005, le droit des entreprises en difficultés s'applique désormais aux **professions indépendantes** (dont les professionnels libéraux soumis à un statut légal et réglementaire et dont le titre est protégé, mais aussi les artisans non inscrits au répertoire des métiers et les commerçants non inscrits au RCS) C'est le sens des réformes successives que d'étendre de plus en plus le domaine d'application du droit des procédures collectives. Avant 1967, il ne s'appliquait qu'aux commerçants personnes physiques et aux sociétés commerciales. Depuis 1985, y ont été ajoutés les artisans. Puis en 1988, les agriculteurs.

B. Des créanciers remis au centre de la procédure : un rôle renforcé et une position plus favorable

Leur situation est améliorée dans la mesure où il apparaît bien délicat de ne pas leur faire une place suffisante dans le cadre de la procédure. Ils sont des acteurs essentiels dans la mesure où leurs comportements peuvent permettre ou non un sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Ainsi leur responsabilité civile pour soutien abusif est allégée, les créanciers publics et sociaux peuvent désormais consentir de manière plus souple des facilités au débiteur ce qui aura pour effet non négligeable d'alléger plus ou moins considérablement la dette des entreprises soumises à des difficultés.

Par ailleurs, le régime de la vérification des créances est assoupli puisque la créance non déclarée ne subit plus la sanction rigide de l'extinction comme c'était le cas auparavant, mais est seulement inopposable à la procédure.

Notons enfin la mise en place d'un comité des créanciers. Il s'agit d'assemblées de créanciers auxquelles on va soumettre des propositions qu'ils pourront discuter et sur lesquelles ils se prononceront collectivement.

C. Accorder une meilleure place aux dirigeants

D'une manière générale, le rôle du dirigeant prend plus d'importance, par ailleurs les sanctions qui leurs sont applicables sont moins sévères et moins nombreuses.

D. « Optimiser les chances d'un redressement précoce par un débiteur » (Y. Chaput) par une diversification des procédures de traitement applicables

Une procédure de sauvegarde pourra être ouverte dès lors que, sans être en état de cessation des paiements, il est fort probable que l'entreprise le devienne.

Si le débiteur est en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours et qu'il éprouve une difficulté juridique économique ou financière avérée ou prévisible, une alternative s'offre à lui : il peut opter pour la conciliation ou bien pour le redressement judiciaire (ou bien encore la liquidation judiciaire si tout redressement s'avère impossible). La procédure de conciliation est une procédure intéressante car elle semble

bien adaptée à des entreprises dont la difficulté est bien identifiée et qui semble être en mesure d'obtenir, dans l'avenir, des résultats de nature à lui permettre de survivre.

I. La notion de cessation des paiements

Pour faire l'objet de procédures collectives, les entreprises doivent, à l'exception des hypothèses de non rachat par le locataire gérant d'une entreprise en difficulté ou d'inexécution soit du règlement amiable soit du plan de redressement, avoir cessé de payer leurs créanciers.

A. La définition de l'état de cessation des paiements

La définition de la cessation des paiements a été donnée par la loi n°85- 98 du 25 janvier 1985, reprise par la loi du 26 juillet 2005 (article L 631- 1 du nouveau code de commerce) après de nombreuses interprétations libérales de la jurisprudence.

Article L631 -1 al 1 du code de commerce

« Il est instituée une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L 631- 2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible est en cessation des paiements ».

Com., 14 février 1978

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches : vu l'article premier de la loi du 13 juillet 1967; attendu que, pour débouter l'URSSAF des landes de sa demande de mise en liquidation des biens de Barada, la cour d'appel a retenu par motifs propres et par motifs adoptés des premiers juges, que, le défaut de paiement d'une seule dette ne suffisant pas à constituer l'état de cessation des paiements, la situation de Barada, qui justifiait avoir versé des acomptes importants et dont la dette envers URSSAF ne se montait plus qu'à 39.639 francs 45 centimes, n'était pas désespérée et sans issue, de sorte que la cessation de ses paiements n'était pas établie; attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si Barada était en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; par ces motifs : casse et annule l'arrêt rendu entre les parties le 9 juin 1976 par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

B. Le passif exigible

Il doit s'agir de dettes certaines, liquides et exigibles, c'est-à-dire ni à terme ni soumises à conditions et en argent. Il importe peu en revanche que la dette soit civile ou commerciale.

Com., 28 avril 1998.

Sur le premier moyen :

Attendu que le liquidateur de la procédure collective reproche d'abord à l'arrêt d'avoir fixé au 19 mars 1991 la date de cessation des paiements de la société Normandie alors, selon le pourvoi, qu'en se déterminant par des motifs inopérants relatifs à l'intention de la débitrice ou à sa connaissance de l'exigibilité de la dette, sans rechercher à quelle date la société Normandie s'était trouvée dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985 ;

Mais attendu que le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur ; qu'ayant retenu qu'il ne résultait pas de la lettre du 8 novembre 1990 que la dette échue au titre des loyers et charges postérieurs au 1er janvier 1991 était 'réellement exigible' à cette date, la cour d'appel a fait apparaître que cette dette n'avait pas

été exigée avant le 19 mars 1991 et a ainsi légalement justifié sa décision de reporter la date de la cessation des paiements à ce moment ; que le moyen n'est pas fondé ;

Com., 22 février 1994.

Sur les deux moyens réunis :

Attendu que la société Holding de participations industrielles et commerciales (la société Hoparic) et la société Auto location savoisienne et Serignat (la société ASS) font grief à l'arrêt attaqué (Chambéry, 9 décembre 1991) d'avoir infirmé le jugement qui a ouvert, à leur demande, une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société AA Coach et celui qui, ultérieurement, a prononcé sa liquidation judiciaire, aux motifs, selon le pourvoi, que le dossier de la procédure n'avait pas été communiqué au ministère public et que les créances dont ces sociétés se prévalaient, constatées par des décisions de référé provisoires, ne devaient pas être prises en compte pour la détermination du passif exigible, alors, d'une part, que le ministère public doit avoir communication, s'agissant de personne morale, des procédures de redressement et liquidation judiciaires ; que la cour d'appel a donc violé l'article 425-2° du nouveau Code de procédure civile ; et alors, d'autre part, que l'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire ; qu'elle constitue un titre rendant exigibles les condamnations qu'elle prononce ; que les sommes dues en vertu de ce titre sont donc exigibles et doivent être prises en compte pour la détermination du passif exigible du débiteur ; que la cour d'appel a donc violé ensemble les articles 3 de la loi du 25 janvier 1985 et 489 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, qu'aux termes de l'article 176 de la loi du 25 janvier 1985, lorsque le ministère public doit avoir communication des procédures de redressement judiciaire, le pourvoi en cassation pour défaut de communication n'est ouvert qu'au ministère public ; D'où il suit que le moyen est irrecevable ; Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que les créances dont les sociétés Hoparic et Auto location savoisienne et Serignat faisaient état, avaient été constatées par des décisions de référé provisoires et que leur sort définitif était lié à une instance pendante devant les juges du fond, la cour d'appel a pu décider que de telles créances étaient litigieuses et ne pouvaient être prises en compte pour déterminer le passif exigible ;

Que le moyen n'est donc pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi.

