

L'ALTÉRATION DU DROIT DES CONTRATS

par **Samuel FRANÇOIS**, ATER, chargé d'enseignements à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Un droit perturbateur, un droit conquérant, un droit impérialiste. Le droit des procédures collectives renverrait donc cette image d'un droit qui, pour avancer, ferait inlassablement reculer les règles de droit posant des obstacles aux objectifs qu'il poursuit. Et le droit des contrats, naturellement, est l'un des premiers à subir recul. Chaque fois qu'une règle spéciale est édictée par le livre VI du Code de commerce, le droit des contrats perd du terrain. Il s'incline finalement face à la loi spéciale.

Ces dispositions spéciales sont issues, pour l'essentiel, d'une grande loi du 25 janvier 1985 qui avait plongé la doctrine dans un état de sidération. Entièrement tendue vers les objectifs qu'elle se fixait, cette loi portait des atteintes impressionnantes à des principes fondamentaux du droit des contrats.

Le droit français des contrats est un édifice bâti depuis 1804 sur deux grands principes, à peu près partagés par l'ensemble des systèmes juridiques : la liberté contractuelle d'une part ; la force obligatoire du contrat d'autre part.

Il y a une différence de logique entre ces deux branches du droit. Elle est flagrante. Le droit des contrats, empreint d'une philosophie libérale, lestée d'une forte connotation morale, exalte la liberté individuelle et sanctifie la parole donnée dont le respect s'impose en toute circonstance. Le droit des procédures collectives, de son côté, est un droit pragmatique, un droit « thérapeute¹ », un droit de l'urgence qui s'emploie à redresser l'entreprise, à maintenir à flot l'activité et, autant que faire se peut, à désintéresser collectivement les créanciers.

Une différence de logiques donc. La liberté contractuelle pourvoit à la satisfaction d'intérêts individuels, égoïstes. Ainsi, elle paraît difficilement soluble dans l'intérêt général de l'entreprise et dans l'intérêt collectif des créanciers.

Quant à la force obligatoire du contrat, elle est marquée par une logique jusque-boutiste qui pourrait à elle seule ruiner tous les efforts de sauvetage de l'entreprise. « Que justice soit faite, l'entreprise dût-elle en périr² » : c'est à cela, précisément, qu'aboutirait l'application rigoureuse et implacable de la loi contractuelle à l'égard du débiteur en difficulté.

¹ M.-H. RENAULT, « La déconfiture du commerçant - Du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD. com.* 2000.533.

² On attribue à l'Empereur du Saint Empire romain germanique Ferdinand 1^{er} cette injonction terrible : *fiat justitia pereat mundus* [Que justice soit faite, le monde dût-il en périr].

On comprend donc pourquoi le droit des contrats se trouve fréquemment aménagé, quand il n'est pas totalement évincé, au cours de la procédure collective.

Je dois vous parler de ces altérations du droit de contrats. Le sujet est vaste et m'oblige à procéder à quelques limitations. Dans l'esprit de cette journée, je ne m'attarderai qu'à l'altération qui est rendue nécessaire par l'objectif de maintien de l'activité, par le sauvetage de l'entreprise. Ne seront donc pas évoquées ici, par exemple, les nullités de la période suspecte qui sont autant d'atteintes au droit des contrats mais qui procèdent d'une autre logique davantage tournée vers la sanction de la fraude. Je ne parlerai pas non plus des atteintes portées au droit des contrats de travail dont le régime ultra-dérogatoire se justifie davantage par la préoccupation (très française) de maintien de l'emploi des salariés plus que par l'objectif de maintien de l'activité. Ces deux objectifs ne se confondent pas et sont même parfois difficiles à concilier. Par ailleurs, je ne ferai pas un panorama identique à celui qui a pu être dessiné par de nombreux auteurs au lendemain de la loi de 1985 – des thèses de doctorat avaient même été soutenues sur le sujet³.

