

Recueil Dalloz 2008 p. 570

Droit des entreprises en difficulté

décembre 2006 - novembre 2007

François-Xavier Lucas, Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre-Michel Le Corre, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, Directeur du CERDP

I - Ouverture de la procédure

Critères d'ouverture de la procédure de sauvegarde

Il est difficile, dans une rubrique qui ambitionne d'offrir un panorama de la jurisprudence marquante des derniers mois dans le domaine des procédures collectives, de passer sous silence les deux premiers arrêts de la Cour de cassation précisant les conditions d'ouverture de la toute nouvelle procédure de sauvegarde (**Com. 26 juin 2007, n° 06-17.821, n° 06-20.820**, D. 2007. AJ. 1864, obs. A. Lienhard, et Chron. C. cass. 2764, obs. M.-L. Bélaval).

Ces décisions sont d'autant mieux venues qu'il était nécessaire de préciser le sens du critère posé par le code pour le déclenchement de la nouvelle procédure de sauvegarde. Aux termes de l'article L. 620-1 du code de commerce, le débiteur doit justifier « *de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements* ». Il a déjà été relevé la maladresse de cette formule qui n'est guère inspirée lorsqu'elle évoque des difficultés que le débiteur « *n'est pas en mesure de surmonter* ». Si tel est le cas et si les difficultés sont insurmontables, ce n'est pas d'une sauvegarde qu'il doit s'agir mais d'une liquidation judiciaire, seule procédure dont un débiteur, condamné à ne pas pouvoir résoudre ses difficultés, peut se trouver justiciable. En réalité, c'est le fait de ne pas parvenir à surmonter seul ses difficultés qui justifie que le débiteur sollicite le bénéfice d'une sauvegarde. Reste que cette décision n'est pas discrétionnaire et que le débiteur qui fait état de difficultés doit en justifier. Les arrêts rapportés apportent, à cet égard, trois précisions aussi précieuses que pertinentes.

Nous passerons rapidement sur les deux premières. D'abord, la Cour de cassation écarte d'un revers de main l'argument de l'assureur crédit qui avait formé tierce opposition au jugement ouvrant la sauvegarde au motif que la société en difficulté aurait pu recevoir le soutien du groupe auquel elle appartenait. La cour d'appel est approuvée d'avoir fait litière de cette objection et d'avoir retenu que, pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde d'une filiale, il est indifférent de savoir quelle sera la position que prendra la société mère dans le cadre de la période d'observation et l'éventuelle élaboration d'un plan de sauvegarde, de sorte que la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient. L'autonomie de la personnalité morale de la société en difficulté impose de n'apprécier sa situation qu'à l'aune de ses ressources propres, sans tenir compte du soutien que pourraient apporter d'autres sociétés du groupe à la filiale en difficulté, ce soutien n'étant qu'une faculté et non une obligation (d'où la réserve faite par l'arrêt, du cas dans lequel il existerait un engagement de la société mère en faveur de sa filiale). Ensuite, la Cour de cassation juge très sagement que « *les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture* ». Autrement dit, lorsqu'il revient à une cour d'appel de se prononcer sur les mérites d'une décision d'ouvrir une sauvegarde, le moment auquel elle doit se placer pour apprécier la situation de l'entreprise n'est ni celle à laquelle la demande a été formée (ce qu'avait à tort retenu l'un des deux arrêts attaqués) ni celle à laquelle elle statue mais celle du jour où les premiers juges ont ouvert la procédure, analyse bien différente de

celle qui prévaut en matière de redressement ou de liquidation judiciaire, procédures pour lesquelles l'état de cessation des paiements doit être apprécié en se plaçant « *au jour où statue la juridiction* » et ce même en cause d'appel (Com. 7 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 273 ; 6 oct. 1992, Bull. civ. IV, n° 290). La solution s'impose car décider le contraire aurait pour résultat que les mesures qui ont pu être prises en vue de remédier aux difficultés du débiteur entre le moment du jugement ouvrant la sauvegarde et le moment où la cour d'appel statue devraient être prises en considération par cette dernière pour constater que les difficultés ont disparu et que la procédure n'a plus lieu de se poursuivre. Une telle analyse ruinerait évidemment l'utilité de la procédure de sauvegarde en l'exposant à être remise en cause à l'occasion d'un appel lorsque la qualité des mesures déjà prises depuis l'ouverture de la procédure aura eu pour résultat de rendre les difficultés moins pressantes.

La troisième précision, apportée par ces deux arrêts, a trait à la nature des difficultés propres à justifier le déclenchement d'une sauvegarde et à la portée du contrôle qu'exerce en la matière la Cour de cassation sur la motivation des premiers juges. Ce contrôle est léger (A. Lienhard, obs. préc.). Sans abandonner au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ces difficultés, que le débiteur « *n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements* », la Cour de cassation reproduit la motivation argumentée des deux cours d'appel dont les arrêts étaient critiqués, pour en conclure que chacune d'elles « *avait pu en déduire* » l'existence de difficultés propres à justifier l'ouverture d'une sauvegarde. On vérifie ici que le manque de netteté du critère posé par l'article L. 620-1 donne une très grande liberté d'appréciation au juge saisi de la demande d'ouverture. Cette appréciation présente une plus grande subjectivité qu'en matière de redressement ou de liquidation judiciaire puisque, s'il est vrai que la cessation des paiements est une notion délicate à manier et parfois délicate à caractériser, elle n'en présente pas moins une certaine objectivité en prenant la forme rassurante d'une équation mathématique (cessation des paiements = passif exigible > actif disponible). Avec « *les difficultés de nature à conduire à la cessation des paiements* », c'est une autre affaire. Si l'on perçoit bien que l'on doit se trouver en amont de la cessation des paiements, on peut hésiter sur l'altitude de cet amont... Doit-on se trouver dans un état proche de la cessation des paiements ou peut-on imaginer que le débiteur puisse largement anticiper ? Le mérite de ces arrêts est de contribuer à répondre à cette question. L'un des deux le fait de la façon la plus utile en jugeant non fondé l'argument du pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir confirmé l'ouverture de la procédure de sauvegarde sans avoir « *caractérisé le caractère insurmontable des difficultés auxquelles était confronté le débiteur* ». Les difficultés invoquées n'ont pas à être insurmontables ; il suffit qu'elles soient préoccupantes. Comme l'avait relevé l'une des deux cours d'appel le fait que le débiteur se trouve « *dans une situation extrêmement fragile* » est de nature à le conduire à la cessation des paiements de sorte qu'il suffira de mettre en lumière cette fragilité pour justifier l'ouverture de la procédure.

Cette analyse très convaincante appelle deux observations. La première pour insister sur la grande liberté d'appréciation reconnue aux juges du fond saisis d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde, l'essentiel étant pour eux de veiller à bien motiver leur décision en relevant un faisceau d'indices propres à établir les difficultés rencontrées par le débiteur. La seconde, sur un registre plus prospectif, pour relever le caractère satisfaisant du critère légal tel que la jurisprudence l'interprète et pour souligner qu'il n'apparaît guère utile de le modifier. La chose mérite d'être dite car le projet de réforme en cours d'élaboration pourrait porter sur les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde dans le but d'en faciliter l'accès aux débiteurs. L'idée a été lancée que l'on pourrait supprimer la précision que les difficultés invoquées par le débiteur doivent être de nature « *à le conduire à la cessation des paiements* ». On peut douter des mérites d'une telle innovation. Les deux arrêts ici rapportés illustrent bien le pragmatisme tant de la Cour de cassation que des juridictions chargées d'ouvrir les sauvegardes et il est douteux que la réforme doive porter sur ce point. Pour qu'une telle modification ait un sens, il faudrait en déduire que n'importe quelle difficulté rencontrée par un débiteur pourrait justifier l'ouverture d'une sauvegarde, ce qui serait la porte ouverte à tous les abus. Il est douteux qu'il faille permettre à n'importe quel débiteur de décider discrétionnairement de se placer sous la protection d'une procédure collective en invoquant des difficultés dont la simple allégation lui permettrait d'échapper aux poursuites de ses créanciers. Une telle évolution laisse d'autant plus sceptique qu'il apparaît, à ce jour, que les

tribunaux qui refusent l'ouverture d'une sauvegarde fondent pratiquement toujours ce refus sur le constat de l'état de cessation des paiements du débiteur et pas sur l'insuffisante gravité des difficultés invoquées : autrement dit, ce n'est pas l'exigence d'un risque de cessation des paiements qui restreint l'accès à la sauvegarde et la suppression de cette condition ne permettra pas d'ouvrir plus de procédures. Aujourd'hui un chef d'entreprise qui demande de l'aide pour surmonter ses difficultés dispose déjà avec le mandat *ad hoc*, la conciliation et la sauvegarde, auxquels il convient d'ajouter le dispositif des délais de grâce de l'article 1244-1 du code civil, d'un arsenal de mesures suffisant et adapté. Il apparaît donc inopportun de bouleverser à nouveau les frontières de ces différentes procédures en laissant le débiteur bénéficier à sa guise d'une sauvegarde. Si un effort doit être fait pour favoriser l'anticipation, il apparaît plus devoir porter sur les moyens qui permettront de passer à une vraie culture de la prévention.

F.-X. L.

II - Conséquences de l'ouverture de la procédure

A - Représentation d'une société dissoute

Il est tout aussi inimaginable de passer sous silence cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 mars 2007 (**CEDH 8 mars 2007, n° 2324/04, *Arma c/ France***, D. 2007. AJ. 870, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2007. 607, obs. P.-M. Le **Corré** ☞). D'abord parce que, pour qui n'a pas encore pleinement pris conscience de l'importance que revêtent les libertés et droits fondamentaux même dans la sphère du droit des affaires, il peut paraître inattendu de voir la France condamnée par la Cour EDH à raison de l'imperfection de son droit des sociétés. Ensuite parce que cette décision ne doit pas seulement être abordée sur le terrain des grands principes. Elle met en jeu des questions d'une importance pratique considérable puisque ce n'est rien de moins que la représentation d'une société dissoute par l'effet de sa liquidation judiciaire qui est en cause, représentation qui doit nécessairement être assurée puisqu'elle garantit à cette société un droit d'accès au juge.

