

INTRODUCTION SUR LA NÉCESSITÉ D'UNE ALTÉRATION DU DROIT POUR LES BESOINS DE LA RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES

par **Déborah SAHEL**, doctorante en droit, chargée d'enseignements et chargée de mission à l'Institut d'Études Judiciaire Jean Domat à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le « droit des entreprises en difficulté », anciennement « droit des faillites »¹ puis « droit des procédures collectives de paiement », a connu, ces dernières années, une évolution très profonde, passant d'une discipline orientée vers le pur désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements, à un ensemble de règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances d'entreprises². Avec les nombreuses réformes de la matière³, c'est en effet toute la philosophie des procédures collectives qui s'est redessinée⁴. Elle a aujourd'hui pour objectif d'offrir à une entreprise qui fait face à des difficultés, des outils afin de soigner les maux qui l'affectent tout en sauvegardant des emplois⁵. En cela, le droit des entreprises en difficulté ne constitue plus seulement un droit du paiement, une relation créancier-débiteur, fût-elle collective, mais aussi un droit du maintien de l'activité et des restructurations économiques⁶. Sa première particularité serait d'être un droit de « procédures » nourries d'un corps de règles purement juridiques, au service de l'économie, une branche essentielle du droit économique⁷.

¹ L'expression de « droit des faillites » évoque l'idée de spoliation, d'appauvrissement, d'accaparement ou encore, de tromperie : le commerçant qui ne paie pas ses créanciers trompe en effet leur confiance en ne respectant pas ses engagements.

² Voir en ce sens, F-X. LUCAS *in* *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F.), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

³ Voir F-X. LUCAS *in* « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} novembre 2005, n° 11, p. 1181 ; *in* « Les innovations introduites par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 : morceaux choisis », *Petites affiches*, 22 avril 2010, n°80, p. 47 et *in* « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} septembre 2015, n° 5, p. 317. Également, voir P-M. LE CORRE *in* « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, 733 et suivants.

⁴ Voir à ce sujet, C. SAINT-ALARY-HOUIN *in* « Le droit des entreprises en difficulté », *Montchrestien, Précis Domat*, 9^{ème} édition, 2014.

⁵ En ce sens, voir H. BOURBOULOUX *in* « Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues ! La boîte à outils du livre VI est performante », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} juillet 2012, n° 4, p. 206.

⁶ À ce sujet, voir E. BROCARD *in* « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *Petites affiches*, 11 mai 2011, n° 93, p. 4 et T. MASSART *in* « Panorama de l'environnement juridique de la restructuration », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2010, n° 54.

⁷ Phénomène d'abord révélé par la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005, améliorée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté mais aussi par l'œuvre de la jurisprudence, puis largement accentué par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014

Comment serait-il dès lors possible d'isoler ces procédures, inscrites et ancrées plus que jamais dans les réalités du monde des affaires ?

Le droit des entreprises en difficulté se révèle être en effet une matière à la croisée des chemins et à l'épicentre des autres disciplines du droit⁸. Loin d'être isolée, d'être une pure matière de spécialistes⁹, elle est au contraire un lieu de rencontre privilégiée de toutes les branches du droit, en perpétuelle interaction avec les autres disciplines qu'elle ne peut pas et qu'elle ne doit pas ignorer, au regard des nouvelles finalités et objectifs qui lui sont assignés¹⁰. Une matière aux enjeux des plus délicats¹¹, qui certes a dû se confronter et s'adapter aux autres branches du droit par la mise en place d'outils permettant leur reconnaissance nécessaire¹²; mais une matière qui est surtout venue leur porter atteinte, les altérer, leur imposer toute sa suprématie au nom des impérieux besoins de la restructuration des entreprises en difficulté¹³.