Car nous sommes 30 ans après et si, aujourd'hui comme hier, l'altération du droit des contrats renvoie toujours, en premier lieu, aux atteintes puissantes qui sont portées aux principes contractuels, un phénomène nouveau doit aussi être relevé. Je veux parler ici du phénomène de contractualisation du droit des entreprises en difficulté. À de nombreuses étapes du traitement des difficultés de l'entreprise, et toujours dans l'objectif de redressement et de maintien de l'activité, le droit des contrats est mis à l'honneur. Il vient alors au service de l'objectif de restructuration et de redressement, il est instrumentalisé à cet effet.

À bien y regarder, on est loin, très loin même, du constat alarmiste d'un droit des contrats mis à bas par la procédure collective, ce constat qui avait été dressé par la doctrine au lendemain de la loi de 1985. L'altération du droit des contrats apparaît sous un nouveau jour.

Au fond, la véritable altération réside dans le fait que le droit des procédures collectives, guidé par ses objectifs propres, fait ce qu'il veut du droit des contrats. L'objectif de redressement et de maintien de l'activité le conduit tantôt à y porter atteinte, tantôt à le promouvoir. Lorsque le droit des contrats est une gêne, on l'évince. Lorsqu'il est utile, on l'applique.

En somme, traiter des altérations du droit des contrats sous le seul angle des atteintes qu'il accuse apparaîtrait aujourd'hui assez réducteur et fondamentalement anachronique. Voilà pourquoi je me garderai de cette présentation. Et je tenterai donc, dans un

³ M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1994 ; E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, thèse Paris, LGDJ, 1998. V. aussi : Y. GUYON, *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives*, in *Mélanges J. Ghestin*, p. 405.

premier temps, de constater les atteintes portées au droit des contrats avant, dans un deuxième temps, et plus brièvement, de nuancer ce constat : le droit des contrats malmené dans un premier temps (§ 1), le droit des contrats réhabilité dans un second temps (§ 2).

§ 1 – LE DROIT DES CONTRATS MALMENÉ

Le maintien de l'activité impose la possibilité de forcer la poursuite des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture (A) ainsi que la possibilité de forcer la cession de certains contrats lors de la cession globale de l'entreprise (B).

A) Le maintien forcé du contrat en période d'observation

La période d'observation est cette période qui court à compter de l'ouverture de la procédure collective, et qui va permettre d'établir un diagnostic de la situation de l'entreprise ainsi que l'élaboration du plan. Durant cette période d'observation, la poursuite de l'activité est essentielle. Aussi, une attention particulière a été accordée aux contrats en ce qu'ils constituent le « support indispensable à la poursuite de l'activité⁴ ». Ils doivent à ce titre être préservés car si l'ouverture d'une procédure collective mettait *ipso facto* fin aux contrats (contrats bancaires, contrats de fourniture, contrat de bail...) l'entreprise se trouverait rapidement vidée de sa substance et aucun plan ne pourrait éviter son naufrage.

C'est la raison pour laquelle le droit des procédures collectives pose un célèbre principe : celui de la continuation des contrats en cours⁵.

La notion de « contrat en cours », en elle-même, est inconnue du droit des contrats et ne fait l'objet d'aucune définition du code de commerce. On considère qu'il s'agit d'un contrat « en cours d'existence et en cours d'exécution⁶ » au jour du jugement d'ouverture. Le modèle type étant le contrat à exécutions successives conclu avant l'ouverture de la procédure et dont certaines prestations restent encore à exécuter après le jugement d'ouverture. Le domaine est très large ; les contrats conclus *intuitu personae* (en considération de la personne du cocontractant et de ses qualités) entrent en principe dans cette catégorie de contrats en cours⁷.

Qu'est-ce que ce principe de continuation des contrats en cours ? Fondamentalement, il s'articule autour d'un droit d'option qui est octroyé à l'administrateur judiciaire, et à lui seul.

⁴ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, n° 121.

⁵ Art. L. 622-14 C. com.

⁶ A. MARTIN-SERF, « Les contrats en cours avant option de l'administrateur », *RJ com.* nov. 1992, n° spécial, p. 9.

⁷ S'agissant des contrats bancaires, v. : Cass. Com. 8 déc. 1987 : *JCP G* 1988, II.20927, note M. JEANTIN.