La difficulté est bien connue. Elle tient au fait que l'article 1844-7, 7°, du code civil décide que la société prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant sa liquidation judiciaire, conséquence regrettable (car excessive) de la survenance de cette procédure collective mais dont il faut bien tirer les conséquences. La première, et pas la moindre, est que le mandat des dirigeants sociaux prend fin, l'effet de toute dissolution étant que la société n'est plus représentée par ses dirigeants en fonction mais ne peut plus l'être que par un liquidateur au sens de l'article 1844-8 du code civil (Com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 173 ; D. 1998. Jur. 348, note H. Kenfack ☞ ; Dr. sociétés 1997, n° 139, obs. T. Bonneau ; 16 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 66 ; D. 2000. Jur. 513, note H. Kenfack ☞ ; RTD com. 2000. 130, obs. M.-H. Monsérié-Bon ☞ ; 15 mai 2001, Dr. sociétés 2001, n° 138, obs. T. Bonneau ; 17 juill. 2001, Bull. civ. IV, n° 152 ; D. 2001. AJ. 2519, obs. A. Lienhard, et 2002. Somm. 3261, obs. J.-C. Hallouin ☞ ; Rev. sociétés 2002. 52, obs. B. Saintourens ☞ ; 16 oct. 2001, Dr. sociétés 2002, n° 39, obs. J.-P. Legros ; 28 janv. 2004, Dr. sociétés 2004, n° 103, obs. J.-P. Legros ; 2 juin 2004, D. 2004. AJ. 1815, obs. A. Lienhard ☞ ; 17 nov. 2004, Rev. proc. coll. 2004, n° 246). Un problème ne va pas manquer de se poser lorsque les associés n'ont pas pris soin de désigner ce liquidateur. La société n'a alors plus de représentant qui puisse faire valoir ses droits et défendre ses intérêts, ce dont elle peut avoir pourtant bien besoin en particulier au cours d'une procédure collective. C'est cette difficulté qui a été soumise à la Cour de Strasbourg par le gérant d'une société en liquidation judiciaire, évincé par l'effet de cette procédure, qui se plaignait d'avoir été privé de son droit à un procès équitable et de n'avoir pu avoir accès à un tribunal à raison de la combinaison des dispositions imposant de faire désigner un liquidateur amiable ou un mandataire *ad hoc* alors que les voies de recours contre un jugement de liquidation judiciaire sont enserrées dans des délais très courts (dix jours) qui risquent d'être expirés. Ce gérant s'était ému de ces difficultés pratiques jusque devant la Cour EDH et avec succès puisque cette Cour lui donne raison et condamne la France. Si la Cour prend acte de ce que l'ancien gérant d'une société dissoute par l'effet d'un jugement de liquidation judiciaire n'a plus « *la capacité d'agir au nom de la société* », elle considère qu'il dispose néanmoins d'un intérêt à agir en son nom propre et que c'est porter une atteinte excessive à son droit d'accès à un tribunal que de juger irrecevable l'appel qu'il a interjeté contre le jugement de liquidation

de la société.

Sur un plan purement technique, la solution n'est pas à l'abri de la critique. L'appel interjeté par un ancien gérant au nom de la société ne peut qu'être déclaré irrecevable, précisément parce que celui qui prétend former le recours n'est plus gérant et n'a donc plus qualité pour agir au nom de la personne morale. Le raisonnement consacré par la jurisprudence française était donc implacable et il condamnait toute idée qu'un appel puisse être interjeté par le dirigeant social dont le mandat a pris fin du fait de la liquidation de la société. La Cour EDH n'en est pas moins fondée à dénoncer cette solution du droit français et à faire apparaître qu'elle est peu respectueuse du droit effectif au juge.

Prenant acte de cette condamnation, il faut maintenant y trouver remède. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 l'a fait pour l'avenir en prévoyant que désormais, « *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* » (art. L. 641-9-II c. com.), innovation bienvenue mais qui a pesé lourd dans la décision de condamnation de la France, la Cour EDH se plaisant à relever, dans les travaux parlementaires ayant précédé le vote de la loi, les critiques adressées au droit antérieur pour faire apparaître ses insuffisances au regard du droit à un procès équitable... Il résulte de cette innovation que, désormais, une société en liquidation judiciaire ne se trouve plus automatiquement privée de dirigeant, ce qui ne va pas manquer de simplifier l'exercice de ses droits propres et des recours qui lui sont ouverts à tous les stades de la procédure collective. Toutefois, si le problème ne se pose plus dans les procédures ouvertes depuis le 1er janvier 2006 - date d'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde - il reste entier pour les sociétés qui ont été privées de leurs dirigeants par l'effet d'un jugement ordonnant leur liquidation judiciaire ou la cession totale de leurs actifs (art. 1844-7, 7° ancien c. civ.) à l'occasion d'une procédure ouverte avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. Quelle réponse faudra-t-il faire aux anciens dirigeants d'une société dissoute par l'effet d'un jugement de liquidation judiciaire qui feront valoir que leur éviction, en l'absence de liquidateur amiable ou de mandataire *ad hoc* désigné par les associés ou par le tribunal, interdit à la société dissoute de faire valoir ses droits en temps utile dans la procédure collective et limite de manière excessive son droit d'accès au juge (ou le droit d'accès au juge du dirigeant évincé si l'on raisonne comme la Cour EDH) ?

Si la liquidation judiciaire est le résultat de la conversion, après le 1er janvier 2006, d'un redressement judiciaire ouvert avant cette date, l'idée séduisante a été avancée (A. Lienhard et J.-P. Valuet, commentaire ss. art. 1844-7 c. civ. *in* code des sociétés commenté, Dalloz, 2008) de forcer les dispositions transitoires de l'article 191 de la loi de sauvegarde pour admettre que le maintien de principe des dirigeants sociaux, prévu par le nouvel article L. 641-9, pourrait valoir y compris pour des procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde si la conversion intervient après cette entrée en vigueur. Pour les liquidations judiciaires qui ont été ouvertes ou prononcées avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales, la difficulté est plus épineuse et l'on se demande comment la Cour de cassation va bien pouvoir la résoudre. On a peine à imaginer qu'elle puisse, au prix d'un revirement, juger recevable l'appel interjeté par l'ex-dirigeant, lequel est disqualifié par ce préfixe et dépourvu de qualité à agir au nom de la société. La solution la plus raisonnable pourrait être celle consistant à ne pas faire courir les délais de recours tant que la décision qu'il s'agit de critiquer n'a pas été signifiée à la société débitrice prise en la personne d'un dirigeant habile à la représenter, ce qui suppose, avant de procéder à une telle signification, de veiller au remplacement des dirigeants sociaux évincés si les associés n'y ont pas pourvu. Cette analyse supposerait un *aggiornamento* de la Cour de cassation qui l'a rejetée à plusieurs reprises en affirmant que l'ancien représentant légal de la société, bien que privé de ses pouvoirs de représentation dès le prononcé de la liquidation judiciaire de la société, demeure une personne habilitée à recevoir la signification de l'arrêt confirmant le jugement de liquidation judiciaire (Com. 30 juin 2004, Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2004. AJ. 2043, obs. A. Lienhard, et Jur. 2429, note F. Derrida, P. Julien et J.-F. Renucci ☞ ; Rev. sociétés 2004. 959, note P.-M. Le Corre ☞ ; 12 avr. 2005, Bull. civ. IV, n° 87 ; D. 2005. AJ. 1150, obs. A. Lienhard ☞ ; RD banc. fin. 2005, n° 99, obs. F.-X. Lucas, arrêts qui décident que l'ancien gérant de la société débitrice demeure, en dépit de la cessation de ses fonctions, une

personne habilitée à recevoir un jugement intéressant la société). Sauf à ignorer la condamnation exprimée par la décision ici rapportée, on voit mal comment cette analyse pourrait continuer à prospérer (V. cep. Com. 19 juin 2007, Bull. Joly 2008, § 32, note O. Staes, décidant la non-admission du pourvoi constatant que l'ancien gérant puisse être une personne habilitée à recevoir notification d'un acte d'admission de créance).

F.-X. L.

B - Sommes séquestrées échappant à la procédure collective

Deux arrêts de la Cour de cassation (**Com. 24 avr. 2007, n° 06-16.215**, D. 2007. AJ. 1275, obs. A. Lienhard ; JCP E 2007. 2119, n° 15, obs. P. Pétel ; **16 oct. 2007, n° 06-21.306**) viennent réaffirmer une solution qui est tout sauf inédite mais dont l'importance pratique est telle que l'on ne se lasse pas de la voir reproduite avec la même netteté. Une fois encore la Cour de cassation décide que des sommes litigieuses, faisant l'objet d'une mesure de séquestre, échappent à l'emprise de la procédure collective et ne constituent pas le gage commun des créanciers.

La Cour de cassation (Com. 20 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 186 ; D. 1995. IR. 211 . *Adde* Com. 6 juin 2000, JCP E 2000. 1737) a pris parti en ce sens dans un arrêt de principe particulièrement net par lequel elle a décidé que « *Le séquestre conventionnel ou judiciaire fait obstacle à ce que la somme d'argent déposée soit transférée dans le patrimoine du créancier de cette somme* ». Il en résulte que les fonds séquestrés se trouvent en dehors du patrimoine de celui qui les a déposés et qu'ils doivent échapper à la procédure collective à laquelle il peut être soumis. Si la solution est constante, une autre motivation se rencontre dans certains arrêts pour exprimer la même idée. C'est ainsi que la Haute juridiction (Com. 25 févr. 2004, LPA, 12 avr. 2005, note M. Sénéchal. *Adde* Com. 11 juin 2003, Rev. proc. coll. 2003. 214, obs. C. Lebel ; 3 mai 2006, Act. proc. coll. 2006, n° 146) a jugé de manière tout aussi nette que « *La somme d'argent placée sous séquestre n'étant pas entrée dans le patrimoine de la société débitrice, le dépositaire était obligé de la rendre à la personne qui serait jugée devoir l'obtenir sans que son attribution soit soumise aux règles de la procédure collective* ». Les fonds séquestrés échappent ainsi totalement à la discipline de la procédure collective puisque le séquestre peut procéder à des paiements sans subir la règle de l'interdiction des paiements de créances antérieures et sans que l'*accipiens* ait au préalable à se soumettre à la procédure de déclaration et de vérification de sa créance.

