

Thomas ANDRIEU

Directeur des affaires civiles et du Sceau, ministère de la Justice

De la mise en œuvre de la loi *PACTE* à la réforme du tarif, l'actualité des AJMJ est riche. L'adoption de la directive européenne *Restructuration et insolvabilité* va entraîner une refonte majeure du droit de l'insolvabilité. Or, si le volet « prévention » de la directive est largement inspiré du modèle français et si la directive protège l'existence de professionnels spécialisés, l'instauration de classes de créanciers et le principe de l'application forcée interclasse, qui permet sous certaines conditions de passer outre le vote négatif d'une ou plusieurs classes de créanciers, pourraient bousculer les habitudes. Dans ce contexte, le directeur des affaires civiles et du Sceau a rappelé la confiance du gouvernement envers les AJ et les MJ et les a invités à s'impliquer dans l'élaboration de la réforme.

C'est un honneur d'être accueilli pour la troisième fois parmi vous aux journées de La Colle-sur-Loup, auxquelles la chancellerie participe avec un intérêt chaque fois renouvelé. Votre congrès fête cette année ses 20 ans. Il s'agit d'un événement et l'occasion de saluer à nouveau le professionnalisme et la convivialité qui le caractérisent.

La garde des Sceaux me charge de vous transmettre ses pensées amicales. Elle vous prie de bien vouloir excuser son absence aujourd'hui.

Il m'a été demandé d'intervenir en introduction de vos travaux : j'évoquerai plusieurs sujets d'actualité, actualité particulièrement riche dans les 2 années à venir.

L'actualité c'est bien sûr d'abord la loi *PACTE*, loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, publiée il y a très exactement 3 semaines au *Journal officiel*. Cette loi concerne à bien des égards vos professions et votre pratique.

Je tiens à en rappeler les principales dispositions qui vous concernent. Je ne serai pas exhaustif puisqu'un atelier de votre congrès y sera consacré.

La section 3 du chapitre 1^{er} de la loi *PACTE* a pour objectif de « faciliter le rebond des entrepreneurs et des entreprises ».

De quelles mesures parle-t-on ? En voici les principales.

La première mesure est sans doute l'examen systématique des conditions du rétablissement professionnel par le tribunal saisi d'une demande de liquidation judiciaire, d'une demande de résolution du plan ou encore de redressement judiciaire. L'ouverture de cette procédure doit favoriser la poursuite d'activité des « petits » entrepreneurs en difficultés financières et leur donner ainsi, par l'effacement de leur dette, une seconde chance.

Votre rôle sera évidemment de promouvoir ce dispositif, qui répond à des nécessités de maîtrise des coûts et de maîtrise du temps, et de le faire vivre de la meilleure manière.

La deuxième mesure traite de la liquidation judiciaire simplifiée. La liquidation judiciaire simplifiée fait l'objet d'un rehaussement des seuils en deçà

desquels la procédure de liquidation judiciaire simplifiée obligatoire s'applique afin qu'un plus grand nombre de petites entreprises, n'employant pas plus de cinq salariés, réalisant un chiffre d'affaires hors taxe de 750 000 € maximum et ne détenant aucun bien immobilier, puissent bénéficier d'une procédure de liquidation judiciaire rapide et simplifiée.

Est ainsi rendue en principe obligatoire la liquidation judiciaire simplifiée sur la base des actuels seuils de la liquidation judiciaire simplifiée facultative.

La troisième mesure que je souhaite souligner est le fait de réputer non écrites les clauses imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant en cas de reprise d'entreprise en plan de cession.

Ces clauses dites de « garantie inversée » constituent un obstacle à la reprise de l'entreprise en difficulté en renchérissant parfois très fortement le prix de cession. La loi *PACTE* entend faciliter ici la poursuite de l'activité de l'entreprise et, ce faisant, des emplois liés. Elle répond ainsi à des difficultés relayées par les praticiens.

La loi *PACTE* comprend également, comme vous le savez, deux autres articles, habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnance, particulièrement importants. L'article 196 de la loi *PACTE*, tout d'abord, habilite le gouvernement à transposer la directive *Restructuration et insolvabilité* qui vient d'être définitivement adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 6 juin dernier après l'avoir été par le Parlement européen le 28 mars 2019.

Que prévoit la directive ?

La directive contient trois thématiques essentielles :

- les cadres de restructuration préventive (titre II) ;
- la remise de dettes et les déchéances (titre III) ;
- les mesures destinées à améliorer l'efficacité des procédures (titre IV).