Autrement dit, les contrats ne sont pas résiliés du seul fait de l'ouverture de la procédure collective : ils continuent d'être exécutés en tout état de cause. C'est l'administrateur, seul, qui décidera de leur sort en exerçant son option : soit en optant pour la continuation soit en optant pour la résiliation. Aucun délai ne lui étant imposé pour opter, il peut se décider durant toute la période d'observation et, pendant ce temps-là, le cocontractant doit continuer d'exécuter le contrat.

Du côté du cocontractant, on voit que ses marges de manœuvre sont réduites à presque rien : il ne peut que mettre en demeure l'administrateur de prendre parti sur la continuation du contrat, l'administrateur ayant alors un mois pour se prononcer. À défaut de réponse, le contrat est résilié de plein droit. Le droit d'option est d'ordre public. Cela signifie que les parties ne peuvent pas y déroger conventionnellement. En sorte que sont tenues en échec toutes les clauses qui prévoiraient la résiliation ou la résolution du contrat du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective. Le législateur neutralise donc, pour les besoins de la cause, l'efficacité de clauses résolutoires pourtant parfaitement valable au regard du principe de liberté contractuelle. C'est déjà là une atteinte importante à la liberté contractuelle.

Mais l'atteinte au droit des contrats ne s'arrête pas là. Car l'exercice de l'option obère encore un peu plus la force obligatoire du contrat.

L'alternative est la suivante :

- Première hypothèse : l'administrateur opte pour la non-continuation du contrat, ce qui n'est rien d'autre qu'une rupture unilatérale imposée au cocontractant.

L'administrateur doit notamment mettre fin au contrat lorsque le débiteur n'a plus les fonds suffisants pour exécuter ses obligations. Ce choix ne doit pas être opéré avec légèreté car l'administrateur engagerait sa responsabilité s'il venait à décider de la continuation d'un contrat alors même qu'il ne dispose pas des fonds suffisants pour l'exécuter.

En droit des contrats, le contrat ne peut être rompu avant terme que par un consentement mutuel (le *mutuus dissensus*)⁸. Or en l'occurrence, le choix de la non-continuation emporte rupture du contrat par la volonté d'un seul. Il y a donc là une faculté de résiliation unilatérale du contrat qui altère la force obligatoire de celui-ci.

Alors, c'est vrai, la loi prévoit que le contractant pourra réclamer des dommages-intérêts en réparation de son préjudice subi du fait de la rupture. Il s'agit d'ailleurs là d'une bien curieuse disposition car, en droit commun, les dommages et intérêts ne sont dus qu'à raison d'une rupture fautive du contrat. Or, en l'occurrence, la

⁸ Art. 1193 C. civ.

rupture unilatérale est permise par la loi, c'est le principe même de l'option. Elle n'a rien de fautive. Quoi qu'il en soit, le recouvrement de cette créance indemnitaire demeure pour le contractant très hypothétique puisque la créance devra être déclarée au passif de la procédure : elle est traitée, en somme, comme une créance antérieure alors même qu'elle est née postérieurement au jugement d'ouverture. Au fond, elle n'est pas considérée une créance utile à la procédure. L'idée est donc bien de préserver toute la liberté d'option de l'administrateur quant à la poursuite ou non des contrats en cours.

- Deuxième hypothèse : l'administrateur opte pour la poursuite du contrat, ce qui conduit à un maintien forcé du contrat.

En cas de continuation décidée par l'administrateur, le contrat est poursuivi selon ses conditions initiales. Aucune clause ne peut donc imposer une variation des termes et des conditions du contrat du fait de l'ouverture d'une procédure pour alourdir, par exemple, les obligations du débiteur. La liberté contractuelle subit encore une défaite.

Si l'administrateur décide de la continuation, les contrats continuent alors de s'exécuter dans le respect absolu des règles du droit commun des contrats.