Comme l'explique fort bien un auteur (M. Sénéchal, note ss. Com. 25 févr. 2004, préc.), « *Tout se passe donc comme si le séquestre était devenu propriétaire des fonds à lui remis de telle sorte que les parties ne soient plus que créanciers conditionnels de la somme déposée* ». Tout devient clair lorsque l'on comprend que le seul patrimoine dans lequel les fonds séquestrés peuvent se trouver est celui du séquestre lui-même qui en devient propriétaire du seul fait qu'il les reçoit. Le dépôt de ce bien fongible et consommable qu'est une somme d'argent est en effet un contrat translatif de propriété et le dépositaire-séquestre devient propriétaire des fonds séquestrés. La seule procédure collective qui pourrait avoir vocation à appréhender ces fonds ne peut donc être que celle qui viendrait à s'ouvrir contre ce dépositaire-séquestre. Telle est d'ailleurs la position de la jurisprudence dont la cohérence apparaît ainsi inattaquable. La Cour de cassation juge en effet que, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une personne désignée séquestre d'une somme d'argent, les personnes qui entendent faire valoir des droits sur la somme séquestrée et qui ont vocation à se la voir remettre en tout ou en partie, ne peuvent préserver cette vocation qu'en procédant à une déclaration de créance à ce titre. Ainsi décide-t-elle que « *En cas de mise en redressement judiciaire d'un banquier, les droits des parties l'ayant constitué séquestre conventionnel à recouvrer la somme remise ou à la transférer chez un tiers, ne peuvent être exercés qu'aux mêmes conditions que celles s'imposant à d'autres déposants* » (Com. 4 mars 1997, Bull. civ. IV, n° 64 ; D. 1997. IR. 120  ; RTD com. 1997. 491, obs. M. Cabrillac , et 1998. 415, obs. A. Martin-Serf ).

Il faut toutefois préciser que, dans le cadre de la procédure collective du dépositaire séquestre, tout se passe comme si les fonds séquestrés constituaient un véritable patrimoine

d'affectation échappant tout à la fois aux créanciers du déposant et du dépositaire. Il a en effet été jugé que « *le séquestre conventionnel oblige le dépositaire, même en redressement judiciaire, à rendre la chose contentieuse déposée entre ses mains à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir sans qu'il y ait lieu à concours entre les créanciers de ce dépositaire* » (Com. 13 nov. 2001, Bull. civ. IV, n° 177 ; D. 2002. AJ. 328 📖). La Cour de cassation réaffirme cette solution dans son arrêt du 24 avril 2007 (n° 06-16.215, D. 2007. AJ. 1275, obs. A. Lienhard) en soulignant que les sommes ayant fait l'objet d'un séquestre conventionnel ne sont pas « *soumises aux règles de la procédure collective* ». La mise à l'écart des règles de la procédure collective a pour conséquence que, non seulement le dépositaire-séquestre conserve les fonds séquestrés, mais qu'il peut poursuivre l'exécution de sa mission de séquestre sans tenir compte du déroulement de la procédure collective qui frappe le constituant du séquestre. C'est ainsi que le séquestre pourra procéder à la répartition des fonds sans tenir compte de la règle de l'arrêt des paiements et sans avoir à vérifier que les bénéficiaires des fonds ont procédé à une déclaration de créance. En définitive, comme le résume un auteur (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4e éd., Dalloz Action, 2008/2009, n° 456.32), « *une somme d'argent placée sous séquestre avant l'ouverture de la procédure du débiteur échappe à la procédure collective et son attribution est en conséquence indépendante des règles des procédures collectives* ».

F.-X. L.

III - Plans

A - Pouvoirs du CEP

L'appréciation des pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan est à l'origine de décisions toujours aussi nombreuses. Cela n'a rien d'étonnant quand on se souvient combien le législateur a fait preuve de désinvolture au moment de donner vie à cet organe de la procédure. Organe bien peu impressionnant à vrai dire, seulement habilité à poursuivre les actions engagées par l'administrateur judiciaire ou le représentant des créanciers (art. L. 621-68, al. 2, c. com.), jusqu'à ce que la Cour de cassation lui offre l'occasion de donner toute sa mesure en décidant, non sans audace qu'il ne fallait pas prendre à la lettre le texte qui ne l'autorisait qu'à poursuivre des actions engagées par d'autres mais lui permettre d'engager de nouvelles actions en vue de défendre l'intérêt collectif des créanciers (Com. 12 juill. 1994, Bull. civ. IV, n° 265 ; D. 1995. Somm. 1, obs. F. Derrida 📖). La loi a depuis repris à son compte cette conception consistant à regarder le commissaire à l'exécution du plan comme étant investi de la mission de défendre les créanciers (art. L. 626-25, al. 3, c. com.) et la proposition ne prête plus à discussion. L'étendue du pouvoir d'action de ce commissaire au plan n'en continue pas moins à susciter un contentieux, comme en témoigne un intéressant arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation (**Com. 13 nov. 2007, n° 05-13.248**, D. 2007. AJ. 3010, obs. A. Lienhard).

La difficulté soumise à la Haute juridiction était née de la succession de deux procédures collectives ouvertes à l'égard d'un même débiteur, l'une ayant débouché sur un plan de continuation, l'autre sur un plan de cession adopté après résolution du premier plan. Le commissaire au plan de cession - nommé à l'occasion du second redressement judiciaire - avait cru devoir poursuivre l'annulation de paiements reçus par une banque au cours de la période suspecte ayant précédé l'ouverture du premier redressement judiciaire. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait déclaré cette action irrecevable en retenant que « *le commissaire à l'exécution du plan de cession, nommé après la résolution d'un précédent plan de redressement, n'a pas qualité pour engager une action en nullité des paiements ou des actes faits durant la période suspecte antérieure à l'ouverture de la procédure initiale* ».

Cette solution s'explique aisément si l'on rappelle que, lorsqu'il exerce une action en nullité d'un acte intervenu au cours de la période suspecte, le commissaire à l'exécution du plan n'est pas habilité à agir en qualité d'organe de défense de l'intérêt collectif des créanciers mais parce qu'il figure sur la liste des personnes que l'article L. 621-110 du code de commerce (devenu art. L. 632-4 qui a complété la liste pour y ajouter le ministère public) habilite, avec l'administrateur, le mandataire judiciaire et le liquidateur, à exercer l'action en nullité.

Autrement dit, il s'agit d'une action attitrée et le commissaire au plan fait partie des quelques personnes que le législateur a cru devoir investir du droit d'agir. On peut alors considérer que ce titre ne lui est conféré que pour autant qu'il agit dans le cadre de la procédure collective à l'occasion de laquelle il a été désigné. C'est ce que fait la Cour de cassation en décidant que l'habilitation du commissaire à l'exécution du plan à agir en nullité des actes de la période suspecte ne survit pas à la résolution du plan.

En vérité ce n'est pas tant la qualité à agir du commissaire à l'exécution du plan qui est en cause que le constat que des actes passés au cours de la période suspecte ne peuvent plus être attaqués une fois que la procédure collective a pris fin et ce, même si ultérieurement un nouveau redressement ou une nouvelle liquidation judiciaire est ouverte. L'autonomie de la seconde procédure collective qui s'ouvre après échec du plan de continuation a pour conséquence que, dans cette seconde procédure, la seule période suspecte qui pourra éventuellement apparaître est celle qui s'est écoulée dans les semaines ou les mois ayant précédé le second jugement d'ouverture. Chacune des deux procédures collectives successives a son autonomie et sa propre période suspecte, de sorte que les organes habilités à agir en nullité de la période suspecte dans la seconde procédure ne pourront le faire que pour les actes passés au cours de la période suspecte l'ayant directement précédée. Même si elle ne vise que le commissaire à l'exécution du plan, la solution vaut pour tous les mandataires de justice visés par l'article L. 621-110, aucun de ces mandataires désignés au cours de la seconde procédure n'ayant qualité pour agir en nullité d'actes intervenus au cours de la première période suspecte (V. déjà Paris, 3e ch. A, 3 juill. 2007, Act. proc. coll. 2007, n° 189, obs. J. Vallansan, qui décide qu'un liquidateur ne peut agir en nullité d'un acte accompli au cours de la période suspecte ayant précédé le redressement judiciaire à l'issue duquel avait été adopté un plan de continuation dont la résolution avait entraîné la liquidation judiciaire).

Cette solution a beau ne pas être dénuée de logique, elle n'en est pas moins regrettable en ce qu'elle aboutit à mettre à l'abri de toute action en nullité des actes annulables et préjudiciables à la collectivité des créanciers, passés au cours d'une période suspecte, pour la simple raison que la loi n'a pas prévu ce cas de figure et qu'elle n'a pas prévu que les organes de défense de l'intérêt collectif des créanciers, nommés au cours d'une seconde procédure, sont fondés à agir en nullité d'actes passés au cours de la période suspecte de la première procédure. Cet oubli est fâcheux car il aboutit à consolider les droits de ceux qui ont profité d'actes anormaux qui devraient pouvoir être remis en cause.