Le droit offre aux entreprises en difficulté une palette d'outils de traitement, tantôt amiables, confidentiels et anticipés¹⁴, tantôt judiciaires¹⁵, mise au service de leur restructuration¹⁶. Le droit français demeure en cela un droit des plus volontaristes mettant en œuvre des moyens très ambitieux au service du sauvetage de l'entreprise qui connaît des difficultés¹⁷. Celle-ci peut tout aussi bien faire le choix d'une négociation de sa restructuration avec ses créanciers dans un cadre amiable qui offre l'avantage de la discrétion ou alors recourir à une procédure collective, cadre propice à la paralysie des poursuites des créanciers, et, si elle est non liquidative, véritable période de répit favorable, à dessein d'élaborer un plan de continuation de l'activité¹⁸. Le droit français crée ainsi, *via* son corpus de règles du Livre VI du Code de

portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives et, récemment, par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁸ Voir en ce sens, F. PEROCHON *in Entreprises en difficulté*, 9^{ème} édition, LGDJ, collection « Manuel », 2012.

⁹ Avec sa « discipline », à l'instar de celle qu'elle inflige et impose aux créanciers du débiteur en difficulté.

¹⁰ Voir J. VALLANSAN *in Difficultés des entreprises*, 6^{ème} édition, LexisNexis, collection « Litec Professionnels », 2012.

¹¹ Tel que celui de mettre en place des dispositifs de restructuration qui se veulent efficaces sans pour autant ruiner le crédit de l'entreprise. A ce sujet, voir par exemple C. DELATTRE et E. ETIENNE-MARTIN *in* « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », *in* 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives, *Revue des procédures collectives*, mars-avril 2014, n° 15, p. 37.

¹² Voir par exemple, V. LEGRAND *in EIRL*, Edition Delmas, 2011.

¹³ Voir en ce sens, E. BROCARD *in* « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *Petites affiches*, 11 mai 2011, n° 93, p. 4 et P. PEYRAMAURE *in* « Vers un droit de la restructuration des entreprises en difficulté », *Petites affiches*, 17 février 2006, n° 35, p. 36.

¹⁴ Voir H. CROZE *in* « Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation », *Procédures*, 2005, Étude 12, n° 9.

¹⁵ Voir notamment P. ROUSSEL-GALLE *in* « La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, 2437.

¹⁶ Voir R. BONHOMME et F. PEROCHON *in Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, collection Manuels, 9^{ème} édition, 2011.

¹⁷ Voir notamment G. COUTURIER *in* « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *Bulletin Joly*, 2008, 142.

¹⁸ Voir D. VOINOT *in Procédures collectives*, Montchrestien, collection « Cours », 2011.

commerce, un environnement des plus privilégiés pour surmonter la crise et asseoir la restructuration des entreprises. Mais cette ambition, largement dépendante de la pérennité de ce cadre d'exception, fait bien souvent fi des autres branches du droit¹⁹. Car tenir un propos introductif sur la nécessité d'une altération du droit pour les besoins de la restructuration des entreprises, c'est mettre en exergue tout l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté et évoquer sans conteste un conflit de normes (au vainqueur tout désigné), une dynamique d'interférence entre les matières : c'est faire le constat des altérations nécessaires des lois à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté²⁰. Mais quelle finalité de ces « altérations nécessaires » ? Au nom de quelle quête aussi vaillante soit-elle va-t-on volontairement et activement porter atteinte à la substance même des autres normes du droit ? Au nom des besoins de la restructuration des entreprises en difficulté²¹.

Le droit français des entreprises en difficulté est un droit en perpétuel mouvement et les innombrables réformes de ces dernières années en attestent²². Dans sa nouvelle démarche de traitement des défaillances et de restructuration des entreprises, il se veut être un « droit spécial » presque, « exorbitant de droit commun »²³. A l'épreuve de ce droit impérieux aux règles procédurales propres et aux ambitions dévoilées, les autres branches du droit sont limitées subissant une altération inévitable, presque « passive » : un véritable sacrifice de ces droits sur l'autel de la nécessaire restructuration des entreprises²⁴. Mais où donc placer le curseur ? Jusqu'où le droit français peut-il aller au nom de la nécessaire restructuration des entreprises en difficulté ? Quelles sont les frontières de ce principe de subsidiarité du droit par rapport aux procédures collectives ? Le droit national collectiviste, très volontariste, a placé la barre très haute, au nom de ses impératifs de restructuration et de sauvetage des entreprises²⁵. La suprématie ainsi que l'impérialisme des règles du Livre VI du Code de commerce sont les maîtres mots et le droit des entreprises en difficulté se présente comme un droit perturbateur : un véritable banc d'essai pour tester l'efficacité de

¹⁹ Voir M-L.COQUELET in *Entreprises en difficulté*, Dalloz, Collection Hyper Cours, 4^{ème} édition, 2011.