L'objectif de cette réforme est triple :

- définir les nouveaux équilibres du futur droit des entreprises en difficulté et en particulier de la restructuration préventive ;
- améliorer la lisibilité et l'intelligibilité du droit des entreprises en difficulté, dans un souci de sécurité juridique et d'attractivité du droit français ;

- renforcer l'efficacité de ce droit, tout en garantissant l'équilibre entre les intérêts en présence, conformément au texte de compromis adopté.

C'est ce nouvel équilibre que nous construirons ensemble. Il exigera des échanges et de la concertation avec votre conseil national, comme nous l'avons commencé en 2017 en vous associant à notre groupe de travail sur la proposition de directive. Il est également essentiel que chacun d'entre vous participe au débat sur la transposition de la directive.

La directive comprend un socle commun qui sera transposé dans tous les États membres.

Une partie de ce socle est déjà connue de vous tous : il s'agit notamment des outils d'alerte précoce, de l'instauration d'au moins une procédure préventive, du principe de la suspension des poursuites individuelles après l'ouverture de la procédure. Sur ce point, la directive s'inspire clairement du modèle français.

Une autre partie de ce socle est beaucoup plus nouvelle avec en particulier l'instauration de classes de créanciers et le principe de l'application forcée inter-classe ou *cross-class cram down*, qui permet sous certaines conditions de passer outre le vote négatif d'une ou plusieurs classes de créanciers et de leur imposer ainsi un plan de restructuration voté par les autres créanciers.

Comment ne pas rappeler également, au titre de ce socle commun, l'exigence posée par la directive relative à l'intervention de professionnels qualifiés ?

Les articles 26 et 27 de la directive traitent de la nécessaire intervention de professionnels de l'insolvabilité (des « praticiens dans les procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes ») qualifiés. La directive ne remet donc aucunement en question le modèle français de vos professions. Au contraire, le texte met l'accent sur la nécessaire compétence, indépendance et impartialité des professionnels amenés à intervenir. Le droit français, vos professions, répondent parfaitement à ces exigences.

À côté de ce socle commun, la directive comporte de nombreuses options de transposition. Ces options sont fondamentales et il est essentiel que chacun y réfléchisse et se positionne à leur sujet.

Pour cette raison, la direction des affaires civiles et du Sceau (DACS) vient de lancer une consultation publique sur le site du ministère de la Justice pour préparer cette transposition, consultation ouverte au plus grand nombre et à laquelle tout praticien intéressé peut directement répondre.

Cette consultation met en avant toutes les options de transposition offertes par le texte européen. Or il y en a beaucoup, plus de 30 si l'on prend la peine de les compter !

En voici quelques illustrations :

- Comment définir ou apprécier la notion de probabilité d'insolvabilité ?
- Faut-il exclure certaines catégories de créances du champ d'application de la directive ?
- La suspension des poursuites individuelles prévue en cas d'ouverture du cadre de restructuration préventive doit-elle être automatique ou décidée au cas par cas par le tribunal ?
- À partir de quels critères convient-il de définir les classes de créanciers ? Quelle application aux PME du système des classes de créanciers ?

Ces options sont présentées dans le questionnaire préparé par la DACS auquel nous vous invitons à répondre. Comme vous pourrez le constater à la lecture de ce questionnaire, le droit des entreprises en difficulté, votre matière, est potentiellement bouleversé. Il est donc primordial que chacun d'entre vous s'approprie rapidement le texte de la directive afin de se faire sa propre idée du champ des possibles offert par la directive, pour contribuer à construire le droit de demain au regard des différentes options de transpositions proposées.

Le texte de la directive traduit en version française est d'ores et déjà disponible sur le site du ministère de la Justice, avec la consultation ouverte.

Les travaux de transposition de la directive *Restructuration et insolvabilité* devront également être articulés avec la seconde habilitation évoquée, également essentielle. Celle-ci est ouverte à l'article 60 de la loi *PACTE* et porte sur la réforme du droit des sûretés.

Elle a été conçue afin de compléter et d'ajuster la réforme intervenue par ordonnance en 2006.

Des propositions nous ont été remises par la mission dirigée par M. le professeur Michel Grimaldi et l'association Henri Capitant, que je remercie. D'autres propositions, directement en prise avec les sûretés commerciales et la question de l'articulation entre les procédures collectives et les sûretés, sont venues les compléter. La chancellerie a souhaité s'attaquer directement à cette articulation, pour plus de clarté, de sécurité juridique et d'efficacité de nos procédures.

Réformer le droit des sûretés sans prendre en compte l'articulation du droit des sûretés avec le droit des procédures collectives ne reviendrait, en effet, à traiter qu'une partie des questions. La question de l'efficacité de la sûreté pour permettre au créancier de recouvrer sa créance se pose avant tout lorsque le débiteur est en difficulté et, bien souvent, en procédure collective.