C. L'actif disponible

Il s'agit des sommes dont l'entreprise peut disposer immédiatement et de celles dont elle peut disposer à court terme (SICAV monétaires, bons du trésor...)

Com., 26 juin 1990

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985, ensemble l'article 380-1 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, créancière de la Société d'exploitation du circuit automobile du district de Lacq (la SECADIL) en vertu d'un prêt de somme d'argent consenti à cette dernière avec la garantie à première demande du district de Lacq (le district) qui avait, par ailleurs, accepté que les sommes versées par lui à ce titre ne deviennent pas immédiatement exigibles dans ses rapports avec la débitrice, la Société de financement régional Elf-Aquitaine (la SOFREA), après commandement fait à l'emprunteuse pour avoir paiement des échéances non réglées, l'a assignée en redressement judiciaire ;

Attendu que, pour surseoir à statuer sur cette demande, l'arrêt retient que la garantie donnée par le district avait pour effet d'apurer le passif de la SECADIL vis-à-vis des tiers, sans y substituer une créance exigible, de sorte que la SOFREA, en l'état, n'apportait pas la preuve de la cessation des paiements de la débitrice, cette preuve ne pouvant être établie que si le jeu des " cautions " ne permettait pas le règlement du prêt ;

Attendu qu'en se prononçant ainsi, après avoir relevé que la SECADIL était dans l'impossibilité de faire face à ses engagements tant envers la SOFREA qu'envers les autres organismes prêteurs, " le terme d'état de cessation des paiements pouvant donc s'appliquer à elle ", et alors que ni l'existence de la garantie à première demande consentie par le district, ni l'accord de celui-ci pour différer l'exigibilité à son égard de la dette de la SECADIL résultant d'une éventuelle mise en oeuvre de la garantie ne pouvaient influencer sur l'appréciation de

l'état de cessation des paiements de la société au moment où elle statuait sur la demande, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

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

D. L'impossibilité de faire face

L'impossibilité apparaît dès lors que l'entreprise est dans l'impossibilité de payer sauf à recourir à des moyens ruineux ou frauduleux.

Com., 13 juin 1989

Sur le moyen unique :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 13 octobre 1987) d'avoir reporté du 4 août 1983 au 5 février 1982 la date de la cessation des paiements de la société Sempsapso (la société) alors, selon le pourvoi, que cette date ne peut être reportée qu'à condition de relever que, dès la date envisagée, le débiteur ne pouvait faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible ou qu'il n'avait pu le faire que grâce à des moyens frauduleux ou ruineux ; que les apports en compte courant d'un associé ne constituent pas des moyens frauduleux ou ruineux et sont de nature à permettre à la société, au moyen de son actif disponible, de faire face à son passif exigible ; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a donc violé les articles 1er et 6 de la loi du 13 juillet 1967 ;

Mais attendu que l'arrêt relève, tant par motifs propres qu'adoptés, que malgré la perte intégrale du capital social par laquelle s'était soldé l'exercice comptable 1980, l'activité avait été poursuivie en vertu d'une décision, non publiée, de l'assemblée générale des associés ; que pour satisfaire à l'injonction administrative de procéder, dans la clinique exploitée par la société, à des travaux de mise en conformité nécessitant le concours des banques, lesquelles lui refusaient tout crédit, autorisation avait dû être donnée, le 6 août 1981, par le conseil d'administration à son président, M. Sol, de contracter un emprunt en son nom personnel et que ce sont les avances anormales ainsi consenties par M. Sol, dont la créance en compte courant n'avait cessé de croître jusqu'à l'ouverture du règlement judiciaire, qui avaient permis à la société de se maintenir artificiellement en vie ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations qui font apparaître que l'impossibilité dans laquelle se trouvait déjà la société de faire face à son passif exigible avec son actif disponible avait été masquée par le financement, anormal en l'espèce, dont elle avait bénéficié de la part de son président, la cour d'appel a pu estimer que la date de la cessation des paiements devait être reportée au 5 février 1982 ; que le moyen est donc sans fondement ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

E. La preuve de la cessation des paiements

Elle appartient à celui qui l'invoque, soit par tout moyen pour les créances commerciales, soit selon les règles classiques de la preuve en matière civile pour les autres créances. Mais il est nécessaire d'établir l'infériorité de l'actif disponible par rapport au passif exigible.

Com., 25 février 1997

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Vu l'article 1315 du Code civil, ensemble l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 25 janvier 1985;

Attendu que la cessation des paiements est distincte du refus de paiement et doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture du redressement judiciaire;

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

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 juin 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon;

F. La date de la cessation des paiements

La loi sur la sauvegarde des entreprises (en date du 26 juillet 2005) a eu pour effet de modifier quelque peu le rôle assigné à la cessation des paiements.

La date d'apparition de la cessation des paiements va devoir faire l'objet d'une fixation très précise, afin de déterminer la procédure susceptible d'être appliquée à l'entreprise en difficulté. Il s'agit bien entendu d'une étape fondamentale puisqu'elle conditionne l'application d'un régime juridique qui diffère largement d'une procédure à une autre.

Ainsi une procédure de sauvegarde pourra être ouverte dès lors que, sans être en état de cessation des paiements, il est fort probable que l'entreprise le devienne (« Art. L. 620-1. - Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements). Cette appréciation « *d'une cessation hypothétique des paiements* » s'avèrera une tâche fort délicate pour les juges.