On peut se demander si une autre solution n'aurait pas pu prévaloir, fondée sur la portée générale de la règle qui reconnaît au commissaire à l'exécution du plan qualité pour agir en vue de la défense de l'intérêt collectif des créanciers. C'est d'ailleurs ce que suggérerait le pourvoi en reprochant à l'arrêt attaqué un manque de base légale au regard de l'article L. 621-68 du code de commerce, texte dont on a rappelé qu'il avait fondé la reconnaissance prétorienne au commissaire à l'exécution du plan du pouvoir d'introduire toute action dans l'intérêt des créanciers par une décision (Com. 12 juill. 1994, préc.) autrement audacieuse que celle ici rapportée. Quand on se souvient que la Cour de cassation n'avait pas hésité à reconnaître au commissaire à l'exécution du plan qualité pour engager des actions que la loi ne l'habilitait qu'à poursuivre, on peut se demander si une analyse différente n'aurait pas ici pu être consacrée. D'abord, il aurait été possible de fonder le pouvoir d'action du commissaire à l'exécution du plan sur sa qualité d'organe de défense de l'intérêt collectif des créanciers, qualité qui devrait conduire à considérer qu'il a nécessairement qualité à exercer une action - serait-elle attitrée - qui vise à reconstituer le gage commun des créanciers. Ensuite, la Cour de cassation aurait pu juger autrement qu'elle l'a fait en prenant acte de ce que les deux procédures collectives qui s'ouvrent successivement à l'égard d'un même débiteur ne sont pas aussi indépendantes et autonomes que le suggère l'arrêt. En premier lieu, avant même la loi de sauvegarde, le lien entre la procédure s'ouvrant consécutivement à la résolution d'un plan et la première procédure découlait du constat que le seul constat de l'inexécution du plan suffisait à déclencher la seconde procédure, sans avoir à vérifier que le débiteur avait cessé ses paiements. L'ouverture de la seconde procédure étant la conséquence de l'échec de la première, on voit bien qu'il y a quelque artifice à les regarder comme totalement autonomes et distinctes. En second lieu, il convient de souligner que c'est la même collectivité de créanciers qu'il s'agit de défendre et les actes qui se sont révélés suspects à l'occasion de la

première procédure le demeurent dans le cadre de la seconde. L'autonomie des deux procédures existe mais il ne faut pas en exagérer l'importance. C'est d'autant plus vrai que, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, après résolution du plan et ouverture ou prononcé de la nouvelle procédure, les créanciers inscrits à ce plan sont dispensés de déclarer leurs créances et sûretés, les créances inscrites à ce plan étant admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues (art. L. 626-27, III, c. com.). On voit bien qu'un lien existe entre ces deux procédures qui se succèdent et l'on regrettera que la Cour de cassation n'y ait pas trouvé un argument pour justifier que l'organe habilité à agir dans l'intérêt collectif des créanciers dans le cadre de la seconde procédure puisse poursuivre l'anéantissement d'actes nuls pour avoir été passés au cours de la période suspecte de la première procédure collective.

F.-X. L.

B - Durée des fonctions du CEP

L'autre grande affaire s'agissant du commissaire à l'exécution du plan est d'avoir à apprécier la durée de sa mission. Là encore, le législateur ne s'est pas signalé par sa clairvoyance puisque l'article L. 621-68 du code de commerce d'abord et l'article L. 626-25 ensuite se sont bornés à prévoir que le commissaire à l'exécution du plan est nommé pour la durée du plan, précision qui s'est rapidement révélée insuffisante, en particulier dans les cas dans lesquels le tribunal n'avait pas pris soin d'assigner une durée au plan (situation anormale mais néanmoins courante devant certains tribunaux en matière de plans de cession). Cette approximation des dispositions légales a été exploitée par nombre de défendeurs, poursuivis par un commissaire à l'exécution du plan, en vue de soutenir que celui-ci n'avait plus qualité à agir dès lors que sa mission avait pris fin. Fort heureusement la Cour de cassation y a mis bon ordre en décidant que « *lorsque le jugement arrêtant le plan de cession ne fixe pas de durée au plan, la mission du commissaire à l'exécution du plan dure jusqu'à la clôture de la procédure* » (Com. 10 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 49 ; D. 2004. AJ. 949, obs. A. Lienhard 📖 ; RD banc. fin. 2004, n° 174, obs. F.-X. Lucas).

Le contentieux relatif à l'appréciation des pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan n'a pas pour autant disparu mais il s'est déplacé sur le terrain de l'appréciation de la régularité d'une éventuelle prolongation de la mission du mandataire, décidée pour le maintenir en fonction au-delà de la durée initialement assignée au plan, le commissaire à l'exécution du plan ayant alors le choix de solliciter la prolongation de son mandat ou sa désignation en qualité de mandataire *ad hoc* en vue de poursuivre les actions en cours. Les efforts de ceux qui, faisant les frais de telles actions, ne souhaitent pas les voir aboutir (banquier ou dirigeant dont la responsabilité est recherchée par exemple) vont alors viser à démontrer que la prolongation de mission n'est pas régulièrement intervenue de sorte que celui qui prétend agir n'a désormais plus qualité pour le faire. Là encore la Cour de cassation a volé au secours des mandataires de justice en rendant plusieurs décisions de nature à compliquer la contestation de la prorogation de la mission du commissaire à l'exécution du plan. Un premier arrêt a jugé que « *le jugement prorogeant la durée du plan de cession et la mission du commissaire à l'exécution du plan est une décision modifiant le plan* » de sorte qu'il n'est susceptible que d'un appel du ministère public et qu'il en est de même du jugement rendu sur sa tierce opposition (**Com. 19 juin 2007, n° 06-12.101**, D. 2007. AJ. 1965, obs. A. Lienhard). Ce même arrêt en déduit que n'excède pas ses pouvoirs, la juridiction qui proroge avant qu'elles n'aient pris fin la durée du plan de cession et la mission du commissaire à l'exécution du plan, déjà prorogées par des décisions devenus irrévocables. Cette décision semblait toutefois comporter une restriction tenant à l'exigence que le renouvellement intervienne avant l'expiration du mandat du mandataire de justice, proposition convaincante à partir du moment où, comme l'a jugé la Cour de cassation (Com. 16 mai 2006, RD banc. fin. 2006, n° 162, obs. F.-X. Lucas), si le tribunal peut proroger une mission en cours, il ne saurait faire revivre de manière rétroactive un mandat parvenu à son terme. Pourtant, un arrêt plus récent (Com. 13 nov. 2007, n° 06-10.914, D. 2007. AJ. 3010 📖) a apporté une précision favorable aux commissaires à l'exécution du plan qui, amateurs d'émotions fortes, se préoccupent *in extremis* de solliciter la prorogation de leur mandat. La Haute juridiction y décide que ne commet aucun excès de pouvoir (qui aurait rendu recevable une tierce opposition nullité) le

tribunal qui ordonne une prorogation après expiration de la durée initiale du plan « *dès lors que le commissaire à l'exécution du plan a saisi le tribunal avant l'expiration de sa mission* ». Autrement dit peu importe que le mandat ait pris fin au moment où le tribunal décide de le prolonger, seul compte le fait que la demande a été formée alors que le mandataire était encore en fonction. La solution est opportune en ce qu'elle évite à un commissaire à l'exécution du plan de devoir faire les frais du retard pris par le tribunal à statuer sur sa demande d'allongement de sa mission. Elle s'explique si l'on veut bien reconnaître un providentiel effet rétroactif à la décision de prorogation en considérant qu'elle prend effet non pas à la date qui la décide mais à celle de la saisine du tribunal qui l'ordonne, menu artifice qui permet de considérer que le mandat n'a pas pris fin et qu'il s'agit bien d'une prorogation.

Enfin, pour conclure sur ce registre des conditions de désignation du mandataire chargé de mener à leur terme les différentes actions engagées au cours de la procédure collective, il y a lieu de souligner l'arrêt (Com. 30 oct. 2007, n° 06-16.129, D. 2007. AJ. 2878, obs. A. Lienhard ) qui a décidé que « *la décision désignant sur requête un mandataire de justice à l'effet de poursuivre les instances en cours lorsque les organes de la procédure ont cessé leurs fonctions ne peut être attaquée, s'agissant d'un intéressé, que par le recours en rétractation institué par l'article 496 du nouveau code de procédure civile qui relève de la compétence exclusive du juge qui a désigné ce mandataire* ». Il en résulte que, quand bien même le tribunal aurait été tardivement saisi, par un commissaire à l'exécution du plan dont le mandat a pris fin, d'une demande visant à désigner un mandataire *ad hoc* chargé de poursuivre les instances en cours, cela n'autorise pas une banque dont la responsabilité est recherchée à contester la désignation du mandataire *ad hoc* devant le juge saisi de l'action engagée par le représentant des créanciers, puis poursuivie par le commissaire à l'exécution du plan et enfin par le mandataire *ad hoc* après que les organes de la procédure collective ont cessé leurs fonctions. Autrement dit, quelles que soient les critiques qui peuvent être adressées aux conditions dans lesquelles a été désigné le mandataire *ad hoc* qui succède au commissaire à l'exécution du plan, elles ne sont pas de nature à fonder une fin de non recevoir propre à éviter tout débat au fond.

F.-X. L.

IV- Les créanciers antérieurs

A - Le créancier face au débiteur

1 - L'interdiction de poursuivre ne vaut pas extinction de la créance

Depuis la loi du 25 janvier 1985, la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif offre au débiteur le droit de ne plus payer ses dettes qui n'ont pu être réglées dans le cadre des distributions liquidatives. Ce « cadeau » est techniquement dénommé, pour le créancier, « *interdiction du droit de reprise des poursuites individuelles* ». Sur un plan économique, la solution équivaut à une suppression de la dette. Très différente est l'analyse juridique (sur cette question, P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4e éd., Dalloz Action, 2008/2009, n° 592.53 et n° 592.54). Rapidement, la jurisprudence a eu à préciser que cette règle n'entraînait pas l'extinction de la créance et autorisait, en conséquence, la poursuite de la caution. Dans les rapports intéressant strictement le créancier et le débiteur, pendant longtemps, la jurisprudence n'a pas eu à illustrer la différence séparant l'extinction de la créance et la simple suppression du droit d'action. L'occasion lui a été donnée, à plusieurs reprises, au cours de l'année 2007, à propos des cotisations de retraite. Le professionnel indépendant, dont la liquidation judiciaire a été clôturée pour insuffisance d'actif, peut-il prétendre percevoir sa retraite alors qu'il a laissé impayées certaines cotisations ? Cette question revient à se demander si l'interdiction de reprise des poursuites individuelles par l'organisme de retraite, après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, équivaut au paiement des cotisations. Trois arrêts de la Cour de cassation répondent à la question.

La Cour de cassation pose en règle, par un premier arrêt de sa deuxième chambre civile (**Civ. 2e, 17 janv. 2007, n° 04-30.797**, D. 2007. AJ. 449, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2007.