²⁰ En ce sens, voir T. MONTERAN in « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse des intérêts contraires », *Gazette du Palais*, 26/06/2008, n° 178, p. 27.

²¹ Voir en ce sens, G. TEBoul in « Le conflit d'intérêts dans les entreprises en difficulté », *Gazette du Palais*, 8 décembre 2011, n° 342, p. 14.

²² Voir en ce sens, G. TEBoul in « Vers une nouvelle réforme de la prévention des difficultés des entreprises ? Sans cesse sur le métier, remettez votre ouvrage... », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} mars 2013, n° 2, p. 117.

²³ Voir en ce sens, A. JACQUEMONT in *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7^{ème} édition, 2011.

²⁴ Cet objectif de restructuration est au fondement même de l'altération des autres branches du droit. Il la légitimise. En ce sens, F-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

²⁵ Voir P. PETEL in *Procédures collectives*, 8^{ème} édition, Dalloz, collection « Cours », 2014.

tel ou tel mécanisme juridique²⁶. Et les exemples sont nombreux pour illustrer cette altération nécessaire du droit pour les besoins de la restructuration des entreprises.

Le droit des régimes matrimoniaux tout d'abord est mis à rude épreuve à l'aune d'une procédure collective²⁷. C'est là toute la problématique de l'appropriation des biens du conjoint du chef d'entreprise et de l'enjeu réel que constitue le choix d'un régime matrimonial efficace à l'épreuve d'une procédure collective²⁸. Les biens communs faisant partie du gage des créanciers de la collectivité saisissante²⁹, c'est-à-dire entrant dans le périmètre de l'effet réel de la procédure collective³⁰, à l'épreuve d'une procédure liquidative, l'époux *in bonis* commun en bien est dès lors dessaisi de ses droits sur ces biens et ses créanciers devront déclarer leur créance à la procédure et subir de plein fouet sa discipline collective³¹. L'intérêt de la famille cède le pas à celui de l'entreprise en difficulté et à ses besoins de restructuration³².

Dans une même perspective, le droit des biens est également largement malmené par le droit des entreprises en difficulté³³. La règle du dessaisissement du débiteur sur ses biens est commune à l'ensemble des procédures collectives à des degrés d'intensité

²⁶ Voir à ce sujet, C. SAINT-ALARY-HOUIN in *Le droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, Précis Domat, 9^{ème} édition, 2014 ainsi que M. JEANTIN et P. LE CANNU in *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 8^{ème} édition, Dalloz, collection « Précis », 2010.

²⁷ Voir P. RUBELLIN in « Régimes matrimoniaux et procédure collective », thèse, Strasbourg III, 1999.

²⁸ A ce sujet, voir F. VAUVILLE in « Le régime matrimonial à l'épreuve des procédures collectives », *Gazette du Palais*, 11 décembre 2008, n° 346, p. 29.

²⁹ Voir à ce sujet, J-P. SENECHAL in « L'affectation de biens communs ou indivis », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} mars 2011, n°1, p.62 et M-P. DUMONT-LEFRAND in « Biens communs : caractère absolu du principe du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Revue des procédures collectives*, 1^{er} mars 2009, n° 2, p. 44 et suivants.

³⁰ L'effet de saisie réelle est l'appréhension par la procédure de l'ensemble des biens qui composent le patrimoine du débiteur à la date du jugement d'ouverture. Voir J-L. VALLENS in « Effet réel de la procédure à l'égard du patrimoine du débiteur », Etude n° 4330, in *Lamy Droit Commercial*, 2012.