La procédure de sauvegarde sera néanmoins convertie en procédure de redressement judiciaire dans l'hypothèse où le débiteur était en état de cessation des paiements au moment de l'ouverture de la procédure (nouvel article L 621-12 du code de commerce.).

Si le débiteur est en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours, une alternative s'offre à lui : il peut opter pour la conciliation ou bien pour le redressement judiciaire (ou bien encore la liquidation judiciaire si tout redressement s'avère impossible). En revanche, si le délai de 45 jours est expiré, cette faculté d'option pour la conciliation disparaît et, seul le redressement judiciaire est envisageable (sauf si les conditions de l'ouverture d'une liquidation judiciaire sont remplies : article L 640-1, auquel cas ce sera la liquidation qui sera prononcée par le tribunal).

Dans le cadre du jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire, le tribunal fixe la date de cessation des paiements. A défaut de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement qui la constate. Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement constatant la cessation des paiements. (Nouvel article L 631-8 pour le redressement judiciaire et nouvel article L 641-4-IV pour la liquidation judiciaire). Il sera impossible de remonter la date de cessation des paiements en amont du jugement ayant homologué un accord de prévention. Le laps de temps entre les deux dates correspond à la période suspecte.

Les conditions d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

L'art. L621-1 dispose « La procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise, mentionnée à l'article L. 620-2, qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. L'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les 15 jours qui suivent la cessation des paiements définie à l'alinéa précédent. Etant ici précisé que contrairement à la procédure de sauvegarde, tout intéressé peut demander l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

L'ouverture de cette procédure est éligible à des entrepreneurs (A) en cessation des paiements, cause nécessaire et suffisante à fonder une telle demande (B).

A – Les débiteurs concernés

L'article L 631-2 dispose « la procédure de redressement judiciaire est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à

tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou ont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé » Ce domaine semble être commun à celui défini par l'article L620-2 relatif à la procédure de sauvegarde. Cependant, le contexte est différent dans la mesure où la sauvegarde est réservée aux entrepreneurs *in bonis*. L'activité exercée par le débiteur concourt à la clarification des débats.

1 – l'exercice d'une activité professionnelle

- Le **commerçant** exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle (art. L 121-1 du Code de Commerce). Le professionnel qui exerce à titre libéral une activité. L'artisan inscrit au Registre des métiers. Cette catégorie d'entrepreneurs, personnes physiques, est éligible à bénéficier de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. La Cour de cassation a privé du bénéfice de cette procédure le commerçant de fait. Par analogie, la même solution devait être retenue pour l'artisan.

- Le **commerçant de fait**. Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 26 Juillet 2005 ont précisé que le commerçant même non immatriculé au RCS pourra bénéficier de l'ouverture d'une procédure collective. Le Rapport de l'assemblée nationale N° 2095 précise que le commerçant de fait est considéré comme un indépendant de droit.

- **La personne morale**. La personne morale a une existence propre, différente de ses membres. Tout groupement pourvu de la personnalité juridique (à l'exception des syndicats de copropriété art. 29-4 L. 10 Juillet 1965) peut bénéficier de la procédure de redressement judiciaire. Il s'agit d'associations déclarées ou reconnues d'utilité publique, de sociétés immatriculées au Registre de commerce et des sociétés.

S'agissant d'entrepreneurs non immatriculées, il sera judicieux de se référer à la nature de l'activité afin de déterminer le tribunal compétent. Une activité civile requerra la compétence d'un tribunal civil. Une activité commerciale relèvera de la compétence du tribunal de compétence. Ainsi, les règles de compétences seront respectées.

Les Hauts magistrats seront, en tout état de cause, requis à se prononcer.

La cessation d'activité de l'entrepreneur, même consécutive à son décès, ne suffit pas à exclure sa mise en redressement ou en liquidation judiciaires. L'ouverture d'une telle procédure peut être demandée dans l'année qui suit la cessation d'activité ou le décès, à condition que la cessation des paiements ait existé lors de ses événements. De même, la société liquidée ou radiée du RCS peut bénéficier de l'ouverture d'une procédure non pas de redressement mais de liquidation.

- **Les groupes de sociétés** n'ont pas la personnalité morale. Ils ne peuvent être soumis à une procédure collective. L'autonomie patrimoniale des différentes composantes du groupe impose qu'il y ait autant de procédures que de personnes morales en cessation des paiements.

Toutefois, une exception est faite pour les **membres solidairement et indéfiniment responsables d'une société** (ex. la société en nom collectif). A cet effet, le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables u passif social. La même procédure est ouverte à l'égard de chacun desdits membres.

2 – L'extension de procédure en cas de confusion de patrimoine ou de « *fictivité* » de la personne morale

La procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes. Plusieurs cas peuvent se présenter. en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de « *fictivité* » de la personne morale. A cet égard, l'article L 621-2 al. 2 dispose « la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de *fictivité* de la personne morale. Le tribunal ayant ouvert la procédure initiale, reste, à cette fin, compétent. L'article L621-2 renvoie à L 631-7, pour le redressement judiciaire.

- **la *fictivité* de la personne morale** : La Cour de cassation dans différents arrêts précisent les critères de la fictivité de la personne morale. Ainsi, « Il y a société fictive quant la réalité de l'échange de volontés correspondant aux caractères du contrat de société fait défaut » ou lorsque la preuve est apportée de l'absence d'apport par les prête-noms

- **la confusion des patrimoines**

Est caractérisée lorsque les deux patrimoines assimilés sont utilisés par leurs titulaires comme s'ils n'en constituaient qu'un seul. La confusion des patrimoines entraîne l'ouverture d'une procédure unique car il n'y a, en substance, qu'un patrimoine.;

B – Les causes d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

La cessation des paiements est la cause première justifiant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. *D'autres causes peuvent être évoquées : ex. l'ouverture d'une procédure de redressement*

judiciaire à l'encontre de l'entrepreneur qui à l'issue de la période de location-gérance, dont il a bénéficié, aurait refusé d'acquiescer l'entreprise dans les conditions initialement prévues par le tribunal. La cessation des paiements demeure la cause principale.

Précisée par la loi (1), la notion de cessation des paiements fait l'objet de fréquents débats jurisprudentiels quant à une définition éclairée. L de la date, point de départ des droits des partenaires de l'entreprise.