La réforme répond ainsi à un double objectif :

- d'une part, une clarification et une simplification du droit des sûretés, dans une logique de sécurité juridique – de confiance des parties et des créanciers

- dans l'efficacité de notre droit (cf. par ex. la réforme du cautionnement) ;
- d'autre part, une plus grande efficacité des sûretés, tout en veillant à un équilibre entre les intérêts en présence, ceux des créanciers titulaires ou non de sûretés et ceux des débiteurs (dont la faculté de rebond, lorsqu'il est encore envisageable, doit être préservée) et des garants. La confiance doit être partagée et cette recherche d'équilibre doit permettre d'y parvenir.
 - L'articulation entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives, plus généralement le livre VI du Code de commerce, est complexe, peut-être même un des domaines où la complexité des textes à articuler est la plus importante. La question du classement des créanciers, en fonction de leurs différentes sûretés et privilèges, pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire en constitue une parfaite illustration. Partant de ce constat, l'articulation entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives doit être clarifiée. Cet objectif de simplification est précisément inscrit dans l'habilitation du projet de loi *PACTE* et il s'agit déjà, en soi, d'un objectif de réforme ambitieux, absolument nécessaire.

Je ne peux à cet égard passer sous silence le débat qui oppose depuis quelques jours l'AGS et les mandataires judiciaires. Il ne m'appartient pas de me prononcer au fond, ici et maintenant. Mais soyez assurés que le gouvernement est vigilant. Il n'y aura de solution viable que dans le respect du droit et de l'identité de chacun. Et s'il faut réunir l'ensemble des parties à la Chancellerie dans les jours qui viennent pour discuter du superprivilège, j'y suis prêt.

La réforme du droit des sûretés implique, d'une manière générale, de prendre en considération certains équilibres, la balance des intérêts en présence, bien connue en droit français, dans un contexte économique et social qui lui est propre. La question est ici éminemment économique et politique et sera traitée dans le cadre de cette réforme avec un enjeu indéniable en matière d'attractivité du droit français.

Comment répondre justement à cet enjeu d'attractivité ?

Le président de la République a, par son initiative de la Sorbonne et son discours du 26 septembre 2017, tracé la voie en souhaitant donner « une impulsion franco-allemande » à l'Union européenne et, pourquoi pas, « se donner d'ici à 2024 l'objectif d'intégrer totalement nos marchés en appliquant les mêmes règles à nos entreprises, du droit des affaires au droit des faillites ».

Le traité d'Aix-la-Chapelle signé le 22 janvier 2019 confirme pleinement cette approche. Il comprend deux dispositions intéressant la convergence franco-allemande en droit des affaires.

L'article 2 invite les deux États à se consulter régulièrement à tous les niveaux avant les grandes échéances européennes, en cherchant à établir des positions communes, à convenir de prises de parole coordonnées de leurs ministres et à se coordonner sur la transposition du droit européen dans leur droit national.

L'article 20 (1) prévoit ensuite d'« instituer une zone économique franco-allemande dotée de règles communes » et d'œuvrer à « l'harmonisation bilatérale (des deux) législations, notamment dans le domaine du droit des affaires ».

La transposition de la directive *Restructuration et insolvabilité* constitue, pour la France et l'Allemagne, une première opportunité d'échanger afin de converger, au moins en partie et en prenant en compte les spécificités nationales existant dans cette matière, dans le cadre de la transposition. La DACS entend ici s'inscrire dans la continuité des négociations pour l'adoption de la directive et des échanges réguliers intervenus entre les délégations des deux pays pour faire aboutir l'adoption du texte européen.

Il est bien entendu essentiel que les praticiens des deux pays contribuent aussi, activement, à cette convergence. C'est en réalité déjà très largement le cas grâce aux échanges noués grâce à votre Conseil national avec les praticiens des restructurations allemands.

Au-delà, comment ne pas émettre le vœu que les classements économiques internationaux, dont le bien connu rapport *Doing Business* de la banque mondiale, prennent en compte ces évolutions du droit européen ? Ne pourraient-ils pas prendre directement en compte ce qui a fait la réussite du droit français des entreprises en difficulté, son « ADN », avec la détection – prévention des difficultés aujourd'hui reconnue, grâce à vous, comme un objectif de premier plan en Europe ?

Si l'on étudie avec attention l'indicateur *resolving insolvency* du rapport *Doing Business* de la banque mondiale, on peine pourtant à trouver mention de ces dispositifs de détection et de prévention des difficultés.

Il vous appartient aussi, praticiens et experts du droit des entreprises en difficulté, de vous faire entendre et de contribuer à exporter notre modèle y compris par-delà les frontières européennes. À ce titre, je me permets de suggérer que le Conseil national prenne l'attache des services de la banque mondiale en charge de ce classement pour contribuer directement à faire connaître notre modèle.