Alors pourquoi peut-on parler en l'occurrence d'un maintien forcé du contrat ? C'est parce que dans le cas – évidemment fréquent – où le débiteur aurait, manqué à ses obligations avant le jugement d'ouverture, le contractant ne pourra pas opposer à l'administrateur l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution, c'est cette possibilité offerte à un contractant de suspendre l'exécution de sa propre obligation lorsque son cocontractant se trouve lui-même en situation d'inexécution⁹. Il s'agit de la prérogative contractuelle la plus révélatrice de la force obligatoire du contrat : les obligations doivent être exécutées trait pour trait¹⁰. Ici, cette exception pour inexécution devient impossible lorsque les inexécutions du débiteur sont antérieures à l'ouverture de la procédure.

Le cocontractant ne pourra pas non plus opposer la résolution pour inexécution.

C'est en cela que l'on peut affirmer que le maintien du contrat est un maintien forcé : le cocontractant n'a aucun moyen de se départir du contrat malgré l'inexécution, voire les multiples inexécutions, dont a pu se rendre coupable son débiteur avant le jugement d'ouverture.

Par ailleurs, certains contrats spéciaux font l'objet d'une réglementation encore plus stricte à raison de l'importance qu'ils

⁹ Art. 1219 C. civ.

¹⁰ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2016, n° 286.

tiennent dans la poursuite de l'activité. Le bail commercial, pour exemple, c'est-à-dire le bail conclu par le débiteur portant sur un immeuble affecté à son activité, est un contrat particulièrement important qu'il faut absolument protéger contre la volonté du bailleur d'y mettre fin. Le bail commercial, c'est d'abord la possibilité matérielle d'exercer son activité dans un lieu identifié et identifiable. C'est ensuite la valeur principale du fonds de commerce de l'entreprise. Il faut à tout prix le préserver ; c'est pourquoi des règles plus énergiques sont donc posées¹¹.

Ainsi, la mise en demeure adressée par le bailleur à l'administrateur est sans effet : la non-réponse de l'administrateur n'emporte pas résiliation de plein droit du bail (comme elle le fait pour les autres contrats en cours). Et lorsque l'administrateur se prononce pour la continuation du bail commercial, les relations contractuelles se poursuivent normalement mais le droit commun se trouve encore perturbé. La règle est que le défaut de paiement des loyers intervenant postérieurement n'entraîne pas résolution de plein droit du bail. Le bailleur doit engager une action en résiliation judiciaire du bail et, deuxième obstacle, cette action ne peut être engagée que trois mois après l'ouverture de la procédure collective. Mais le législateur va plus loin encore puisqu'il va même jusqu'à déroger au droit spécial des baux commerciaux. Ainsi, pour exemple, la demande de résiliation du bail ne peut plus être fondée, comme c'est le cas en situation normale, sur le défaut d'exploitation du fonds dans les lieux loués¹².

Ces règles dérogatoires portent en elles un aveu : tout, ou presque tout, mais pas la résiliation du bail.

Donc, pour résumer, le sort des contrats en cours est entre les mains de l'administrateur et de lui seul. Les cocontractants n'ont pas voix au chapitre jusqu'à ce qu'il se soit prononcé.

Le maintien forcé du contrat durant la période d'observation, déjà largement dérogatoire au droit des contrats, se double au demeurant d'une atteinte portée aux prérogatives contractuelles du cocontractant. L'ouverture de la procédure collective emporte, cela a été dit, l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution pour les créances antérieures au jugement d'ouverture.

En somme, la période d'observation est une trêve qui commande que l'on désarme les créanciers. Le débiteur est en mauvaise posture voire déjà à terre. Il y a une formule française qui décrit cet état d'esprit : on ne tire pas sur l'ambulance. Le contractant se voit ainsi privé de presque toutes ses prérogatives contractuelles s'agissant des créances contractuelles antérieures au jugement d'ouverture : il ne peut ni résoudre le contrat, ni invoquer l'exception d'inexécution, ni

¹¹ Art. L. 622-14 C. com.

¹² C'est une dérogation à l'article L. 145-8 alinéa 1 du Code de commerce, aux termes duquel « le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux ».

même en réclamer le paiement ou encore agir en responsabilité contractuelle.