Notions : Originellement jurisprudentielle, la notion de cessation des paiements a reçu une définition légale avec la loi du 25 janvier 1985. Tout comme dans le régime antérieur (loi 1985 modifiée par celle du 10 juin 1996), il y a cessation de paiements lorsque l'actif disponible d'une entreprise ne lui permet pas de faire face au passif exigible. L'Art. L 631-1 du code de Commerce conserve cette définition nécessairement souple pour lui permettre de s'adapter à un contexte économique fluctuant. Il appartient, aux juges, sous le contrôle de la Cour de cassation, de les délimiter les contours de l'actif disponible et du passif exigible, essence de la cessation des paiements.

Les précisions jurisprudentielles1: Deux éléments caractérisent la cessation des paiements : incohérence grave entre l'actif disponible et le passif exigible. Devant l'évanescence de la définition légale, Les hauts magistrats se sont à plusieurs reprises prononcés sur le sujet : ainsi, la cessation des paiements n'est pas une

1 - Cour de cassation com., 14 mai 2002 - Dalloz, 20 juin 2002, n° 24, Cahier Droit des affaires Jurisprudence pp. 1981 et s. - Le jugement qui statue sur le report de la date de cessation des paiements ressort des dispositions de l'art. 156 du décret n°85-1388 du 27/12/1985 qui excluent la possibilité de former tierce opposition contre les décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaire selon les règles de droit commun, que la tierce opposition soit principale ou incidente.

2 - Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 octobre 2000. Pourvoi numéro 98-12.272, Perbos contre Barault - Lucas, François-Xavier (assignation par un créancier, cessation des paiements, refus de paiement, consignes données par un syndicat, voies d'exécution, article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH))

3 - Cass. Com 19 Juin 2001. Société Holding Groupe Le Rachinel contre Deshayes - Lienhard, Alain - Le Dalloz, Cahier Droit des affaires, n° 31, 13 septembre 2001, pp. 2599-2600 - (L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard des parties qui ont été présentes ou représentées au litige et qui dans la nouvelle instance procèdent en la même qualité et que s'il y a entre les deux litiges identité de cause et d'objet. Le juge qui doit apprécier, à l'occasion d'une action en résolution de la cession de parts sociales, la portée d'une clause contractuelle de garantie, n'est pas tenu par la date de cessation des paiements fixée par le tribunal qui ouvre ultérieurement le redressement judiciaire de la société dont les parts ont été cédées.)

4 - Cour de cassation, Chambre commerciale, 1 er février 2000 - Besnard Goudet, Raphaëlle - JCP E Semaine Juridique (édition entreprise) ,n° 48 , 30/11/2000 , pp. 1909-1911

Date de cessation des paiements, immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS), article 5 de la loi du 24 juillet 1966, articles 2 3 et 9 de la loi du 25 janvier 1985, société en formation, redressement judiciaire, personnalité morale de la société, reprise, rétroactivité, fixation de la date de cessation des paiements, incidence sur les dirigeants, sanctions personnelles, action en comblement de passif, créanciers, nullités de droit, dation en paiement

5 - Cour de cassation, chambre commerciale, 19 juin 2001. Société Holding Groupe Le Rachinel contre Deshayes - Lienhard, Alain - Dalloz, Cahier Droit des affaires, n° 31, 13 septembre 2001, pp. 2599-2600

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard des parties qui ont été présentes ou représentées au litige et qui dans la nouvelle instance procèdent en la même qualité et que s'il y a entre les deux litiges identité de cause et d'objet. Le juge qui doit apprécier, à l'occasion d'une action en résolution de la cession de parts sociales, la portée d'une clause contractuelle de garantie, n'est pas tenu par la date de cessation des paiements fixée par le tribunal qui ouvre ultérieurement le redressement judiciaire de la société dont les parts ont été cédées.

simple gêne momentanée ou accidentelle. La cessation de paiements est l'impossibilité pour le débiteur, à partir de ses réserves actuelles de trésorerie ou de crédit, de faire face à son passif exigible ([Cass. Com. 17 juin 1997, Bull. Civ. IV, n° 193](#). [Cass. Com. 12 novembre 1997, Bull. civ. IV, n° 290](#)). C'est une notion de trésorerie, à la différence de l'insolvabilité qui est plutôt une notion de fortune ; l'une peut exister sans l'autre et réciproquement, même si en pratique les deux états sont souvent juxtaposés. L'insolvabilité reflète l'insuffisance de l'actif d'une personne pour couvrir son passif, alors que la cessation des paiements apparaît à la comparaison de l'actif disponible et du passif exigible.

La cessation des paiements ne peut être caractérisée par le seul constat d'un résultat déficitaire (Cass. Com. 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV* n° 343). Elle ne peut être déduite d'une perte d'exploitation et du non paiement des salaires (Cass. com. 9 janvier 1996, D. affaires, 1996, 273). Il ne s'agit pas d'une notion comptable : la comparaison des éléments du bilan, n'est pas de nature à établir l'existence de la cessation des paiements, [Cass. com. 2 février 1999](#). Le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur " [Cass. com. 28 avril 1998](#). De même, des factures impayées ne constituent pas la preuve de la cessation des paiements [Cass. com. 2 mars 1999](#). Un refus de paiement est également différent à la cessation des paiements (Cass. Com. 27 avril 1993, *Bull. civ. IV*, n° 154). Le manque de capitaux propres, la dégradation constante de la trésorerie et le caractère déficitaire des exercices ne caractérisent pas la cessation de paiements [Cass. com. 20 mai 1997](#).

En tout état de cause, la cessation des paiements joue un rôle important dans l'établissement des droits des créanciers.

Intérêt de la fixation de la date de cessation des paiements : La fixation de la date de cessation des paiements est déterminante quant à l'évolution de la procédure.. Elle marque le début de la période dite « suspecte », qui s'achève lors du prononcé du redressement ou de la liquidation judiciaires. Différents actes accomplis pendant cette période sont susceptibles d'annulation dans le but de reconstituer l'actif de l'entrepreneur soumis à la procédure collective.

L'art. L 631-8 reprend les règles du droit antérieur. Le tribunal fixe la date de cessation des paiements. A défaut, elle est réputée intervenue à la date du jugement qui la constate. Selon les disposition de l'art. L 631-8 al. 2, cette date peut être reportée une ou plusieurs fois. Elle ne peut être antérieure de plus de 18 mois du jugement. L'interdiction tient au fait de l'insécurité juridique liée à l'existence de la période suspecte doit être limitée.