Ensemble nous devons construire notre droit de demain mais aussi contribuer à sa visibilité et son attractivité.

Si l'actualité est riche, je dois également rappeler quelques constantes, et surtout une que je rappelle avec plaisir. Le Conseil national sait construire le socle à partir duquel vos deux professions indissociables, qui ont connu des réformes de leur statut ces dernières années, affirment leur légitimité.

Votre légitimité, la loi vous la reconnaît à travers le mandat de justice, au cœur de l'organisation des procédures préventives et collectives, à travers une mise en concurrence interne à vos deux professions, titulaires de ce mandat, et enfin à travers l'exigence de compétence et d'indépendance que l'autorité judiciaire et, plus largement, l'ensemble de nos concitoyens ont à votre égard.

Dans le même temps, cette légitimité, vous devez l'entretenir et la renouveler en permanence, car elle n'est jamais définitivement acquise.

Je mentionnais l'année dernière la refonte de vos règles professionnelles. Cette année, une autre actualité m'invite à insister sur la place toute particulière que vous occupez dans la lutte contre la fraude au quotidien. Cette lutte est consubstantielle à votre mandat de justice et aux missions qui vous sont confiées à ce titre.

L'année prochaine, la France devrait faire l'objet d'une évaluation par le Groupe d'action financière (GAFI). Il s'agira de s'assurer de l'efficacité et de l'effectivité des mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et contre le financement du terrorisme.

Cette évaluation constitue une réelle opportunité pour vos professions de valoriser votre mission et votre réussite dans ce domaine. Les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires sont particulièrement actifs dans la transmission à TRACFIN de déclarations de soupçon avec près de 1 000 déclarations de soupçons (932) en 2017, nombre de déclarations qui se maintient à un niveau élevé ces deux dernières années. Ces déclarations de soupçons sont en outre complétées par des révélations de faits délicieux au procureur de la République.

La DACS est attentive à ce volet essentiel de votre mission et souhaite avoir un rôle encore plus actif, à côté du Conseil national, pour suivre la mise en place au sein de chaque étude de procédures internes couvrant

l'ensemble des obligations en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Comme vous le savez, chaque professionnel doit établir une cartographie des risques, dont la mise en place et l'effectivité sont vérifiées à l'occasion des contrôles ainsi que le prévoit l'arrêté du garde des Sceaux du 22 décembre 2016.

Le respect de cette obligation fait partie de vos premiers devoirs et sa mise en œuvre doit constituer un modèle pour d'autres professionnels des entreprises en difficulté qui, à l'étranger, en Europe ou pourquoi pas au-delà, pourraient venir s'inspirer de votre modèle.

Je dois enfin évoquer une dernière actualité et non des moindres. Il s'agit des tarifs des professions qui seront révisés d'ici février 2020.

La Chancellerie travaille actuellement sur le projet de décret d'application de l'article 20 de la loi de programmation pour la justice. Ce projet de décret porte en particulier sur la détermination des évolutions tarifaires à partir de l'objectif du taux de résultat cible. Nous nous y attelons avec la plus grande attention et entamons la dernière phase de rédaction. Nous allons ainsi bientôt vous l'adresser, cher Christophe, afin de recueillir vos observations. Ce projet de décret sera complété par un nouvel arrêté tarifaire sur l'évolution globale du tarif de vos professions, qui sera également adopté d'ici février 2020. À côté de ces deux textes, un autre chantier doit être ouvert avec un calendrier plus long puisqu'il sera mené en lien étroit avec la transposition de la directive *Restructuration et insolvabilité*, pour laquelle le gouvernement a reçu une habilitation de 2 ans. Ce chantier est celui de la réforme de la structure du tarif. Il s'agit de tirer toutes les conséquences nécessaires de l'évolution à venir du droit des entreprises en difficulté sur le tarif de vos professions, afin de le moderniser autant que nécessaire.

Cette réflexion d'ensemble sur la structure du tarif se fera dans la concertation et l'échange avec votre Conseil national et vous tous. La réforme du droit des entreprises en difficulté ne pourra pas être efficace si elle n'est pas accompagnée d'une réforme cohérente de cette structure du tarif de vos professions. Le défi est important mais je ne doute pas que nous y répondrons, tous ensemble, de la meilleure manière !

Je vous remercie et vous redis tant la confiance et l'amitié de la garde des Sceaux, que mon plaisir d'être parmi vous aujourd'hui.