452, obs. A. Martin-Serf (📖) et un second de sa chambre commerciale (Com. 13 mars 2007, n° 05-20.396, D. 2007. AJ. 1083 📖 ; Lexbase hebdo, n° 257, 26 avr. 2007, n° N8867BAN, note E. Le Corre-Broly), que si l'affilié n'est pas à jour de ses cotisations de retraite au regard du régime dont il relève, la caisse de retraite peut refuser de lui servir à taux plein ses prestations. L'absence de régularisation ne privera pas l'assuré de tout droit aux prestations, mais cela aura pour effet d'exclure la période pendant laquelle les cotisations n'ont pas été payées du calcul du montant des prestations à verser. La solution a ainsi été posée dans les arrêts ci-dessus visés, dans des espèces où la veuve du professionnel indépendant réclamait des prestations décès, alors que son mari avait été placé en liquidation judiciaire avant de décéder (Com. 13 mars 2007, n° 05-20.396, préc.).

Si le débiteur veut bénéficier à taux plein des prestations, sa seule ressource sera de payer son créancier, sans pourtant qu'il s'agisse d'une exception véritable au jeu de l'interdiction de reprise des poursuites individuelles après clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Cette solution doit conduire les professionnels indépendants à payer, dans la mesure du possible, ces cotisations. C'est bien là la dernière des cotisations sociales et fiscales à ne pas payer !

Il n'y a aucun obstacle pour le débiteur à régulariser la situation après clôture de sa procédure collective. Le droit de ne pas payer ses dettes n'interdit pas le paiement. Subsiste en effet, à la charge du débiteur, une obligation naturelle (F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement*, 7e éd., LGDJ, 2006, n° 501-1), qu'il peut parfaitement commuer, par une manifestation non équivoque emportant novation, en une obligation civile.

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, l'absence de déclaration de la créance de cotisation de retraite entraîne son extinction. Il en résulte que le débiteur doit être considéré comme étant à jour de ses cotisations, une créance éteinte ne pouvant justifier une réduction de ses droits (Com. 13 nov. 2007, n° 06-14.372, D. 2007. AJ. 3011 📖).

La solution ne peut être reconduite, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, la créance non déclarée n'étant plus éteinte. Les droits à la retraite doivent donc être calculés déduction faite des points correspondant aux créances de cotisations restées impayées.

2 - La levée d'option d'achat d'un contrat de crédit-bail en liquidation judiciaire

L'interdiction de payer ne vaut pas paiement (jurisprudence *Palfart*, du nom de la directrice des services contentieux de la société de crédit-bail qui a initié cette solution). Une règle classique des procédures de traitement des difficultés des entreprises, destinée à faire régner une discipline collective, et permettant la plus nette démarcation par rapport à la déconfiture du code civil, interdit aux créanciers antérieurs d'obtenir paiement de leur créance après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Cette règle du redressement et de la liquidation judiciaires a été étendue, par la loi de sauvegarde, d'une part à la procédure de sauvegarde et, d'autre part, aux créanciers postérieurs non éligibles au traitement préférentiel, les postérieurs non méritants comme nous les avons dénommés.

La règle de l'interdiction du paiement des créances antérieures fait naître une question délicate en matière de levée d'option d'achat d'un contrat de crédit-bail. Par des clauses de style, les sociétés de crédit-bail ont inclus dans le contrat de crédit-bail l'obligation pour le locataire d'être parfaitement à jour de l'exécution de ses obligations pour pouvoir, au terme du contrat, lever l'option d'achat. Pour la Cour de cassation, l'organisme de crédit-bail « pouvait subordonner l'exercice par le preneur de l'option d'achat au paiement intégral des sommes » (Com. 26 nov. 2002, D. 2003. Jur. 122, note P.-M. Le Corre 📖 ; JCP E 2003. 760, n° 11, obs. M. Cabrillac). Que se passe-t-il, dans ces conditions, si le locataire a laissé un voire plusieurs loyers impayés au jour du jugement d'ouverture qui correspondent à des période de jouissance antérieures au jugement d'ouverture ? Le locataire ou l'organe de la procédure collective pourra-t-il prétendre lever l'option d'achat nonobstant l'existence de ces créances antérieures ? C'est à cette question que répond un arrêt de la chambre commerciale

de la Cour de cassation, dans une situation de liquidation judiciaire du crédit-preneur (**Com. 19 juin 2007, n° 06-15.447**, D. 2007. Jur. 2363, note E. Le Corre-Broly ; Lexbase hebdo, n° 269, 18 juill. 2007, n° N9341BBL, note P.-M. Le Corre).

La Cour de cassation juge que la règle de l'interdiction du paiement des créances antérieures fait obstacle à ce qu'un liquidateur puisse payer les loyers antérieurs au jugement d'ouverture pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail. Le liquidateur avait habilement tenté l'assimilation de la question de la levée d'option d'achat du crédit-bail à l'hypothèse envisagée par l'article L. 621-122, alinéa 4 du code de commerce, qui permet au débiteur de se faire autoriser par le juge-commissaire à payer le prix pour paralyser le jeu de l'action en revendication ou en restitution d'un vendeur réservataire de propriété. L'assimilation est refusée par la Cour de cassation, ce qui peut aisément s'expliquer. La paralysie du droit de revendication du vendeur sous réserve de propriété, c'est dire la mise en échec d'un droit de propriété, suppose un texte précis. En outre, la mise en échec de l'interdiction des paiements de créances antérieures suppose également un texte spécial, puisqu'il est question de créer une exception à un principe. Or, ce texte n'existe pas. Il est hors de propos d'étendre par analogie un texte d'exception. Si la situation sur laquelle raisonne l'interprète n'est pas celle visée au texte d'exception, il doit interpréter *a contrario* ce texte d'exception, pour le mettre à l'écart et revenir ainsi au principe. Manifestement, c'est tout le contraire qui avait été fait, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation. La cour d'appel avait décidé d'appliquer un texte spécial, dérogeant au principe d'interdiction du paiement des créances antérieures, l'article L. 621-112, alinéa 4, à une situation voisine, celle de la levée d'option d'achat du contrat de crédit-bail. Au lieu de raisonner *a contrario* sur ce texte d'exception, elle avait cru devoir raisonner par analogie. L'erreur de méthode d'interprétation est logiquement sanctionnée par la Cour de cassation.

La solution ainsi posée par la Cour de cassation, qui refuse au liquidateur de lever l'option d'achat du crédit-bail lorsque des créances antérieures existent au jour du jugement d'ouverture, est justifiée par la règle de l'interdiction du paiement des créances antérieures. Cette règle, ainsi énoncée, recèle en vérité une part certaine d'imprécision. Comme le relève justement notre collègue Philippe Pétel, bien évidemment, il n'est pas purement et simplement interdit à un créancier de se faire payer. Ce qui est prohibé est d'obtenir, pendant la procédure collective, un paiement individuel (P. Pétel, *Procédures collectives*, 5e éd., Cours Dalloz, 2006, n° 165), alors que la collectivité des créanciers n'est pas payée. Les créanciers doivent, par principe, être payés dans le cadre de distributions collectives, distributions liquidatives ou dividendes du plan. Si le paiement émanant du liquidateur avait été fait dans ce cadre de distributions collectives, il aurait été irréprochable et aurait justifié la possibilité de lever l'option d'achat. Mais encore faut-il que la distribution collective soit possible en temps compatible avec l'expiration du contrat de crédit-bail qui conditionne la date de sa levée d'option d'achat.

Une technique est toutefois offerte au liquidateur qui ne peut payer, dans le cadre de distributions collectives, en temps utile, ce qui reste dû au crédit-bailleur : la transaction. Cette dernière, autorisée par le juge-commissaire, pourra permettre de tourner l'interdiction du paiement des créances antérieures. Il faudra évidemment l'accord du crédit-bailleur pour transiger. Notre collègue Michel Cabrillac avait, à la suite de notre commentaire sous l'arrêt de la chambre commerciale du 26 novembre 2002, indiqué que pareille suggestion était inconcevable (JCP E 2003. 760, n° 11, *supra*). Nous ne partageons toujours pas ce point de vue. Les données de la transaction doivent être exactement comprises. La transaction suppose des concessions réciproques. Le crédit-bailleur est en droit de reprendre son bien, même si le liquidateur lui propose de payer tout ce qui lui est dû, dès lors que le paiement intervient en dehors des distributions collectives. Dès lors, pour qu'il y ait transaction, il faut que le crédit-bailleur abandonne son droit de reprise du bien crédit-bailleur - c'est sa concession - moyennant le paiement d'une somme supérieure à ce qui est due - par le débiteur - c'est la concession de la procédure collective. Certes, la solution peut apparaître choquante sur un plan économique, mais la combinaison du respect du droit de propriété du crédit-bailleur avec celle de l'interdiction du paiement des créances antérieures y conduit.

C'est l'occasion ici de souligner que le législateur a réglementé la question de la levée d'option

d'un contrat de crédit-bail en plan de continuation et en plan de cession, à l'occasion de la loi du 10 juin 1994, alors que le silence initial de la loi du 25 janvier 1985 avait conduit à de sérieuses difficultés (sur le détail de cette question, en plan de continuation, V. Dalloz Action, 2008/2009, préc., n° 522.41 et n° 522.42 ; et en plan de cession, n° 542.81 à 542.84). Les solutions n'ont globalement pas été modifiées par la loi de sauvegarde des entreprises, qui nous semble avoir oublié de réglementer la question de la levée d'option d'achat du contrat de crédit-bail en liquidation judiciaire, mais également, et c'est peut-être plus grave encore, en période d'observation. La réforme annoncée de la réforme pourrait peut-être s'en occuper. Il suffirait d'ajouter à l'alinéa 3 de l'article L. 622-7 du code de commerce un cas d'autorisation du juge-commissaire pour payer une créance antérieure : celui de levée d'option d'achat du crédit-bail en période d'observation d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire et en phase de liquidation judiciaire.