³¹ Voir B. BEIGNIER in Note sous Cass.com., 4 octobre 2005, n° 04-12610, « Administration des biens communs dans une liquidation judiciaire prononcée à l'encontre d'un des époux », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°6, 9 Février 2006, p.1243 ; S. BENLISI in Note sous Cass.com., 22 mai 2012, n° 11-17391, « Sort des biens communs dans la liquidation judiciaire d'un époux », *Gazette du Palais*, 8 novembre 2012, n° 313, p. 14 ; P. ROUSSEL-GALLE in Note sous Cass.com., 10 juillet 2014, n° 14-10100, « Vente des biens communs et droit de propriété du conjoint *in bonis* », *Revue des sociétés*, 1^{er} septembre 2014, n° 9, p. 529 ; P. RUBELLIN in Note sous Cass.com., 28 avril 2009, n° 08-10368, « Irrecevabilité de la tierce opposition du conjoint *in bonis* contre une décision judiciaire relative aux biens communs », *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 1^{er} juin 2009, n° 3, p. 5 ; F-X. LUCAS in Note sous Cass.com., 16 mars 2010, n° 0813147, « Conséquences de l'effet réel de la procédure collective en cas de liquidations judiciaires successives », *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 1^{er} mai 2010, n° 5, p. 1 et M. SENECHAL in Note sous Cass.com., 16 novembre 2010, n° 0968459, « Biens communs, les salaires du conjoint du débiteur sont dans l'actif de la liquidation judiciaire », *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 1^{er} janvier 2011, n° 1, p. 4.

³² En ce sens, voir H. LECUYER in « Entreprise et famille », *Gazette du Palais*, 19 mai 2011, n° 139, p. 51.

³³ Voir N. REBOUL-MAUPIN in *Droit des biens*, Dalloz, Collection Hypercours, 5^{ème} édition, 2014.

différentes³⁴. Elle innerve la matière et est le corolaire de l'effet réel de la procédure³⁵. Si en sauvegarde, la répartition des pouvoirs entre l'administrateur judiciaire et le débiteur s'étend d'une surveillance à une cogestion³⁶ ; en redressement judiciaire, d'une cogestion à une représentation³⁷ ; en liquidation judiciaire, le débiteur en difficulté est entièrement dessaisi de ses droits sur son patrimoine, gage commun des créanciers de la collectivité saisissante³⁸.

Le droit du travail est aussi un cas bien avéré de droit altéré pour les besoins de la restructuration des entreprises³⁹. Le droit des entreprises en difficulté est un droit plus que jamais ancré dans les réalités économiques et sociales du monde du travail⁴⁰. Les salariés sont, dans le cadre d'une procédure collective, des créanciers tout particuliers⁴¹. Ils n'ont pas à déclarer leur créance salariale à la procédure et sont associés à celle-ci grâce à la nomination d'un représentant des salariés entendu par le tribunal dès l'ouverture de la procédure (et tenu informé durant tout son long)⁴². Ils bénéficient également de l'AGS (le régime de garantie des salaires), mis en œuvre exclusivement dans le cadre d'une procédure collective⁴³ à l'instar d'un super privilège des salaires qui couvre les 60 derniers jours de travail effectués avant le jugement d'ouverture⁴⁴. La règle en matière de licenciement diffère quant à elle selon les procédures⁴⁵. Si en procédure de sauvegarde, le chef d'entreprise doit respecter la procédure de licenciement économique telle qu'elle est prévue par le Code du travail⁴⁶, en redressement judiciaire en revanche, les licenciements

³⁴ Voir J-L. VALLENS in « Dessaisissement du débiteur », Etude n°4338, in *Lamy Droit Commercial*, 2012.

³⁵ En ce sens, voir F-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

³⁶ Comme en dispose l'article L.622-1, II du Code de commerce.

³⁷ Comme en dispose l'article L.631-12 alinéa 2 du Code de commerce.