La règle de l'arrêt des poursuites achève donc de faire reculer la force obligatoire des contrats en période d'observation. Mais il n'y a pas qu'en période d'observation que le droit des contrats se trouve malmené. On constate aussi des altérations importantes à l'étape du plan de cession de l'entreprise. C'est alors la liberté contractuelle qui est mise à mal.

B) La cession forcée des contrats dans le plan de cession de l'entreprise

Lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire aboutit à un plan de cession de l'entreprise, le tribunal peut ordonner, en application de l'article L. 642-7 du Code de commerce, la cession « des contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité ».

Ça n'a l'air de rien, mais c'est là encore une atteinte majeure portée au droit des contrats.

En droit commun, la cession de contrat (transmission du contrat) requiert l'accord des trois parties à l'opération et notamment le consentement du contractant cédé¹³. C'est une règle assez logique dans la mesure où le contractant cédé va se retrouver avec un nouveau partenaire contractuel (le cessionnaire) qu'il n'a pas choisi à l'origine et dont il ne connaît rien, *a priori*, de la solvabilité. Il est donc légitime qu'il donne son consentement.

Or, aux termes de l'article L. 642-7 du code de commerce, les cessions de contrat afférentes à la cession de l'entreprise se font sans le consentement du cocontractant. La cession opère par le seul jugement du tribunal avec le seul consentement du repreneur. Et encore, il n'en a pas toujours été ainsi. Il fut un temps, en effet, où le consentement du repreneur n'était pas non plus requis. Le repreneur pouvait donc se voir imposer la cession de contrats au seul motif qu'ils étaient jugés nécessaires à la poursuite de l'activité. L'atteinte à la liberté contractuelle était alors à son paroxysme : une cession de contrat intervenait sans le consentement d'aucune partie à l'opération, par la seule volonté du juge. Depuis la loi de sauvegarde de 2005, le repreneur doit indiquer dans l'offre les contrats qu'il entend reprendre et le juge ne peut imposer d'autres cessions de contrats que celles qui y figurent¹⁴.

Il demeure que le cocontractant qui se voit toujours imposer la cession et donc un nouveau partenaire contractuel qu'il n'a pas choisi. Il ne peut aucunement s'y opposer, la seule faculté qui lui est laissée étant de faire appel de la décision du tribunal¹⁵. En outre, sont tenues inefficaces les stipulations contractuelles restreignant ou empêchant la cession – droit de préférence,

¹³ La règle est désormais posée à l'article 1216 du code civil.

¹⁴ En ce sens, v. B THULLIER, « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde de l'entreprise : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006.130.

¹⁵ art. L. 661-6, III, C. com.

formalisme particulier imposé pour la cession... La jurisprudence a souvent l'occasion de le rappeler à propos de la cession du bail¹⁶.

C'est encore la poursuite de l'activité – le texte y fait expressément référence – qui commande cette atteinte à la liberté contractuelle du cocontractant. On ne saurait mettre en péril la viabilité de la reprise au seul motif que le cocontractant cédé désapprouverait le cessionnaire. La jurisprudence confère à l'article L. 642-7 du code de commerce un empire très large puisqu'elle y inclut les contrats conclus *intuitu personae*¹⁷.

En somme, des atteintes graves, importantes, tant au cours de la période d'observation qu'à l'occasion de la cession des contrats ont donc pu être constatées. En matière de procédures collectives, nécessité fait loi et la nécessité, c'est le redressement.

Toutefois, il ne faudrait pas en conclure trop rapidement que le droit des procédures collectives tient partout et systématiquement en échec le droit des contrats. Il s'agit donc, dans un deuxième temps, de nuancer les atteintes au droit des contrats, et de voir comment le droit des contrats se trouve réhabilité, à l'occasion, par le droit des procédures collectives.

§ 2 – LE DROIT DES CONTRATS RÉHABILITÉ

Pour parler du retour en force du droit des contrats : je relèverai un phénomène relativement nouveau, celui de la contractualisation du droit des procédures collectives (A), mais je rappellerai encore que le droit des contrats a vocation à s'appliquer partout où le livre VI n'a pas prévu de règle dérogatoire (B).