L'évolution du passif – Les modifications du plan 117e6

Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Marie DUBOIS

Mandataire judiciaire

Patrick COUPEAUD

Juge au tribunal de commerce de Paris

Jean-Jacques SAVENIER

Administrateur judiciaire

Si le passif constitue un élément essentiel lors de l'élaboration du plan, son évolution se révèle une source de difficultés auxquelles les mandataires de justice et les juges consulaires sont fréquemment confrontés. Cet atelier a permis de faire le point sur les évolutions législatives et jurisprudentielles ainsi que sur les pratiques en ce domaine et sur la modification des plans.

L'atelier sur l'évolution du passif et la modification du plan avait pour objet de retracer, au regard de l'actualité législative et jurisprudentielle, les solutions applicables dans ces deux domaines et les répercussions sur la pratique professionnelle à partir des observations des mandataires de justice (administrateur et mandataire judiciaire) et d'un magistrat consulaire.

Or sur ces thématiques, il est apparu que la jurisprudence avait retenu, ces derniers mois, des solutions qui sont de nature à compliquer l'élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement et à conduire à des modifications de ces plans au fur et à mesure de l'admission des créances.

Ainsi après avoir abordé le passif à traiter dans les plans (I) et son évolution (II), il est apparu nécessaire d'aborder les modalités de versement des dividendes (III) avant de se pencher sur les modifications des plans de sauvegarde et redressement (IV).

I. Le passif à traiter dans les plans de sauvegarde et de redressement

De ce point de vue, il convient dans un propos préalable, de remarquer que les textes du Code de commerce ne précisent qu'indirectement les règles relatives au passif à traiter dans les plans. Ainsi, trois textes peuvent être cités, l'article L. 626-10 qui mentionne que les engagements du plan portent sur « le règlement du passif soumis à déclaration », l'article L. 626-18 indique que « le montant des annuités prévues par le plan, à compter de la 3^e, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises », enfin l'article L. 626-21 dispose que « l'inscription d'une créance au plan et l'acceptation des remises et des délais ou conversion par le créancier ne préjuge pas de l'admission définitive de la créance au passif ».

Or, un arrêt récent de la Cour de cassation permet de préciser, comme l'avaient certes déjà fait des décisions

précédentes, le mode opératoire de l'élaboration des plans.

Dans cette affaire¹, un débiteur, pour contester sa mise en liquidation judiciaire, se place sur le terrain des modalités d'appréciation de la possibilité de redressement de l'entreprise et notamment sur celles d'appréhension du passif. Il est avancé dans le pourvoi, que la juridiction saisie de l'adoption du plan a un pouvoir d'appréciation du passif déclaré pour savoir si un plan peut être présenté et qu'elle peut différer la décision d'arrêt du plan en attendant les décisions sur les créances contestées. La Cour de cassation livre un attendu très pédagogique qui reprend les principes déjà affirmés en retenant que « mais attendu qu'il résulte de l'article L. 626-10, alinéa 1, du Code de commerce que le plan de redressement doit prévoir le règlement de toutes les créances déclarées, même si elles sont contestées, l'inscription au plan d'une créance contestée ne préjugeant pas de son admission définitive au passif, laquelle conditionne les répartitions correspondant à cette créance, en application de l'article L. 626-21, alinéas 1 et 3, du même code ; qu'il s'ensuit que le juge saisi d'une demande d'arrêt de plan ne peut, même s'il y est invité, ni apprécier le caractère sérieux ou abusif d'une déclaration de créance, seul le juge-commissaire ayant le pouvoir de statuer en matière d'admission de créances, ni différer sa décision jusqu'au jour où le juge-commissaire aura statué sur les créances contestées ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé ».

Cet arrêt est encore le signe d'une position ferme de la Cour de cassation quant aux conditions d'élaboration du plan avec une prise en compte de l'intégralité du passif déclaré, ce qui n'est pas bien sûr une position de nature à favoriser l'adoption de ces plans, notamment lorsque le passif contesté est relativement important.

De plus, M^e Jean-Jacques Savenier a indiqué que les créances déclarées ne sont pas le reflet de la situation

¹ Cass. com., 20 mars 2019, n° 17-27527.

patrimoniale de l'entreprise. Il doit en être extrait les concours auto liquidatifs qui ont pour contrepartie la cession d'une partie du poste clients (*Dailly*, escompte, affacturage). Il faut identifier les créances provisionnelles dont le montant sera ajusté à la suite de la communication des éléments déclaratifs par l'entreprise administrée.

Les engagements du plan doivent personnaliser les propositions en fonction de la nature de la créance, dont :

- dettes à échoir résultant de prêts, contrats de crédit-bail, contrats de locations financières ;
- dettes provisionnelles détenues par les administrations (Trésor, URSSAF, RSI, ...) ;
- condamnations pouvant résulter des instances contentieuses en cours.