³⁸ Conformément aux dispositions de l'article L.641-9 du Code de commerce. Voir C. BOILLOT in « Portée du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Petites affiches*, 27 juin 2012, n° 128, p. 14 ; C. LEGUEVAQUES in « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E Semaine Juridique*, 31 mai 2012, n°22, p.14 et suivants ; J. THERON in « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Revue des procédures collectives*, 1^{er} janvier 2013, n° 1, dossier 3, p. 58-63 et B. THULLIER in « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Revue des procédures collectives*, 1^{er} mai 2012, n° 3, p. 80 et suivants.

³⁹ A ce sujet, voir H. FREMONT in « Droit du travail et procédure collective : une réforme impossible ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 123.

⁴⁰ Voir A. DONNETTE in « Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 3.

⁴¹ Voir C. JOTTREAU in « Le sort de la relation de travail dans les entreprises en difficulté », *LexisNexis*, collection Thèses, Janvier 2016.

⁴² Voir G. DEDESSUS LE-MOUSTIER in « Les fonctions supplétives du représentant des salariés dans le cadre de la procédure collective », *EDED*, 2 mai 2013, n° 5, p. 7.

⁴³ Voir F-X. LUCAS in « Quarante années de prise en charge des créances salariales dans les procédures collectives », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 6, p. 409.

⁴⁴ Voir à ce sujet, C. CALOMILI in « L'efficacité du superprivilège des salaires », *Petites affiches*, 11 février 2011, n° 30, p. 20.

⁴⁵ Voir P. BAILLY in « Les licenciements et les procédures collectives », *Gazette du Palais*, 8 novembre 2008, n° 313, p. 3.

⁴⁶ Il ne faudrait pas en effet qu'un débiteur se place en sauvegarde afin de bénéficier des avantages liés à l'interdiction des paiements et qu'il puisse également licencier ses salariés au détriment de leurs droits.

sont admis par le juge commissaire quand ils sont « urgents, inévitables et indispensables »⁴⁷. La procédure de liquidation judiciaire est la plus à même à justifier des licenciements, le principe étant la cessation d'activité⁴⁸.

Il en est de même en matière de droit des sociétés. Le droit des entreprises en difficulté modèle le droit des sociétés pour la sauvegarde de l'entreprise sociétaire, voire le maintient pleinement lorsque ses dispositions servent ses objectifs⁴⁹. Les cessions de droits sociaux, les augmentations et les réductions du capital, les fusions et scissions sont ainsi instrumentalisées. Lorsque celles-ci s'avèrent insuffisantes, les techniques propres au droit des entreprises en difficulté prennent le relais pour permettre la réorganisation économique de l'entreprise sociétaire ou sa restructuration financière. Les relations entre le droit des sociétés et le droit des entreprises en difficulté se résument très classiquement à des conflits pouvant être résolus en faisant prévaloir le « droit spécial » des entreprises en difficulté sur le « droit commun » des sociétés, même si leurs relations en droit positif s'avèrent bien plus subtiles et plus complexes⁵⁰. Une synergie existe entre ces deux matières lors du règlement à l'amiable des difficultés, tandis qu'une véritable soumission du droit des sociétés au droit des entreprises en difficulté peut être constatée lors du règlement judiciaire des difficultés⁵¹. La théorie de l'écran de la personne morale, immatriculée au registre du commerce et des sociétés, dotée d'un patrimoine propre, seul gage des créanciers sociaux, permettant ainsi de protéger le patrimoine personnel des associés et du dirigeant, s'efface à plusieurs reprises à l'épreuve des règles du Livre VI du Code de commerce⁵². A l'occasion d'une extension de procédure collective pour confusion des patrimoines⁵³, la procédure collective ouverte à l'encontre d'une société est étendue à une autre : les actifs et les passifs des deux sociétés sont soumis à une seule et unique procédure, les personnes morales s'effaçant presque au profit des impératifs de la procédure⁵⁴. Egalement, à l'occasion d'une procédure liquidative, le dirigeant ayant commis la faute de gestion à l'origine de l'insuffisance d'actif, s'oblige à acquitter le montant des créances sociales impayées⁵⁵.

⁴⁷ Conformément aux dispositions de l'article L.631-17 du Code de commerce.