A) Une contractualisation du droit des procédures collectives

Les atteintes radicales aux règles du droit des contrats ont fait la preuve de leur efficacité. Elles ont aussi montré leurs limites. Les praticiens ont très tôt compris, avant législateur en tout cas, que le droit des contrats pouvait, à certains égards, constituer un atout pour la poursuite de l'activité de l'entreprise et son redressement¹⁸.

¹⁶ V. dernièrement : Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-14716, *JCP E*, 2016.1465, note Ph. PETEL.

¹⁷ V. toutefois, sur l'impossibilité de céder le contrat de franchise : TGI Strasbourg, 20 déc. 2013, n° 2013/003928, *BJED* mai 2014, p. 167, note F.-X. LUCAS. François-Xavier Lucas explique, pour justifier la solution, que « la prestation objet du contrat porte à ce point l'empreinte de la personnalité de celui qui s'oblige qu'elle ne peut être fournie que par lui et que la cession de contrat n'a pas de sens et ne peut être ordonnée. Ainsi existe-t-il des contrats dont la cession est impossible pour la seule raison que la prestation qui constitue leur objet ne peut être demandée à une autre personne que celle qui s'est initialement engagée ».

¹⁸ L'affaire *Thomson-Technicolor* est emblématique de cette tendance : cette société a fait l'objet d'un des premiers plans *prépacks* avant même que la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée n'aient été introduites en droit français. La Cour de cassation a validé ce plan *prépack* : Cass. com. 21 février 2012, n° 11-11693, *BJED* mars 2012, p. 78, obs. R. DAMMANN et G. PODEUR.

Cela est d'autant plus vrai que le redressement de l'entreprise s'arrime désormais à une finalité à la fois nouvelle et complémentaire : une finalité préventive. Cet objectif de prévention a accompagné et même largement encouragé la contractualisation du traitement des difficultés de l'entreprise.

Le droit des contrats n'est donc plus seulement malmené par le droit des procédures collectives, il est de plus en plus souvent promu, utilisé – on pourrait même dire instrumentalisé – au service du de la prévention et du redressement de l'entreprise.

Je ne prendrai que deux exemples révélateurs de cette tendance à la contractualisation.

Premier exemple : l'existence de procédures contractuelles de prévention qui sont offertes au débiteur rencontrant des difficultés, mais qui ne sont pas encore en situation de cessation de paiement, dont on a parlé : le mandat *ad hoc* et, surtout, la conciliation¹⁹.

La conciliation est une pure procédure de négociation contractuelle qui a vocation à déboucher sur un accord, lequel peut ensuite être soumis à une constatation ou une homologation judiciaire pour produire des effets énergiques. Il faut voir que le législateur fait tout pour inciter les créanciers à s'investir pleinement dans cette négociation contractuelle : ceux qui auront consenti de nouveaux apports bénéficieront, du fait de l'homologation judiciaire, du privilège de *new money*²⁰.

Mais ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est l'idée que ces accords amiables, même homologués, demeurent avant tout des contrats soumis à l'ensemble des conditions de validité de droit commun. C'est dire qu'ils sont susceptibles d'être remis en cause, par exemple, en cas de vice du consentement – erreur, dol, violence.

Deuxième exemple de cette contractualisation, qui est en fait le prolongement du premier : les plans *prépack*. Plus efficace et plus rapide qu'une sauvegarde pure, moins effrayante pour les créanciers aussi, ce plan *prépack* se décline en deux procédures spéciales récemment introduites en droit français : la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée²¹. L'ordonnance du 12 mars 2014 a fait un pas supplémentaire dans cette perspective en introduisant le *prépack* cession²².

À grands traits, le plan *prépack*, c'est un alliage de la procédure collective et de la procédure amiable. Dans un premier temps, la négociation permet d'élaborer un plan de continuation ou, depuis 2014, un plan de cession. Ce plan est négocié et élaboré de façon consensuelle, sous le régime du mandat *ad hoc* ou de la

¹⁹ Art. L. 611-1 C. com.