Enfin, la fixation de la date de cessation des paiements permet d'apprécier le caractère fautif ou non de certains comportements. (du débiteur qui aurait négligé de demander l'ouverture de la procédure dans les délais, des co-contractants du débiteur (une banque par ex.) qui auraient contribué à aggraver la situation de l'entreprise par l'octroi, de façon abusive, de crédits.

2 – Le jugement d'ouverture :

L'article L 621-8 et s. précise que dans le jugement d'ouverture, le tribunal désigne les organes de la procédure qui sont : le **juge-commissaire** et deux mandataires de justice qui sont l'**administrateur** et le **représentant des créanciers**.

Il invite le **comité d'entreprise** ou, à défaut, les **délégués du personnel** ou, à défaut de ceux-ci, les salariés à désigner, au sein de l'entreprise, un représentant des salariés. Les salariés élisent leur représentant par vote secret au scrutin uninominal à un tour. L'administrateur peut demander la désignation d'un ou plusieurs experts.

L'administrateur et le représentant des créanciers tiennent informés le juge-commissaire et le procureur de la République du déroulement de la procédure. Ceux-ci peuvent à toute époque requérir communication de tous actes ou documents relatifs à la procédure. Le procureur de la République communique au juge-commissaire sur la demande de celui-ci ou d'office, nonobstant toute disposition législative contraire, tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure.

Le **juge-commissaire** est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

Le juge-commissaire désigne **un à cinq contrôleurs** parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires.

Les contrôleurs assistent le représentant des créanciers dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au représentant des créanciers. Ils sont tenus au secret professionnel sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal. Les contrôleurs ne perçoivent aucune rémunération. Les contrôleurs peuvent être révoqués par le tribunal sur proposition du juge-commissaire ou du représentant des créanciers. **Ils ne répondent que de leur faute lourde.**

Aucun parent ou allié jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef d'entreprise ou des dirigeants, s'il s'agit d'une personne morale, ne peut être désigné à l'une des fonctions prévues au présent article sauf dans les cas où cette disposition empêche la désignation d'un représentant des salariés.

Le jugement d'ouverture ouvre une période d'observation qui est un prélude nécessaire à tout plan de redressement.

A - Les règles spécifiques au redressement judiciaire

L'article L 631-14-II conclut que les personnes physiques coobligés ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28. Ces dernières ne bénéficient donc pas de l'arrêt du cours des intérêts prévu à l'alinéa 1.

Les articles L 632-1 à L 632-4 précisent le régime de la période suspecte. Certains actes de la période suspecte sont obligatoirement nuls (1) et d'autres ne le sont que facultativement (2).

1 – Les nullités obligatoires

L'article L 631-1-I précise que la nullité est de droit si ces actes sont intervenus pendant la période suspecte, c'est-à-dire, depuis la date de la cessation des paiements. Il s'agit de :

- tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;
- tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celle de l'autre partie ;
- tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement
- tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 C.Civ., à défaut d'une décision de justice ayant acquis force jugée,
- toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissements constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;
- toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation des paiements ;
- toute autorisation, levée et revente d'options définies aux articles L 225-177 et s du Code de Commerce.

2 – Les nullités facultatives

Un régime de nullité facultative est prévu par les articles L 632-1-II. Il s'agit des :

- d'actes gratuits antérieurs de moins de six mois à la période suspecte. Il s'agit d'actes gratuits visé au I° fait dans les six mois précédant la date de cessation des paiements.
- Les paiements pour dettes échues effectués après la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis après cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements. Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un

créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de la date de cessation des paiements.²

B – La poursuite de l'activité pendant la période d'observation.

Une communauté de règles relatives au régime de l'activité en période d'observation pour la procédure de sauvegarde et pour le redressement judiciaire. A cet effet, l'article L 631-14-I énonce que sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, avec des aménagements mineurs, les articles L 622-2 et à L. 622-23. D'autres règles sont spécifiques au redressement judiciaire. Elles concernent la brièveté de la période d'observation, les modalités de gestion de l'entreprise par le débiteur ou, le cas échéant, l'administrateur, la situation des salariés.

1 – La brièveté de la période d'observation

Les articles L622-10 et 11, applicables au redressement judiciaire, définissent des conditions qui conduisent le tribunal à encadrer la pertinence du maintien en activité de l'entreprise et à tirer les conséquences de la situation contraire, en procédant à une cession partielle ou à la conversion de la procédure en liquidation judiciaire.

La période d'observation est nécessaire brève. L'article L 631-15 précise que deux mois à compter du jugement d'ouverture, le tribunal ordonne la poursuite de la période d'observation si l'entreprise dispose, à cette fin, des capacités de financement suffisantes (L 631-15-I al. 1). Il semble que les dispositions de l'article L621-3 qui prévoient une période d'observation de six mois, pour la procédure de sauvegarde, ne puissent s'appliquer au redressement judiciaire – dès lors que l'article L 631-9 vise les articles L 621-4 à L.621-11.

Un rapport établi par l'administrateur ou, lorsqu'il n'en a pas été désigné, par le débiteur, éclaire le tribunal dans sa décision. Ce rapport va déterminer la suite de procédure. Le tribunal peut, à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, d'un contrôleur, du ministère public ou d'office, ordonner la cession partielle de l'activité ou prononcer la liquidation. Il met fin à la période d'observation et, sous réserve des dispositions de l'article L 641-10, à la mission de l'administrateur.

2 – La gestion de l'activité pendant la période d'observation

Sous l'empire de la loi de 1967, le débiteur était dépossédé de ses fonctions au profit du syndic, dans l'intérêt de la masse des créanciers. La loi de 1985 a supprimé la masse des créanciers. Cependant, les droits du débiteur étant exercés par un mandataire de justice, dans l'intérêt de la procédure. La loi de 2005 instaure un régime souple. Le législateur a allégé la procédure et a recherché une adéquation des moyens judiciaires à l'intérêt poursuivi.

² L'article L 632-3 précise, par ailleurs, que les dispositions des articles L632-1 et 2 ne portent pas atteinte à la validité du paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque ; il est indispensable d'assurer la sécurité du procédé de paiement par un mode cambiaire. Toutefois, sur le fondement de l'article L 632-2 al. 3, l'administrateur ou le mandataire judiciaire peut exercer une action en rapport contre le tireur de la lettre de change ou, dans le cas d'un tirage pour compte, contre le donneur d'ordre, ainsi que contre le bénéficiaire d'un chèque et le premier endosseur d'un billet à ordre, s'il est établi qu'ils avaient connaissance de la cessation des paiements.