⁴⁸ Voir C. BERLAUD in « Licenciements économiques et liquidation judiciaire », *Gazette du Palais*, 12 avril 2016, n° 14, p. 41.

⁴⁹ Voir L.-C. HENRY in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *Petites affiches*, 15 juin 2001, n° 119, p. 4.

⁵⁰ Voir G. COUTURIER in « Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté », *LGDJ*, coll. Thèses, Juillet 2013.

⁵¹ Voir F.-X. LUCAS in « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} juin 2014, n° 6, p. 403.

⁵² Voir F.-X. LUCAS in « Les associés et la procédure collective », *Petites affiches*, 9 janvier 2002, n° 7, p. 7.

⁵³ Voir en ce sens, l'article L.621-2 du Code de commerce.

⁵⁴ Voir F.-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

⁵⁵ Voir M.-H. MONSERIE-BON in « Paiement du passif social par le dirigeant : passage obligé par la responsabilité pour insuffisance d'actif », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mai 2017, n° 5, p. 336.

Par ailleurs, l'altération des droits des créanciers est au fondement même de toute la mécanique des procédures collectives⁵⁶. La procédure collective, qui est une vaste saisie collective, porte traditionnellement atteinte au droit des procédures civiles d'exécution de droit commun et met en place une véritable discipline collective⁵⁷. Son ouverture entraîne l'arrêt et l'interdiction des poursuites individuelles⁵⁸. Les actions en cours sont arrêtées et les actions en paiement et en résolution pour non paiement non encore exercées sont interdites. Il en est de même pour les voies d'exécution, et ce, quel que soit leur état d'avancement. Grâce à ce principe, toutes les actions sont concentrées entre les mains du mandataire judiciaire et la période d'observation peut jouer tout son rôle en permettant au débiteur de reconstituer sa trésorerie pendant que les organes de la procédure préparent un plan de restructuration. L'arrêt des poursuites est une règle qui s'impose aux créanciers, à l'instar de son corollaire, s'imposant au débiteur, le principe d'interdiction des paiements⁵⁹. Le droit des créanciers s'exprimant collectivement, une fois la créance déclarée, c'est collectivement que le traitement s'effectuera, dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement ou encore d'une liquidation judiciaire⁶⁰.

L'atteinte à la force obligatoire des contrats et à la liberté contractuelle est également monnaie courante en droit des entreprises en difficulté⁶¹ et les exemples sont nombreux. Parmi eux, la poursuite des contrats en cours à la date du jugement d'ouverture⁶² ; la cession judiciaire des contrats à l'occasion d'une offre de reprise d'une entreprise en liquidation judiciaire⁶³ ; les

⁵⁶ En ce sens, voir C. LEGUEVAQUES in « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? », *Petites affiches*, 17 février 2006, n° 35, p. 63.

⁵⁷ Voir notamment P.-M. LE CORRE in « L'intérêt collectif est-il l'intérêt de tous les créanciers ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 3, p. 214.

⁵⁸ Ce principe de l'arrêt des poursuites individuelles résulte des dispositions de l'article L.622-21 du Code de commerce, auxquels renvoient les articles L.631-14 pour le redressement judiciaire et L.641-3 pour la liquidation judiciaire. Seules les actions personnelles contre les tiers échappent à la règle de l'arrêt des poursuites.

⁵⁹ La règle de l'arrêt des poursuites individuelles trouve son corollaire dans celle de l'interdiction des paiements énoncée à l'article L.622-7 du Code de commerce.

⁶⁰ Voir A. JACQUEMONT in *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} édition, Litec, 2013.

⁶¹ A ce sujet, voir A. DIESBECQ in « La force du contrat confrontée au droit des entreprises en difficulté », *Gazette du Palais*, 19 décembre 2015, n° 353, p. 8.

⁶² Conformément aux dispositions de l'article L.622-13 du Code de commerce. L'option sur la continuation des contrats en cours à la charge de l'administrateur judiciaire fait exception au principe de libre continuation. Cette option, qui aboutit à la continuation ou à la non continuation du contrat à la demande de l'organe de la procédure, constitue clairement une atteinte à la force obligatoire des contrats.