En outre, il est apparu intéressant de revenir sur la nouvelle procédure de *déclaration des créances par le débiteur* qui est également de nature à compliquer l'établissement rapide du passif à prendre en compte lors de l'élaboration du plan. De ce point de vue, M^e Marie Dubois a présenté les diverses solutions envisageables en pratique depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 et la réécriture de l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce qui dispose que « lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au 1^{er} alinéa ».

Ce texte confère aux listes de créanciers établies par les débiteurs une valeur de présomption de déclaration de créance. Lorsqu'un créancier figure sur la liste pour tel montant, le débiteur le reconnaît comme son créancier pour la somme qu'il a indiquée. Cette innovation législative soulève un certain nombre d'interrogations. Notamment, il est possible de se demander, si pareille solution ne devrait pas rendre impossible la contestation par le débiteur, d'une créance qu'il est présumé avoir déclarée ? Toutefois, rien n'interdit au mandataire judiciaire de contester ladite créance au titre de son droit propre de contestation. De même, il paraît possible d'admettre, au regard de la rédaction du texte, qu'une créance portée à la connaissance du mandataire judiciaire même en dehors de la liste peut valoir déclaration pour le compte du créancier, dès lors que la créance a été portée utilement à la connaissance du mandataire, c'est-à-dire dans le délai de déclaration de créance.

La rédaction de l'article L. 622-24, alinéa 3, fait clairement apparaître que si le créancier déclare personnellement sa créance alors seule cette déclaration devra être prise en compte, la présomption de déclaration

de créance par le débiteur tombe, s'agissant d'une présomption simple. Cette substitution doit obligatoirement intervenir dans les délais de déclaration de créance pour renverser la présomption simple.

L'une des difficultés essentielles de ce mécanisme de déclaration par le débiteur est de déterminer si la créance portée à la connaissance du mandataire judiciaire, l'a été dans des conditions telles que cela puisse être considéré comme valant déclaration de créance. Deux interprétations sont possibles ce qui aura des conséquences sur une autre difficulté, celle de savoir si le créancier pourra espérer être relevé de forclusion bien que sa créance ait été portée à la connaissance du mandataire judiciaire par le débiteur.

La première interprétation est d'admettre que si seulement des précisions minimales figurent sur la liste, cela ne permettrait pas le jeu de la présomption. En effet, l'article R. 622-5, alinéa 3, du Code de commerce dispose que « pour l'application du troisième alinéa de l'article L. 622-24, la déclaration faite par le débiteur dans le délai fixé par le 1^{er} alinéa de l'article R. 622-24 doit comporter les éléments prévus aux deux premiers alinéas de l'article L. 622-25 et le cas échéant ceux prévus par le 2^e de l'article R. 622-23 ». Or, l'article L. 622-25 fournit une liste complète de mentions² que le débiteur n'introduira pas, le plus souvent, dans sa liste.

Il faut donc comprendre de l'articulation de ces deux textes, que le débiteur sera présumé avoir déclaré au nom et pour le compte de son créancier si la déclaration comporte les mentions prévues par les textes. Au contraire, si la déclaration du débiteur ne comporte pas ces éléments, autrement dit si elle est incomplète, la créance ne pourra être présumée avoir été déclarée car elle ne figure pas sur la liste dans les conditions visées à l'article R. 622-5, alinéa 2, du Code de commerce. Il appartiendra alors au mandataire judiciaire d'avertir ce créancier connu d'avoir à procéder lui-même à la déclaration de sa créance, le mandataire judiciaire devant, en application R. 622-21, alinéa 1, du Code de commerce, avertir les créanciers connus ce qui est le cas du créancier en cause.

Cette première interprétation se répercute alors sur les conditions du relevé de forclusion. Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2014, le motif de relevé de forclusion tenant à la démonstration que la défaillance à déclarer n'était pas du fait du créancier, a été très

² Il s'agit l'indication du montant des sommes dues au jour du jugement d'ouverture, des sommes à échoir et de leur date d'échéance, la nature du privilège ou de la sûreté qui assortit la créance, la conversion en euros au jour du jugement d'ouverture, de la créance libellée en monnaies étrangères. Enfin, elle contient l'indication de la continuation du court des intérêts le cas échéant

restrictivement apprécié par la jurisprudence. La donne a beaucoup changé depuis la loi de sauvegarde des entreprises et plus encore, avec l'ordonnance du 12 mars 2014.