²⁰ Art. L. 611-11 C. com.

²¹ V. not. : F. PEROCHON et H. BOURBOULOUX, « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *Rev. procédures collectives*, juill. 2014, dossier 30.

²² Art. L. 611-7 C. com : « peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ».

conciliation, c'est-à-dire en toute confidentialité et dans le strict respect des règles du droit des contrats.

Dans un deuxième temps, en cas d'échec de l'adoption du plan – causé par l'obstruction de créanciers récalcitrants – on bascule alors dans une procédure collective allégée et raccourcie pour mettre en œuvre le plan convenu. La procédure collective n'a plus que pour unique but d'arrêter et de mettre en œuvre un accord amiable auquel se sont opposés un ou plusieurs créanciers minoritaires. Elle devient une simple technique de *cram down*.

Le droit des contrats permet dans ce cas d'accélérer le redressement de l'entreprise. Il concourt à son sauvetage sous l'œil bienveillant du législateur.

On le voit, le droit des contrats est largement utilisé, et même valorisé, en amont de la procédure collective, que ce soit pour prévenir la cessation des paiements ou que ce soit pour rendre plus efficaces les plans soumis au vote des créanciers.

La contractualisation des procédures collectives est déjà, en soi, un constat permettant de nuancer les atteintes au droit des contrats par le droit des procédures collectives. Il faut encore ajouter que le droit des procédures collectives ne peut imposer sa loi que lorsqu'il pose une disposition spéciale dérogeant au droit commun. Au-delà de ces règles spéciales du livre VI du code de commerce, le droit commun des contrats recouvre son empire, il a vocation à s'appliquer sans fléchir. Et, d'un point de vue quantitatif, ce n'est pas rien.

B) L'application du droit des contrats dans le silence du droit spécial

En droit français, il existe un principe fondamental qui veut que la loi spéciale déroge à la loi générale (*specialia generalibus derogant*). Le droit commun a donc une vocation subsidiaire d'application. Il vient en quelque sorte combler le vide du livre VI du code de commerce.

Un peu comme l'eau qui s'infiltrerait entre les fentes d'une paroi, le droit commun des contrats gouverne ainsi toutes les situations non prévues par le livre VI du Code de commerce.

Et, à cet égard, il faut rappeler que le droit des Français des contrats a tout récemment connu une réforme d'envergure qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Cette réforme, opérée globalement à droit constant, serait tout de même susceptible d'amplifier le domaine d'application du droit des contrats. Elle contient en effet certaines innovations qui invitent à la réflexion. Je l'illustrerai par un seul exemple : l'exception d'inexécution par anticipation

L'article 1220 du Code civil dispose désormais : « une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle ». Supposons que cette exception d'inexécution par anticipation soit invoquée par le créancier avant l'ouverture de

la procédure collective mais que l'obligation du débiteur ne soit exigible que postérieurement au jugement d'ouverture... Supposons encore que l'administrateur ait opté pour la poursuite du contrat. L'exception d'inexécution est-elle alors efficace ? Pas de réponse dans le livre VI. Si la réponse devait être positive, cela affaiblirait évidemment la portée et l'efficacité du principe de continuation des contrats en cours...

D'autres exemples tirés de la réforme du droit des contrats pourraient encore être évoqués. La réduction unilatérale du prix²³ (qui n'est ni une exception d'inexécution ni une révision pour inexécution) peut-elle être opposée à l'administrateur ? Comment vont s'articuler les techniques de traitement des difficultés de l'entreprise prévues par le livre VI du code de commerce avec la nouvelle faculté de révision des contrats pour imprévision²⁴ ? Les accords amiables pourront-ils être remis en cause sur le fondement de l'abus de dépendance économique²⁵ ?

Ces seuls exemples laisseraient à penser que les juristes français pourraient, à l'avenir, être confrontés à un nouveau sujet de réflexion : celui de l'altération du droit des procédures collectives par le droit des contrats.

²³ Art. 1223 C. civ.

²⁴ Art. 1195 C. civ.

²⁵ Art. 1143 C. civ.