⁶³ La cession judiciaire des contrats à l'occasion d'une offre de reprise d'une entreprise en liquidation judiciaire est une atteinte au droit des contrats. L'article L.642-7 alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit qu'en arrêtant le plan de cession, « le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité ». Ces contrats seront cédés judiciairement. Dans notre droit positif, c'est un cas unique de cession judiciaire de contrat ! Le cocontractant était lié par un contrat au débiteur. Par la décision du tribunal, sur la suggestion du repreneur contenue dans son offre de cession, le cocontractant se trouve lié au repreneur, au titre de ce même contrat.

nullités de la période suspecte⁶⁴ et la sanction de l'inopposabilité à la procédure de la créance non déclarée⁶⁵. La règle de la non reprise des poursuites individuelles à la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif⁶⁶ fait en outre véritablement office d'un droit de ne pas payer ses dettes⁶⁷ et l'exigibilité des créances au jour de l'ouverture d'une liquidation judiciaire est une atteinte à la règle selon laquelle nul ne peut contraindre le débiteur à renoncer au bénéfice du terme⁶⁸. Enfin, tous les délais de paiement, les remises de dettes et les abandons de sûretés accordés au moment de l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁶⁹ attestent de cette indubitable atteinte à la force obligatoire des contrats.

Last but not least, le droit des sûretés est la discipline sans conteste la plus mise à l'épreuve par le droit des entreprises en difficulté⁷⁰. Les règles de droit des sûretés ont vocation à s'appliquer au jour de l'ouverture d'une procédure collective puisque les sûretés

⁶⁴ La période suspecte est celle qui s'étend de la date de cessation des paiements (fixée par le tribunal qui ouvre la procédure) à la date du jugement d'ouverture de la procédure. On qualifie ce laps de temps de période « suspecte » car, par hypothèse, le débiteur en état de cessation des paiements (son passif exigible est supérieur à son actif disponible (voir en ce sens l'article L.631-1 du Code de commerce)) a réussi pendant toute cette période à éviter l'ouverture d'une procédure collective. On soupçonne dès lors certaines personnes d'avoir aidé le débiteur à ne pas déposer le bilan ou alors, le débiteur lui-même d'avoir organisé volontairement son insolvabilité, la pénurie de son gage commune à l'aube de l'ouverture d'une procédure. Dès lors, des nullités de droit (voir l'article L.632-1, I du Code de commerce) et des nullités facultatives (voir les articles L.632-1, II et L.632-2 du Code de commerce) des actes passés en période suspecte qui ont pour principal effet d'annuler des conventions, des paiements, des sûretés, des mesures conservatoires, mis en place antérieurement au jugement d'ouverture.

⁶⁵ Une créance non déclarée dans le délai imparti et ne bénéficiant pas d'un relevé de forclusion, sera inopposable à la procédure collective et le créancier ne bénéficiera pas des distributions faites dans le cadre de celle-ci. Cette déclaration de créance est l'étape nécessaire pour le créancier qui souhaite être payé. A défaut, l'obligation du débiteur née d'un contrat antérieur au jugement d'ouverture est comme ignorée par le droit de entreprises en difficulté. En ce sens, voir l'article L.622-26 du Code de commerce ; Cass.com., 3 novembre 2010, n° 09-70312 et F-X. LUCAS *in* Note sous Cass.com., 3 mai 2011, n° 10-16758, « Impossibilité de compenser une créance non déclarée », *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 5 juin 2011, n° 6, p. 1.

⁶⁶ Comme en dispose l'article L.643-11 du Code de commerce.

⁶⁷ Comme l'affirmait le doyen G. RIPERT *in* « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH*, 1936, Chronique 57. Les créanciers impayés, soumis à l'interdiction des poursuites individuelles, ne pourront reprendre leurs poursuites individuelles contre le débiteur après la clôture pour insuffisance d'actif. Cette règle est destinée à faciliter le rebond du débiteur. Même si l'interdiction des poursuites contre le débiteur redevenu *in bonis* n'équivaut pas à une extinction de la créance, cette règle de l'article L. 643-11 du Code de commerce porte largement atteinte à la force obligatoire des contrats.