Si l'on exige que le débiteur fasse figurer sur une liste toutes les créances soumises à déclaration et si l'on en tire la conséquence que les créanciers oubliés de la liste sont obligatoirement relevés de forclusion, cela conduit à autoriser beaucoup plus souplesment le relevé de forclusion. Il est logique d'admettre que si le mandataire judiciaire n'avertit pas le créancier connu de l'obligation de déclarer sa créance, la défaillance à déclarer dans les délais n'est pas due au fait du créancier mais résulte du défaut d'avertissement mais aussi, de l'obligation pour le débiteur d'établir les listes de créances en respectant les dispositions de l'article R. 622-5, alinéa 2. Si les éléments portés par le débiteur sur la liste sont insuffisants pour considérer que l'on est en présence d'une déclaration de créance, il faut alors décider que le créancier ne figure pas utilement sur la liste. La formalité n'a pas été respectée par le débiteur et la conséquence qui doit en résulter est de permettre au créancier de se faire relever de forclusion pour omission de la liste. En effet, comme l'a justement relevé la Cour de cassation³, il y a bien omission du débiteur dans l'établissement de la liste au sens de l'article L. 622-26, alinéa 1, du Code de commerce justifiant le relevé de forclusion car sur cette liste en application de l'article L. 622-6, alinéa 2, du Code de commerce : « le débiteur doit mentionner non seulement le nom de ses créanciers mais encore, le montant de ses dettes ».

Dans une seconde interprétation, il peut être admis le caractère suffisant pour le jeu de la présomption d'une déclaration de créance comportant des indications minimales figurant sur la liste. Cela suppose alors une certaine souplesse et paraît plus réaliste car, en pratique, quel débiteur fait la distinction entre les créances échues et celles à échoir ? Quel débiteur va penser à mentionner les sûretés attachées à la créance ? Quel débiteur précisera que la créance continue à produire intérêts ? Quel débiteur convertira en euro, la créance libellée en monnaie étrangère ?

Le texte est trop complexe, c'est la raison pour laquelle, il semble que subordonner le jeu de la présomption de la déclaration de créance au respect de toutes ces mentions, est irréaliste.

Dès lors, si le mandataire judiciaire estime que la présomption a joué, il doit informer le créancier qu'il figure sur la liste remise par le débiteur. En ce sens, l'article R. 622-21, alinéa 3, du Code de commerce dispose que « le cas échéant, l'avertissement précise que la créance a été portée par le débiteur sur la liste prévue par l'article L. 622-6 conformément aux dispositions du second alinéa de l'article L. 622-5 ».

Si après avoir reçu cet avertissement, le créancier ne déclare pas personnellement sa créance dans les délais ou ne conteste pas le jeu de la présomption en sollicitant un relevé de forclusion, la présomption aura définitivement joué. Sous réserve d'une contestation de créance émise par le mandataire de justice, la créance sera reportée sur la liste des créances, ce qui emportera admission de la créance pour le montant indiqué, la liste sera, à défaut de contestation, revêtue de la signature du juge-commissaire.

Dès lors que l'on admet que la présomption de déclaration de créance par le débiteur pour le compte de son créancier a joué, la conséquence est simple : la créance a été déclarée dans les délais.

Dans ce cas, le créancier peut-il obtenir un relevé de forclusion si d'une part, il ne déclare pas personnellement dans les délais et si d'autre part, la présomption de déclaration de créance ne joue pas dans des conditions optimales pour lui ? La réponse semble négative.

En effet, par le jeu de la présomption de déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier, la créance est réputée déclarée dans les délais, le créancier n'est donc pas forclus et dans ces conditions il ne voit pas pourquoi il pourrait être relevé d'une forclusion, que par hypothèse il n'a pas encouru. L'observation selon laquelle la créance a été déclarée dans les délais suffit ainsi à écarter le relevé de forclusion.

Le créancier ne pourra pas être admis dans des conditions meilleures que celles qui figurent sur la liste sauf à déclarer personnellement et dans les délais, sa créance.

Une fois ces principes rappelés, la principale difficulté d'élaboration du plan consiste dans les diverses sources d'évolution du passif qui s'étalent dans le temps et qui vont rendre très délicate la mise en place rapide du plan dans les conditions réelles de son exécution, c'est-à-dire avec une connaissance certaine du passif à traiter.

3 Cass. com., 5 sept. 2018, n° 17-18516 : Act. proc. coll. 2018, comm. 251, obs. Vallansan J. ; LEDEN sept. 2018, n° 111x3, p. 4, obs. Rubellin P. ; Dalloz actualités sept. 2018, obs. Lienhard A. ; JCP E 2019, 1000, n° 9, obs. Pétel P. ; JCP E 2019, 1563, note Stefania T. ; Gaz. Pal. 15 janv. 2019, n° 339v8, p. 44, obs. Le Corre P.-M. ; BJE nov. 2018, n° 116j8, p. 432, obs. Jazottes G. ; Rev. sociétés 2018, p. 747, obs. Henry L.-C.