3 - L'obligation de déclaration de la créance du créancier relevé de forclusion ou le créancier retardataire « accumulant du retard »

Le créancier, qui ne bénéficie pas du mécanisme de l'inopposabilité de forclusion, doit, s'il n'a pas déclaré sa créance dans les délais réglementaires, solliciter du juge-commissaire un relevé de forclusion. Avant la loi de sauvegarde des entreprises, comme depuis cette même loi, les textes prennent le plus grand soin à préciser les délais impartis au créancier retardataire pour présenter une requête en relevé de forclusion. En revanche, ils observent le mutisme quant à la question de savoir si le créancier qui a obtenu le relevé de forclusion est ou non enfermé dans un délai pour procéder à la déclaration de sa créance au passif. Comment interpréter ce silence ? C'est à cette question que répond un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 mai 2007 (**Com. 9 mai 2007, n° 05-21.357, D.** 2007. AJ. 1424, note A. Lienhard ; RD banc. fin., mai-juin 2007, p. 21, note F.-X. Lucas ; Lexbase hebdo n° 261, 23 mai 2007, n° N1642BBG, note P.-M. Le **Corre**), en énonçant que « *si aucun texte n'oblige le créancier défaillant à déclarer sa créance avant de saisir le juge-commissaire de sa demande de relevé de forclusion, il est néanmoins tenu de la déclarer dans le délai prefix d'un an à compter de la décision d'ouverture de la procédure, même si le juge-commissaire n'a pas statué sur sa demande de relevé de forclusion à l'intérieur de ce délai* ».

Il importe d'observer, pour apprécier la portée de l'affirmation, que les textes n'enferment le créancier relevé de forclusion dans aucun délai pour procéder à sa déclaration de créance. On aurait donc pu s'attendre à ce que la Cour de cassation posât très exactement la solution opposée. En effet, obliger le créancier à déclarer sa créance dans le délai d'un an après avoir obtenu son relevé de forclusion revient à introduire un délai là où il n'y en pas. Cela pose problème dès lors que la méconnaissance de ce délai conduit, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, à l'extinction de la créance. Dès lors que l'on rappelle que cette dernière est analysée en un droit de propriété par l'article 3 de la Convention EDH, cela revient à affirmer, au regard du droit communautaire, qu'il y a perte d'un droit de propriété sans texte. La chose est grave.

On peut comprendre la préoccupation de ne pas éterniser les procédures en ne soumettant pas au bon vouloir du créancier la clôture de celle-ci, qui présuppose l'achèvement de la vérification des créances. Il n'empêche. La solution semble pourtant se recommander d'un précédent, qui avait admis la possibilité pour le créancier de solliciter son relevé de forclusion et simultanément de déclarer sa créance (Com. 24 sept. 2003, n° 01-00.504, LXB n° N9278AAU, note P.-M. Le **Corre**). Dans ces conditions, on peut comprendre, pour des raisons pratiques, que ce créancier n'ait pas à attendre éternellement après avoir obtenu son relevé de forclusion, puisqu'il est admis qu'il puisse le faire en même temps qu'il demande à être relevé de forclusion. Mais l'argument ne résiste pas à l'examen. En effet, il ne résulte d'aucun texte qu'un créancier puisse simultanément demander à être relevé de forclusion et déclarer sa créance. Sur le strict angle de la procédure civile, que rien, faute de texte contraire ne met ici à l'écart, on fait « *passer la charrue avant les boeufs* ». La déclaration de créance d'un créancier retardataire ne sera en effet admissible, on dira en procédure civile « recevable », que si et seulement si il est d'abord relevé de forclusion. Le relevé de forclusion est la permission donnée par le juge-commissaire au créancier pour déclarer sa créance. Ainsi, en

pure logique procédurale, il faudrait admettre que le créancier retardataire est irrecevable à déclarer sa créance tant qu'il n'a pas obtenu son relevé de forclusion.

L'affirmation de la Cour de cassation pose, à notre sens, d'autant plus problème qu'elle oblige le créancier à déclarer sa créance à l'intérieur du délai de l'action en relevé de forclusion alors même que le juge-commissaire n'aurait pas encore statué sur la demande de relevé de forclusion.

Le postulat de la Cour de cassation selon lequel puisqu'un créancier retardataire peut déclarer sa créance en même temps qu'il demande à être relevé de forclusion, sa créance est éteinte faute de déclaration avant expiration du délai de relevé de forclusion est faux, sa prémisse étant erronée.

Si cette critique n'est pas entendue par la Cour de cassation, il faut s'intéresser à la portée de la solution, posée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 et à son applicabilité sous l'empire de la législation de sauvegarde des entreprises. Compte tenu de la publicité que la Cour de cassation a entendu donner à la solution, l'arrêt étant affublé de toutes les décorations possibles (P+B+R+I) est-il concevable que la solution soit limitée à l'application de la législation antérieure ? Une réponse négative semblerait s'imposer aux yeux d'un auteur (en ce sens, A. Lienhard, note ss. Com. 9 mai 2007, n° 05-21.357, arrêt n° 703 FS-P+B+R+I, préc.). Il nous apparaît toutefois que cette transposition, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, pose les plus grands problèmes. En effet, la solution posée par la Cour de cassation ne peut, nous semble-t-il, s'expliquer que par l'idée que la créance non déclarée dans l'année du jugement d'ouverture est éteinte. Or, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, à l'expiration du délai de relevé de forclusion, la créance n'est plus aujourd'hui éteinte, mais seulement, selon l'analyse que nous avons développée (P.-M. Le Corre, Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises, Interv. Colloque Crajefe, Nice 27 mars 2004, LPA, 10 juin 2004 ; *adde* sur la question du sort de la créance non déclarée, Dalloz Action, 2008/2009, préc., n° 665.75 à 665.78), et qui est aujourd'hui assez communément admise (en ce sens, A. Lienhard, *Sauvegarde des entreprises en difficulté*, 2e éd., Delmas, 2007, n° 1108 ; M.-P. Dumont-Lefrand, J.-Cl. com., Fasc. 2152, Procédure de sauvegarde, 2006, n° 42), inopposable à la procédure collective. Cette sanction de l'extinction de la créance non déclarée ayant disparu, le couperet du délai de relevé de forclusion n'existe plus aujourd'hui.

B - Le créancier face aux autres obligés à la dette

1 - L'obligation de déclaration de la créance par le bénéficiaire de l'inopposabilité de la forclusion et la poursuite de la caution ou la sanction jurisprudentielle du créancier légalement protégé

La loi du 10 juin 1994, faisant montre d'une grande sollicitude envers les établissements de crédit, a créé le mécanisme dit de l'inopposabilité de la forclusion. Selon l'article L. 621-46, alinéa 2, du code de commerce, « *La forclusion n'est pas opposable aux créanciers mentionnés dans la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 621-43, dès lors qu'ils n'ont pas été avisés personnellement* ». Ainsi, tant que ce type de créancier n'est pas averti d'avoir à déclarer sa créance, il n'a aucun délai pour déclarer sa créance. Que se passe-t-il, néanmoins, si à la clôture de la procédure collective, la créance n'a toujours pas été déclarée ? Peut-il prétendre poursuivre une caution ? C'est à cette question inédite devant la Cour de cassation, qu'il est répondu dans un arrêt de la chambre commerciale du 30 janvier 2007 (**Com. 30 janv. 2007, n° 05-13.751**, D. 2007. AJ. 508, note A. Lienhard ; RTD civ. 2007. 597, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2007. 449, obs. A. Martin-Serf  ; Gaz. proc. coll. 2007. 54, note P.-M. Le Corre  ; Lexbase Hebdo, n° 249, n° N0608BAR, note E. Le Corre-Broly). La Cour de cassation affirme que « *si la forclusion n'est pas opposable au créancier titulaire d'un contrat de crédit-bail publié dès lors qu'il n'a pas été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, celui-ci reste néanmoins tenu de le faire pour agir contre la caution* ». Ainsi, le créancier bénéficiaire du mécanisme de l'inopposabilité de la forclusion doit-il impérativement avoir déclaré sa créance au passif pour pouvoir prétendre poursuivre la caution.

La solution ne nous semble pas aller de soi. Le législateur affirme clairement que le créancier n'encourt pas de forclusion à ne pas déclarer sa créance, s'il n'est pas averti par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la faire. Obliger le créancier, pour poursuivre la caution, à déclarer sa créance avant clôture de la procédure revient, d'une certaine manière, à le sanctionner là où la loi prévoit un mécanisme protecteur précisément destiné à éviter toute sanction à son égard.

La solution posée par la Cour de cassation n'a pas été posée *ex nihilo*. En effet, si la Cour de cassation n'a jamais, sous l'empire de la législation antérieure, subordonné le droit de poursuite de la caution à l'admission de la créance au passif, en revanche, elle a posé en règle que la caution ne pouvait être poursuivie avant déclaration de la créance. Selon une jurisprudence bien établie, avant de condamner la caution d'un débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire, la juridiction doit, au besoin d'office, vérifier que la créance n'est pas éteinte faute de déclaration au passif dans le délai légal (Com. 8 juill. 2003, n° 00-18.152 ; 8 juill. 2003, n° 00-15.272 ; Civ. 1re, 15 févr. 2005, n° 03-19.069 ; Com. 26 sept. 2006, n° 05-14.752). Or, d'évidence, une fois la clôture de la procédure intervenue, la créance ne pourra plus être admise au passif.

Était-ce une raison suffisante pour interdire au créancier, après clôture de la procédure du débiteur principal, la possibilité de poursuivre la caution ? Nous ne le pensons pas. En posant, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, en règle de poursuite de la caution, l'obligation préalable de déclaration de créance au passif, il s'agit fondamentalement d'éviter qu'une caution ne soit poursuivie, alors même que la créance est éteinte faute d'avoir été déclarée. La solution est donc justifiée par la règle de l'accessoire, règle qui doit être distinguée du caractère subsidiaire du cautionnement. Ce caractère, qui justifie un ordre dans les poursuites, d'abord le débiteur, ensuite la caution, n'est pas de mise lorsque le cautionnement est solidaire (J. François, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, n° 45 ; M. Cabrillac, Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 8e éd., Litec, 2007, n° 77). Ainsi, l'obligation de déclarer la créance au passif du débiteur pour pouvoir ensuite poursuivre la caution ne peut être justifiée par le caractère subsidiaire du cautionnement. Elle ne peut donc être expliquée valablement que par la règle de l'accessoire.