⁶⁸ Voir à ce sujet, C. SAINT-ALARY-HOUIN *in* *Le droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, Précis Domat, 9^{ème} édition, 2014.

⁶⁹ Déjà, antérieurement à l'ouverture de la procédure, un accord de conciliation (homologué ou non) a pu prévoir des délais de paiements, remises de dettes ou abandons de sûretés. L'inexécution de l'accord menant le plus souvent à l'ouverture ultérieure d'une procédure collective. En présence d'un comité de créanciers, les minoritaires sont soumis à la décision de la majorité. En l'absence de comité de créanciers, le tribunal de commerce peut imposer aux créanciers réfractaires des délais uniformes de paiements qui ne peuvent excéder la durée d'exécution du plan.

⁷⁰ Voir en ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, et P. PETEL *in* *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} édition ainsi que M. FARGE et O. GOUT *in* « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *Revue Lamy Droit Civil*, 2009, n° 58.

n'existent que pour garantir la défaillance d'un cocontractant⁷¹. Pourtant, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles déjà énoncée⁷², vient faire perdre toute leur efficacité aux sûretés réelles dites « classiques »⁷³, les propriétés-sûretés étant quant à elles, par exception, non soumises à la suspension des poursuites, en raison d'un droit réel exclusif qu'elles confèrent à leur titulaire et du fait que le bien est sorti du patrimoine du débiteur⁷⁴. Ces sûretés qui se veulent être « efficaces » à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté, qui résistent à la procédure collective⁷⁵, telle que la « reine » d'entre elles, la fiducie-sûreté⁷⁶, mais aussi la clause de réserve de propriété⁷⁷ ou encore la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly⁷⁸, trouvent cependant leur limite⁷⁹. Quant aux sûretés personnelles, là aussi, le droit des entreprises en difficulté vient porter atteinte aux contrats de cautionnement, de garantie autonome ou de sûreté réelle pour autrui⁸⁰.

⁷¹ Voir D. LEGAIS in « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Petites affiches*, 11 février 2011, n° 30, p.27 et in « Le droit des sûretés à la recherche de repères ? », *Revue de Droit bancaire et financier*, Mars 2012, n°2, repère 2. Egalement, voir P. CROCQ in « Les incidences de la réforme du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés », *Revue Lamy Droit Civil*, 2014, n° 121.

⁷² Cf. *Supra*.

⁷³ Tels que le gage de biens meubles corporels, le nantissement de biens meubles incorporels ou l'hypothèque immobilière. Voir à ce sujet, P. DUPICHOT in « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *Petites affiches*, 16 avril 2010, n° 76, p. 7.

⁷⁴ L'interdiction des poursuites ne concernant que les biens de l'actif réalisable de la procédure. Voir P. ROUSSEL-GALLE in « Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 1^{er} septembre 2014, n°5, p.74-77.

⁷⁵ Voir L. BOUGEROL-PRUD'HOMME in « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 1^{er} septembre 2014, n° 5, p. 67-70.

⁷⁶ Voir les articles 2372-1 à 2372-5 du Code civil. Voir en outre, M. COMBE in « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *Petites affiches*, 11 février 2011, n° 30, p. 8.

⁷⁷ Énoncée à l'article 2367 du Code civil. Voir D. VOINOT in « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés », *Petites affiches*, 27 mars 2008, n° 63, p.43890.

⁷⁸ Voir l'article L.313-23 du Code monétaire et financier. Voir L. AYNES in « Cession "Dailly" et procédures collectives », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} juillet 2013, n°227, p. 96.

⁷⁹ Lorsque le bien affecté en garantie du paiement de la dette est un bien nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. Voir M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, et P. PETEL in *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} édition.

⁸⁰ Les actions contre les garants personnes physiques étant, dans certaines hypothèses, paralysées au sens de L. 622-28 alinéa 2 du Code de commerce. Voir à ce sujet, P. DUPICHOT in « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles », *Petites affiches*, 14 avril 2010, n° 74, p. 3.