Dans cette perspective est instituée une procédure simplifiée de redressement judiciaire, sans administrateur, dans laquelle le débiteur demeure conserve la gestion de ses affaires. Les actes les plus importants sont soumis à l'accord du juge-commissaire.

Lorsqu'un administrateur³ est nommé, il est chargé, par le tribunal, soit d'une mission de surveillance des opérations de gestion ; soit d'une mission d'assistance du débiteur pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux ; soit d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise.

Dans sa mission, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise. A tout moment, le tribunal peut modifier la mission de l'administrateur sur la demande de celui-ci, du représentant des créanciers, du procureur de la république ou d'office. L'administrateur peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires ou postaux dont le débiteur est titulaire si ce dernier a fait l'objet des interdictions prévues aux articles 65-2 et 68, troisième alinéa, du décret du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques.

Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 621-24 et L. 621-28, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi⁴.

3 – L'impact de la procédure sur la gestion de certains contrats

Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction ne fait pas obstacle au paiement par compensation de créances connexes. Le juge-commissaire peut autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à compromettre ou transiger. Le juge-commissaire peut aussi les autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité.

Tout acte ou tout paiement passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance. Lorsque l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci.

Le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien. Sauf décision spécialement motivée du juge-commissaire ou lorsqu'il

³ **Article L621-22** I. - Outre les pouvoirs qui leur sont conférés par le présent titre, la mission du ou des administrateurs est fixée par le tribunal. II. - Ce dernier les charge ensemble ou séparément : 1° Soit de surveiller les opérations de gestion ; 2° Soit d'assister le débiteur pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux 3° Soit d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise. III. - Dans sa mission, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise. IV. - A tout moment, le tribunal peut modifier la mission de l'administrateur sur la demande de celui-ci, du représentant des créanciers, du procureur de la République ou d'office. V. - L'administrateur peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires ou postaux dont le débiteur est titulaire si ce dernier a fait l'objet des interdictions prévues aux articles 65-2 et 68, troisième alinéa, du décret du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques.

⁴ Article L621-23 Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 621-24 et L. 621-28, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi.

intervient au bénéfice du Trésor ou des organismes sociaux ou organismes assimilés, ce paiement provisionnel est subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit. Le débiteur ou l'administrateur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d'appel.

Toutefois, certains contrats font l'objet d'un traitement spécial.

a/ - La gestion du contrat de travail : L'article L 631-17 prévoit que lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant période d'observation, l'administrateur, après consultation du comité d'entreprise (art. L 321-8 et 9 du Code du travail), peut être autorisé par le juge commissaire à procéder à ces licenciements. Il joint à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications et ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés.

b/ - Les contrats en cours : L'ouverture de la procédure n'interrompt pas les contrats en cours d'exécution. L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse.

Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour prendre parti. Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. A défaut de paiement dans les conditions définies à l'alinéa précédent et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, le contrat est résilié de plein droit et le parquet, l'administrateur, le représentant des créanciers ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation.

Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif. Si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant sera déclaré au passif au profit de l'autre partie (art. L622-13 al. 5). Celle-ci peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts. Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

c/ Le cas baux (art. L 622-14) A compter du jugement d'ouverture, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire ou la résiliation de plein droit du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour défaut de paiement des loyers et des charges afférents à une occupation postérieure audit jugement. Cette action ne peut être introduite moins de deux mois après le jugement d'ouverture. Nonobstant toute clause contraire, le

défaut d'exploitation pendant la période d'observation dans un ou plusieurs immeubles loués par l'entreprise n'entraîne pas résiliation du bail.

En cas de redressement judiciaire, le bailleur n'a privilège que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure. Si le bail est résilié, le bailleur a, en outre, privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages et intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux. Si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes.

Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à dépérissement prochain, à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, ou dont la réalisation ne met pas en cause, soit l'existence du fonds, soit le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur⁵.

4 – La gestion des droits des créanciers⁶

Le créancier demeure l'interlocuteur privilégié dans le cadre du redressement d'une entreprise. Que cette dernière soit in bonis ou non. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté lui réserve une place de choix. Une distinction, toutefois, est faite selon que la créance prend naissance avant ou après l'ouverture de la procédure.

5 Article L621-29 A compter du jugement d'ouverture, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire ou la résiliation de plein droit du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour défaut de paiement des loyers et des charges afférents à une occupation postérieure audit jugement. Cette action ne peut être introduite moins de deux mois après le jugement d'ouverture. Nonobstant toute clause contraire, le défaut d'exploitation pendant la période d'observation dans un ou plusieurs immeubles loués par l'entreprise n'entraîne pas résiliation du bail.

Article L621-30 En cas de cession du bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est inopposable à l'administrateur.

Article L621-31 En cas de redressement judiciaire, le bailleur n'a privilège que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure. Si le bail est résilié, le bailleur a, en outre, privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux. Si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes. Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à dépérissement prochain, à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, ou dont la réalisation ne met pas en cause, soit l'existence du fonds, soit le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur.

6 Article L621-32 *I.* - Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail. *II.* - En cas de liquidation judiciaire, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail, des frais de justice, de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre 5.

III. - Leur paiement se fait dans l'ordre suivant 1° Les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 143-11-1 à L. 143-11-3 du code du travail ; 2° Les frais de justice ;

3° Les prêts consentis par les établissements de crédit ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 621-28 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ; ces prêts et délais de paiement sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une publicité. En cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice de la présente disposition ; 4° Les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L. 143-11-1 du code du travail ; 5° Les autres créances, selon leur rang.

Sous l'empire des lois antérieures (1985 et 1994), les créanciers postérieurs à l'ouverture d'une procédure bénéficiaient d'un régime de faveur dans la mesure où ils étaient désintéressés avant ceux dont les créances avaient pris naissance avant l'ouverture de la procédure. La Cour de Cassation a précisé, alors, qu'il s'agissait d'une priorité de paiement et non d'un privilège (Cas. Com. 5.02.2002 Bull. civ. IV, n° 27)

La loi du 26 Juillet 2005 apporte des éléments nouveaux à cet état de droit et opère une distinction entre les créances nées pendant la procédure et susceptibles de bénéficier d'un régime privilégié et les autres.

a/ - Les créances nées pendant et pour les besoins de la procédure.