Mais, puisque le créancier bénéficiaire de l'inopposabilité de la forclusion ne peut voir sa créance s'éteindre au motif qu'il n'a pas déclaré celle-ci, dès lors qu'il n'a jamais été averti, la règle de l'accessoire ne permet pas de justifier l'obligation de déclaration de la créance avant clôture de la procédure du débiteur principal. La caution se trouve ici déchargée sans justification légale, la créance non déclarée ne pouvant, faute de délai courant contre le créancier, être considérée comme éteinte. Alors certes, la Cour de cassation n'affirme pas que la créance litigieuse est éteinte. Mais, du fait de la clôture de la procédure collective, le créancier sera définitivement privé du droit de déclarer sa créance et donc du droit de poursuite contre la caution. Cet effet de déchéance ne nous semble pas justifiable, au regard des textes.

Puisque le créancier n'était enfermé dans aucun délai pour déclarer sa créance, faute d'avoir été averti, par voie accessoire il ne pouvait lui être reproché par la caution de ne pas avoir déclaré cette créance. Le dommage pour la caution aurait été inexistant. Elle n'aurait nullement été privée d'un procès équitable. Tout se serait passé pour elle comme dans l'hypothèse d'une créance déclarée, mais non vérifiée. La créance n'aurait pas été admise au passif, de sorte que la caution aurait conservé la possibilité de soulever toutes les exceptions, non seulement celles qui lui sont personnelles, mais encore celles inhérentes à la dette.

La loi de sauvegarde conduit-elle à modifier les solutions ? Elle a changé la rédaction du texte légal posant le principe de l'inopposabilité de la forclusion, en faisant siennes les solutions de la Cour de cassation consistant à décaler au jour de l'avertissement le point de départ du délai de déclaration de la créance (V. ainsi, Com. 14 mars 2000, D. 2000. AJ. 167, obs. A. Lienhard  ; RTD com. 2000. 716, obs. A. Martin-Serf ). Tant que l'avertissement n'est pas intervenu, le délai de déclaration de créance ne court pas (art. L. 622-24, al. 1, c. com.). Les données du problème n'ont donc pas varié et la solution posée par la Cour de cassation, sauf à ce qu'elle soit sensible à nos observations, est donc potentiellement reconductible sous

l'empire des textes nouveaux.

2 - Procédure collective atteignant la société - moment de la poursuite des garants subsidiaires (associés de société civile et associés en nom) ou le créancier social, arrêté dans sa course contre la société, dans son starting-block pour « rattraper » l'associé
Les associés indéfiniment responsables du passif avec ou sans solidarité, soit d'une société, soit d'un groupement, sont qualifiés de garants subsidiaires. Il existe un ordre des poursuites entre le groupement et les garants subsidiaires. Ces derniers ne peuvent être poursuivis qu'une fois que la demande en paiement aura été présentée au groupement. En cela, les garants subsidiaires se distinguent des codébiteurs, tenus à titre principal de la même dette et pouvant donc être poursuivis dans un ordre quelconque. Ils sont également différents des cautions solidaires. En effet, les auteurs, ainsi que nous l'avons déjà précisé (V. ss. Com. 30 janv. 2007, n° 05-17.351, préc.) s'accordent pour considérer que le cautionnement n'est pas un engagement subsidiaire, dès lors qu'il est solidaire, puisqu'il n'y a pas alors d'ordre de paiement.

Au cours de l'année 2007, la Cour de cassation, en plusieurs de ses formations, a été amenée à poser un certain nombre de solutions relatives au moment de la poursuite des associés tenus indéfiniment du passif social.

Commençons par l'associé indéfiniment et solidairement tenu de la dette sociale, dont l'archétype est l'associé de société en nom collectif. En droit commun, l'associé tenu indéfiniment et solidairement de la dette sociale ne peut être poursuivi qu'après qu'un acte extrajudiciaire a été délivré à la société. Toutefois, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles interdit cette démarche si la société est en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire. Il faut alors, mais il suffit, que le créancier social ait déclaré sa créance au passif de la société pour pouvoir poursuivre l'associé. La déclaration de créance, assimilée par la Cour de cassation à une demande en justice, vaut alors vaine poursuite. La solution est rappelée par un arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006 (**Com. 19 déc. 2006, n° 02-21.333**, D. 2007. AJ. 92, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2007. 410, note J.-F. Barbière  ; RTD com. 2007. 595, obs. A. Martin-Serf ).

A ce stade, il faut toutefois tenir compte du particularisme du droit fiscal. Pour poursuivre l'associé d'une société tenu indéfiniment et solidairement des dettes de celle-ci, le comptable public doit adresser une mise en demeure par acte extrajudiciaire à la société, puis une mise en demeure en lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'associé. En cas de procédure collective, la mise en demeure à la société est remplacée par une déclaration de créance à son passif, cependant que la mise en demeure à l'associé demeure un préalable à l'engagement des poursuites contre lui (Com. 19 déc. 2006, n° 02-21.333, préc. ; *adde Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006, p. 361).

Le créancier n'aura nul besoin de démontrer le caractère irrécouvrable de sa créance dans la procédure collective du groupement débiteur. Pourrait-il en aller autrement si le débiteur obtient un plan de sauvegarde, de continuation ou de redressement ? Une réponse négative s'impose, l'insuffisance patrimoniale du groupement débiteur, exigée en matière de société civile, n'étant pas ici de mise (C. Régnaut-Moutier, note ss. Com. 19 déc. 2006, n° 02-21.333, Bull. Joly, préc.).

La Cour de cassation a également rendu des décisions intéressantes les garants subsidiaires tenus indéfiniment, mais sans solidarité, des dettes sociales, dont le prototype est l'associé de société civile. Une jurisprudence évolutive s'est développée sur la question de la poursuite des associés d'une société civile placée sous procédure collective. En droit commun, le siège de la matière se trouve aux articles 1857 et 1858 du code civil.

Selon l'article 1857, alinéa 1, du code civil, « *les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans la capital social à la date d'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements* ». En présence d'une procédure collective ouverte avec cessation des paiements - redressement ou liquidation judiciaire - l'appréciation sera donc portée à la date

de la cessation des paiements. En cas d'ouverture d'une sauvegarde, l'appréciation ne peut être portée qu'à la date d'exigibilité de la créance dont le créancier demande à l'associé le paiement. L'associé de société civile est donc tenu indéfiniment, mais sans solidarité de la dette sociale, ce qui le distingue de l'associé en nom collectif ou du commandité.

Aux termes de l'article 1858 du code civil, les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale. La notion de vaines poursuites est évidemment au coeur du débat. Est-il suffisant que la société soit placée sous procédure collective parce qu'elle est en cessation des paiements ? Faut-il que le créancier fasse la démonstration que l'actif social ne permettra pas de le désintéresser ?

Dans une première phase de la jurisprudence (sur le détail de l'évolution de cette question, M. de Gouttes, av. gén., avis : <http://www.courdecassation.fr>), il avait été estimé que la poursuite des associés ou membres tenus à la dette de la personne morale sans solidarité, tels les associés de société civile, était possible pendant la procédure collective du groupement (Dijon, 1^{re} ch., 12 sept. 1997, RTD com. 1998. 156, obs. C. Champaud et D. Danet ) , mais il fallait préalablement démontrer l'insuffisance du patrimoine du groupement pour répondre de la dette (Civ. 3e, 6 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 5; D. 1999. IR. 42  ; Rev. sociétés 1999. 376, obs. J.-F. Barbière  ; RTD com. 1999. 452, obs. M.-H. Monsérié-Bon  ; Com. 6 déc. 2005, n° 04-14.352, LXB n° N4683AKN, note P.-M. Le **Corré**). Le fait que la société ait été déclarée en liquidation judiciaire apparaissait insuffisant à caractériser l'insuffisance du patrimoine social pour payer la dette (Civ. 3e, 18 juill. 2001, Act. proc. coll. 2001, n° 192, obs. J. Vallansan), alors même que la procédure de saisie immobilière de l'immeuble appartenant à la société aurait été entamée (Com. 11 juin 2003, n° 99-17.271, *CRCAM du Sud-Ouest c/ M. et Mme Saint-Martin*). Il en était de même de l'arrêté d'un plan de cession (Civ. 1^{re}, 30 mars 2005, n° 03-10.872). En pratique, le créancier social devait donc attendre la clôture de la procédure collective de la société pour insuffisance d'actif pour que la poursuite de l'associé fût possible (Paris, 5^e ch. B, 15 sept. 2005, RG n° 03/3068).

Dans une seconde phase de la jurisprudence, qui correspond désormais au droit positif, la notion de vaine poursuite exigée par l'article 1858 du code civil est considérablement assouplie en cas de liquidation judiciaire atteignant la société civile. Dans un arrêt du 18 mai 2007, la Chambre mixte de la Cour de cassation décide que, dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, « *la déclaration de créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser ; l'action peut être régularisée si la créance a été régulièrement déclarée à la procédure* » (Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413, D. 2007. AJ. 1414, obs. A. Lienhard  ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-F. Barbière  ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon , et 597, obs. A. Martin-Serf  ; RTD civ. 2007. 597, obs. P. Crocq  ; RJDA 2007. 766, rapp. A. Besançon ; Gaz. proc. coll. 2007. 18, note P.-M. Le **Corré** ; Dr. sociétés, juill. 2007, p. 16, note F.-X. Lucas ; Lexbase hebdo, juin 2007, n° 265, n° N5621BBS, note P.-M. Le **Corré**). Ainsi, dès la déclaration de créance effectuée, la poursuite de l'associé de la société civile est possible lorsque cette dernière est en liquidation judiciaire. La portée de la solution est cependant exactement circonscrite à la liquidation judiciaire. L'exigence de la démonstration de l'insuffisance patrimoniale subsiste donc en phase d'observation. Le bénéfice d'un plan de sauvegarde ou de redressement accordé à une société civile interdit également, comme par le passé dans le cadre d'un plan de continuation, la poursuite de l'associé pendant l'exécution de ce plan, tant que ce plan est exécuté.

Certains auteurs ont critiqué la solution de la Chambre mixte, en notant son manque de nuances (J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker note ss. Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, préc.). Il est exact que la liquidation judiciaire n'établit nullement l'insuffisance patrimoniale, puisque la liquidation judiciaire peut être clôturée par extinction du passif. Le reproche est toutefois exagéré. En effet, le nombre de clôture de procédures par extinction du passif est faible et il est, à notre sens, louable pour la Cour de cassation de faire sien le proverbe « *le temps, c'est de l'argent* ». Ce qui, d'évidence, a animé la Cour de cassation est la volonté de protéger les créanciers sociaux qui ne doivent pas attendre trop longtemps de trop maigres répartitions (Rapp. A. Besançon, « obligations aux dettes des associés d'une société civile

soumise à une procédure collective », rapp. ss. Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, RJDA 2007. 766, spéc. 772, préc.). Au demeurant, la formulation employée par la Chambre mixte selon laquelle le créancier est dispensé d'établir l'insuffisance patrimoniale de la société ne se situe que sur le strict terrain probatoire. Rien ne semble interdire à l'associé, pour éconduire le créancier précocement entreprenant, de rapporter la preuve contraire : si le patrimoine social suffit à payer le créancier, dans le cadre des distributions liquidatives à intervenir, notamment lorsqu'il est titulaire d'une sûreté spéciale immobilière, l'associé doit pouvoir résister aux poursuites qui seront alors jugées prématurément entreprises contre lui. Une exception dilatoire, comparable à celle dont dispose la caution simple, au titre du bénéfice de discussion, sera alors soulevée.

Sous cette réserve, la déclaration de créance au passif de la société en liquidation judiciaire, qui s'avère nécessaire, est aussi jugée suffisante. Cette déclaration de créance peut même être postérieure à l'assignation de l'associé, puisque, selon la Chambre mixte de la Cour de cassation, une régularisation de l'action est possible.

La solution posée par la Chambre mixte de la Cour de cassation, à propos des associés de sociétés civiles de droit commun, en liquidation judiciaire, vaut également pour les associés des sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeuble (art. L. 211-2 CCH). Un arrêt de la chambre commerciale du 13 février 2007, un autre de la troisième chambre civile du 14 février 2007, sont en ce sens. La poursuite de ces derniers n'est possible qu'après une mise en demeure restée infructueuse. La Cour de cassation estime que la déclaration de créance au passif de la société en liquidation judiciaire (Com. 13 févr. 2007, n° 05-19.878 et n° 05-20.321, Act. proc. coll. 2007, n° 63, note S. Rétif ; Rev. proc. coll. 2007. 170, obs. C. Lebel ; Bull. Joly, juin 2007, § 191, p. 703, note F. Kendérian) ou en liquidation des biens sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 (Civ. 3e, 14 févr. 2007, n° 05-21.488, D. 2007. AJ. 666, obs. A. Lienhard  ; RTD com. 2007. 396, obs. M.-H. Monsérié-Bon  ; Rev. proc. coll. 2007. 170, obs. C. Lebel ; Bull. Joly, juin 2007, § 192, p. 705, note F. Kendérian), et qui remplace la mise en demeure infructueuse, est suffisante, sans que soit exigée l'admission de la créance au passif. Mais contrairement à l'hypothèse de la poursuite de l'associé d'une société civile de droit commun, l'arrêt d'un plan de continuation, de sauvegarde ou de redressement au profit de la société n'interdira pas la poursuite des associés. Il n'y a pas ici à démontrer l'insuffisance patrimoniale. La mise en demeure de payer les dividendes du plan, adressée à la société, et restée infructueuse, suffira indépendamment de la démonstration de l'impossibilité pour la société de payer ce ou ces dividendes (sur la question, F. Kendérian, note ss. Com. 13 févr. 2007, n° 05-19.878, et Civ. 3e, 14 févr. 2007, n° 05-21.488, Bull. Joly, juin 2007, § 191 et 192, p. 703, spéc. p. 707, n° 2).

La jurisprudence, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, avait clairement établi que, en l'absence de déclaration de créance au passif de la personne morale débitrice, la créance de support du passif social était éteinte. Le principe d'indépendance des engagements entre codébiteurs ne peut trouver application lorsque les obligés, au lieu d'être des coobligés, sont des garants subsidiaires. En cette hypothèse, si la dette du débiteur garanti disparaît, cela emporte disparition de la dette des garants. La solution avait été posée tant à l'égard de l'associé en nom collectif (Com. 25 nov. 1997, JCP E 1998. 656, obs. P. Pétel ; LPA, 24 juill. 1998, note G. Teilliais ; Com. 20 févr. 2001, D. 2001. AJ. 1101, obs. V. Avena-Robardet  ; Rev. sociétés 2001. 843, obs. J. Stoufflet  ; RTD com. 2002. 722, obs. A. Martin-Serf  ; JCP E et A 2001. pan. 392 ; Act. proc. coll. 2001, n° 76, obs. C. Régnaut-Moutier ; RJDA 2001, n° 706 ; RD banc. fin. 2001. 159, obs. D. Legeais ; *ibid.* 165, obs. F.-X. Lucas ; Bull. Joly 2001. 607, note H. Le Nabasque ; *ibid.* 844, note H. Le Nabasque), qu'à l'égard de l'associé de société civile (Civ. 3e, 22 mars 1995, Bull. civ. III, n° 84 ; D. 1995. IR. 103  ; RD imm. 1995. 557, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin  ; Rev. sociétés 1995. 559, note J.-F. Barbiéri  ; RTD com. 1995. 800, obs. M. Jeantin  , et 1998. 682, obs. A. Martin-Serf  ; Bull. Joly 1995. 551, note Jeantin ; Civ. 3e, 10 juill. 1996, D. 1997. Somm. 80, obs. A. Honorat  ; RTD com. 1998. 682, obs. A. Martin-Serf  ; Dr. sociétés 1996, n° 169, obs. Y. Chaput ; Bull. Joly 1996. 958, note Calendini ; Com. 28 juin 2005, n° 03-11.915 ; *adde*, sur la question, J. Julien, Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans la société civile, RTD com. 2001. 841, spéc. n° 5 s. ). Toutefois, il a été jugé, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, que l'extinction de la créance de support du passif

social faute de déclaration au passif n'avait pas pour effet d'ôter à l'associé assigné en paiement sa qualité de défendeur. En conséquence, la compétence reconnue au tribunal sur le fondement de la pluralité de défendeur ne peut être remise en cause (Civ. 3e, 19 déc. 2007, n° 06-18.811, D. 2008. AJ. 159 )

Cette solution consistant à rendre possible la poursuite de l'associé de la société civile en liquidation judiciaire, dès la déclaration de créance, peut-elle être encore assouplie avec la loi de sauvegarde des entreprises, qui a supprimé l'extinction des créances non déclarées ? En d'autres termes, est-il concevable, sous l'empire de la loi nouvelle, de poursuivre l'associé de société civile sans déclaration de créance au passif ?

Ce serait, nous semble-t-il, oublier que, en la matière, les règles du droit des sociétés qui continuent à imprimer leurs principes de solutions, doivent conduire à maintenir le préalable de la déclaration de créance. La vaine poursuite de la société civile est nécessaire. La mise en demeure de la société en nom collectif s'impose. Lorsque la société est en liquidation judiciaire, la vaine poursuite ou la mise en demeure sont impossibles, du fait de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. L'interdiction de payer la créance et son prolongement naturel, l'interdiction d'en demander en justice le paiement, rendent inopérantes ces démarches. Elles sont remplacées par une déclaration de créance. Aussi, par son équivalence à une mise en demeure à la société, voire à une vaine poursuite de la société, la déclaration de créance continue-t-elle à s'imposer (M.-H. Monsérié-Bon, obs. ss. Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, RTD com. 2007. 550, et F. Vinckel, LPA, 14 août 2007, préc. ; F. Kendérian, note ss. Com. 13 févr. 2007, n° 05-19.878, et Civ. 3e, 14 févr. 2007, n° 05-21.488, Bull. Joly, juin 2007, § 191 et 192, préc.), non en application du droit des procédures collectives, mais, paradoxalement, en application des règles du droit des sociétés. Comme cela a été analysé, le défaut de déclaration de créance au passif a un effet paralysant temporaire : il paralyse la poursuite contre les associés tant que la société ne pourra pas être poursuivie (A. Besançon, « obligations aux dettes des associés d'une société civile soumise à une procédure collective », rapp. ss. Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, RJDA 2007. 766, préc.). Cet effet temporaire pourrait toutefois devenir définitif si la prescription produit ensuite son effet...

Terminons en indiquant que si l'associé est déclaré en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire, il conviendra de déclarer au passif la créance de support du passif du groupement. Cette dernière ne sera qu'éventuelle si la société est encore *in bonis*. La solution a été réaffirmée par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2007, pour un associé de société civile immobilière, dès lors que la dette du groupement est antérieure à l'ouverture de la procédure de l'associé (Civ. 3e, 23 mai 2007, n° 06-14.988, D. 2007. AJ. 1513  ; Act. proc. coll. 2007, n° 131, note J.-P. Legros ; RD banc. fin., mai-juin 2007, p. 20, note F.-X. Lucas ; Dr. sociétés, juill. 2007, p. 18, note F.-X. Lucas ; Rev. proc. coll. 2007. 169, obs. C. Lebel). Le fait générateur de la créance de support du passif social est en effet trouvé dans la créance sociale elle-même. Il faut donc commencer par qualifier, au regard de la délimitation des créances antérieures et des créances postérieures, la créance détenue sur la société, pour pouvoir ensuite en déduire la nature de la créance de support du passif social.

La déclaration de créance, par son caractère obligatoire et en l'occurrence conservatoire, sera ici possible même avant vaine poursuite de la société (Civ. 3e civ., 23 mai 2007, n° 06-14.988, préc. ; *adde* A. Céрати-Gauthier, Poursuites d'un associé par un créancier social, JCP E 2007. 2157, p. 22, spéc. p. 24, n° 17). L'admission au passif de la créance de support du passif social devra intervenir, non pour le montant de la dette sociale, mais seulement, à notre sens, au prorata de la part détenue par l'associé de la société civile dans le capital social. Il faut donc transposer à l'hypothèse de la déclaration de créance le mécanisme de droit commun posé par l'article 1857, alinéa 1, du code civil.

P.-M. L. C.

Mots clés :

SAUVEGARDE DES ENTREPRISES * Panorama 2007

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010