L'article L 622-17 relatif aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et l'article L 641-13 relatif à la liquidation judiciaire ont précisé les raisons et les conditions d'octroi de ce privilège.

- **une mesure incitative** : Le législateur sait que le soutien financier des créanciers est essentiel pour une réorganisation ou un redressement pérenne de l'entreprise. Inviter celui-ci à investir ses deniers dans l'avenir de l'entreprise en contrepartie d'un privilège est une moindre récompense. Son investissement est certain. Le remboursement ne l'est pas. Si ce privilège renforce les droits du créancier, il ne lui garantit pas un règlement certain. Seul un rang certain lui est octroyé.

- **les conditions** Il doit s'agir de 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 (L 622-17). La Commission des lois de l'Assemblée nationale a précisé qu'il peut s'agir de livraisons de biens ou de services ou encore la mise à disposition 'une somme d'argent. A contrario, Toutes les créances postérieures ne sont pas privilégiées. Il faut qu'elles réunissent les conditions posées par l'article L 622-17.

*- Elle doit naître pendant la procédure, après le jugement d'ouverture, (avant ou après : Cela n'a aucun sens).

*- Elle doit avoir été engagée par une personne habilitée à engager l'entreprise en difficulté : (l'administrateur, le débiteur après avis du mandataire).

*- Elle doit avoir été engagée pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation **ou** être la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle pendant ladite période.

- **Conséquences** : Ces créances doivent être payées à l'échéance. A défaut, Ces créances bénéficient d'un rang privilégié. Ce qui ne les affranchit pas d'une déclaration de créances (les créances nées après le jugement d'ouverture font également l'objet d'une déclaration dans un délai de deux mois à compter de la publicité du jugement d'ouverture au BODACC).

Néanmoins, certaines créances dites « privilégiées » échappent à cette obligation. Il s'agit, en l'espèce - des créances alimentaires - des créances liées au déroulement de la procédure (par exemple : frais de justice, honoraires d'avocats et d'experts) - de celles qui sont la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle.

Le superprivilège des salaires garde la priorité. Viennent, ensuite, les frais privilège des frais de justice. Les créancier bénéficiant d'un privilège né d'une conciliation « homologuée » ont a priorité sur les créanciers de l'article L 622-17.

b/ - Les créances ordinaires.

Les créanciers antérieurs et ceux dont la créance est née postérieurement et qui ne bénéficient pas de privilège sont des créanciers chirographaires. L'article L 622-24 précise qu'elles doivent faire l'objet d'une déclaration de créance.

- La déclaration des créances

- **le délai** : Le décret du 28 décembre 2005 fixe le régime de la déclaration des créances : Les créanciers dont les créances sont nées antérieurement au jugement d'ouverture disposent de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture pour déclarer leurs créances au mandataire judiciaire.

Le mandataire judiciaire prévient lui-même certains créanciers, dans les quinze jours à compter du jugement d'ouverture, de leur obligation de déclarer leurs créances. Il s'agit des créanciers titulaires de sûretés publiées (par exemple : une hypothèque) ou liés au débiteur par un contrat publié (par exemple : contrat de location-gérance).

Par ailleurs, les créanciers titulaires d'un contrat en cours au moment du jugement d'ouverture disposent d'un délai de trois mois à compter de la date de sa résiliation de plein droit ou de la notification de la décision prononçant sa résiliation pour déclarer leurs créances.

situation économique de l'entreprise, un plan de redressement (il en existe deux types : le plan de continuation et le plan de cession) ou bien la liquidation judiciaire de l'entreprise. (Ancien article L 621-54 C.com).

La situation ne se présente plus exactement de la même manière sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 du fait de la naissance d'une nouvelle procédure : la procédure de sauvegarde, qui coexiste avec la procédure de redressement.

La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation (nouvel article L 620-1), lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée (nouvel article L 626-1 du code de commerce).

La procédure de redressement judiciaire donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation (nouvel article L 631-1) Les dispositions du plan de sauvegarde sont applicables au plan de redressement (**nouvel article L631-19**), à l'exception de quelques dispositions particulières que nous présenterons, le cas échéant, dans le cadre des développements suivants.

I. Le contenu du plan de sauvegarde (et règles spécifiques applicables au plan de redressement)

A. Le volet économique

- Adjonction ou cession d'une ou plusieurs activités (L 626-1, L 626- 22 et L 626-23).
- Inaliénabilité de certains biens (L 626-14)

B. Le volet financier

- Définition des modalités de règlement du passif et des garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire (article L 626-2 et L 626- 18 du code)
- Délais et remises accordées par les créanciers (L 626-5) ; délais et remises imposées aux autres créanciers par le tribunal (L 626-18 à L 626-20)
- Remises de dettes et/ou cessions de rang de privilèges ou d'hypothèques ou abandon de sûretés de la part d'administrations financières, des organismes de sécurité sociale et des institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail. Par ailleurs, possibilité pour les impôts indirects d'accorder des remises portant sur les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes (L 626-6). Les conditions de la remise de la dette seront fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette possibilité accordée aux administrations financières est un apport nouveau de la loi du 26 juillet 2005.

C. Le volet social

Le plan est l'instrument juridique, qui va servir de base au redressement de l'entreprise. C'est une technique qui permet la restructuration de l'unité économique.

Cependant, sa présentation au tribunal induit fréquemment une compression d'effectifs. Dans son volet social, l'administrateur détermine la nécessité et la justification d'éventuels licenciements.

Le plan expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi :

- Mesures concernant les salariés : licenciement, reclassement (nouvel article L 626-2)
- Spécificité concernant le plan de redressement : *Article L 631-19 II du Code de commerce* qui dispose que « **Lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après que le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ont été consultés dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code du travail et que l'autorité administrative compétente mentionnée à l'article L. 321-8 du même code a été informée.** »
« *Le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Dans ce délai, ces licenciements interviennent sur simple notification de l'administrateur, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou accords collectifs du travail.* »

D. Les particularités pour les personnes morales

1. Concernant le capital

- Modifications du capital social par les associés et actionnaires (L626- 3) et libération du capital social par les associés et actionnaires (L626-17). Le but poursuivi est de permettre un renforcement des fonds propres de la société.

L'article L 626-3 alinéa 2 du Code de commerce, relatif au problème de la modification du capital social dispose : « Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social.. »

2. Concernant les dirigeants

L'adoption du plan peut être subordonnée au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire.

(nouvel article L 626-4). Le tribunal peut aussi prononcer l'incessibilité des titres ou au contraire leur cession forcée (Nouvel article L 626-4)

II. L'exécution du plan

A. Durée du plan

Le plan (de sauvegarde ou de redressement) ne peut excéder une durée de 10 ans (article L 626-12). Ce délai maximum est porté à 15 ans lorsque le débiteur est un agriculteur.

B. Les conditions de l'exécution

Un commissaire à l'exécution du plan est nommé (Nouvel article L 626- 25 du code du commerce). Il est investi de divers types de missions : missions générales définies à l'article L 626-25, missions spéciales, comme l'exercice des actions en nullité de la période suspecte Sur les remarques de ce dernier et à la demande du débiteur, une modification substantielle du plan, concernant ses objectifs et ses moyens, peut intervenir.

C. La sanction de l'inexécution

Si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais, le tribunal peut prononcer la résolution du plan, après avis du ministère public (L626-27). Les juges n'ont pas l'obligation de prononcer une telle sanction. En pratique, il semble que les juges ne prononceront la résolution qu'à la condition que l'inexécution ne revête une certaine gravité.

Le jugement qui prononce la résolution du plan met fin aux opérations et emporte déchéance de tout délai de paiement accordé. Auparavant, selon l'ancien article L 621-82, la résolution débouchait sur l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

Lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal qui a arrêté ce dernier décide, après avis du ministère public, sa résolution et prononce la liquidation judiciaire. (L 626-27). Par cette disposition, le législateur consacre une jurisprudence prétorienne qui date du 4 janvier 2000 (*reprise dans un arrêt du 10 mai 2005 ; D.2005, AJ, P.1475. obs. Lienhard*)

La liquidation judiciaire

La liquidation judiciaire a subi de profondes modifications. L'objet de cette procédure est de mettre fin à l'activité ou de réaliser le patrimoine.

Préambule : Cas d'ouvertures

- Article L 640-1 du Code de commerce : le tribunal constatant que le redressement est manifestement impossible et que l'entreprise est en état de cessation des paiements ouvre la liquidation judiciaire.
- Article L 631-15 du Code de commerce : dans les 2 mois de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le liquidateur doit établir un rapport intermédiaire. S'il apparaît à l'examen de ce rapport que les capacités de financement sont insuffisantes, le tribunal prononce la conversion en liquidation judiciaire.
- Article L 631-22 du Code de commerce : « 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 ». Cette hypothèse de cession sans liquidation judiciaire aura lieu si les offres de reprises sont satisfaisantes.

I. Le dessaisissement du débiteur

Sous l'ancienne loi, il s'agissait du principe. Le débiteur ne pouvait plus administrer et disposer de ses biens tant que la liquidation n'était pas clôturée. Par ailleurs, les droits et les actions du débiteur concernant son patrimoine étaient exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur.

Désormais, c'est l'**article L 641- 9** qui édicte les règles applicables en la matière.

« Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, **dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens** même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. **Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur.**

Toutefois, le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime.

Le débiteur accomplit également les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné.

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

- **Lorsque le débiteur est une personne physique**, il ne peut exercer, au cours de la liquidation judiciaire, aucune des activités mentionnées au premier alinéa de l'article L. 640-2. (*c'est à dire commerçants, professions libérales...*) ». Cette dernière règle s'avère sévère pour le débiteur.

II. Les pouvoirs et les obligations du liquidateur

Le liquidateur est nommé par le tribunal. Une particularité est à signaler concernant les professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Dans ce cas, en effet, l'ordre professionnel a un rôle qui consiste en la possibilité de pouvoir demander le remplacement du liquidateur ou bien l'adjonction d'un ou plusieurs liquidateurs.

Le liquidateur doit faire un rapport sur la situation du débiteur, vérifier les créances et procéder aux opérations de liquidation.

Le liquidateur n'agit pas tout à fait seul puisqu'il doit procéder à une information régulière du juge commissaire, du débiteur et du ministère public concernant le déroulement des opérations. Par ailleurs, il est aidé par le juge commissaire qui doit lui fournir tous les renseignements utiles à l'accomplissement de sa mission (article L 641-1 du code de commerce.)

Les jugements relatifs au remplacement du liquidateur judiciaire ne sont susceptibles que d'un appel de la part du ministère public et aucun recours en cassation ne peut être exercé contre les arrêts rendus en la matière, à moins que ne soit en cause l'excès de pouvoir.

III. La réalisation de l'actif

Les règles applicables à la réalisation des actifs se trouvent aux articles L 642-1 à L 642-17 du Code de commerce. La dissociation existant précédemment entre plan de cession et cession d'unités de production n'existe plus.

En vertu de l'article L 642-1 du code de commerce : «La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

« Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités. »

L'objectif poursuivi est double : assurer au mieux le paiement des créanciers et trouver un repreneur sérieux afin de permettre une poursuite de l'activité davantage pérenne.

L'exigence de moralisation des plans de cession, déjà poursuivi par le législateur a été renforcée. C'est ce qui résulte du contenu du nouvel article L 642-3 du code de commerce. En toute hypothèse l'acquéreur doit être un tiers par rapport à l'entreprise en liquidation judiciaire. Enfin, il convient de noter une innovation importante issue de cette nouvelle loi. Elle concerne plus précisément le régime des offres. D'une part, leur contenu a été renforcé afin de s'assurer au mieux du sérieux de l'éventuel repreneur. D'autre part, les offres faites sont désormais soumises au régime de la publicité. Auparavant, il régnait autour des offres faites une certaine opacité afin d'éviter d'avoir affaire à des surenchères trop déraisonnables.

IV. Le règlement du passif

Il convient de se reporter aux dispositions suivantes : articles L 643-1 à L643-8 du code de commerce. « Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues. Toutefois, lorsque le tribunal autorise la poursuite de l'activité au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, et les créances non échues sont exigibles à la date du jugement prononçant la cession. » (Article L 643-1)