II. Les sources d'évolution du passif

L'analyse du livre VI laisse apparaître diverses sources d'évolution du passif qui sont essentiellement liées aux opérations de vérification et d'admission du passif mais également à des mécanismes particuliers liés à l'exécution du plan.

A. Incidences des règles de déclaration, vérification, admission des créances sur l'élaboration du plan

Dans cette situation, bien que l'ensemble du passif doive être traité dans le plan, sa connaissance rapide ne sera pas parfaite, en raison de l'existence de créances contestées et de la possibilité réservée aux créanciers publics de réaliser une déclaration provisionnelle.

1. Créances contestées

Le processus de vérification et d'admission des créances est une source de contentieux dont le traitement est sensiblement différent selon sa nature. La Cour de cassation dans une jurisprudence assez abondante s'efforce d'appliquer, dans des conditions souvent complexes, les textes. Les articles L. 624-2 et R. 624-5 tracent le cadre des limites du pouvoir du juge-commissaire lors de la phase d'admission des créances. Trois situations sont distinguées dans les textes : les instances en cours, l'incompétence et la contestation de la créance qui peut être sérieuse ou qui, si elle s'inscrit dans la compétence matérielle de la juridiction à laquelle le juge-commissaire appartient, lui permettra alors de « statuer sur tout moyen opposé à la demande d'admission ». La survenance de ces situations entrave l'admission des créances. Seules les deux dernières situations ont soulevé ces derniers temps des interrogations auxquelles la Cour de cassation s'est efforcée d'apporter des réponses qui, conformant aux textes, permettent d'établir le passif dans des conditions qui ne perturbent pas trop l'adoption du plan.

En cas d'*incompétence* du juge-commissaire pour statuer sur la contestation, la Cour de cassation a considéré à propos de créances fiscales que lorsque le juge-commissaire se déclare incompétent, il est dessaisi relativement à cette contestation, y compris lorsque les parties, invitées à saisir le juge compétent, ne l'ont pas fait dans le délai imparti par l'article R. 624-5 du Code de commerce⁴. Dans cette affaire, la contestation portait sur la prescription des créances fiscales pour laquelle, le juge-commissaire ne peut pas se prononcer, ce qui a conduit la Cour de cassation à affirmer que s'il est à nouveau saisi, faute de saisine par les parties du juge compétent, la demande d'admission

est irrecevable, « faute pour le juge-commissaire de pouvoir se prononcer lui-même sur la prescription de ces créances, qui était déterminante de leur admission ou de leur rejet ». Ainsi, en l'absence de recours contre la décision d'incompétence et ensuite de saisine dans les délais de la juridiction compétente, le juge-commissaire est définitivement dessaisi.

La situation est plus complexe en cas de *contestation sérieuse* au sens du livre VI, comme cela ressort d'une série d'arrêts rendus récemment par la Cour de cassation. Le contentieux se cristallise sur la décision du juge. En fait, il doit en raison du défaut de pouvoir juridictionnel lié à la contestation sérieuse, surseoir à statuer jusqu'à soit la décision de la juridiction compétente, soit l'intervention de la forclusion.

En pratique, le contentieux fait ressortir que souvent à tort, le juge-commissaire en présence d'une contestation sérieuse, se déclare incompétent sans surseoir à statuer. C'est sur les conséquences de cette méprise que la jurisprudence a dû se prononcer. Les solutions retenues apparaissent très pénalisantes puisque la chambre commerciale a considéré que lorsque le juge-commissaire s'était déclaré incompétent, serait-ce à tort, pour statuer sur la créance déclarée par la banque, sans se borner à constater son absence de pouvoir juridictionnel pour trancher la seule contestation dont cette créance était l'objet, il s'était ainsi définitivement dessaisi de la demande de fixation au passif⁵. Il serait possible d'éviter une telle situation en exerçant un recours contre l'ordonnance d'incompétence du juge-commissaire⁶. Au regard des inconvénients majeurs de cette déclaration d'incompétence, dans une affaire récente, les plaideurs souhaitaient faire reconnaître, que lorsque le juge-commissaire s'est déclaré incompétent, le juge saisi de la contestation sérieuse serait investi du pouvoir de statuer sur l'admission de la créance. Sans surprise, la Cour de cassation affirme que le tribunal jugeant au fond n'avait pas le pouvoir de statuer sur la régularité de la déclaration de créance. En effet, sauf constat de l'existence d'une instance en cours, le juge-commissaire ayant une compétence exclusive pour décider de l'admission ou du rejet des créances déclarées, même après une décision d'incompétence du juge-commissaire pour trancher une contestation, les pouvoirs du juge compétent régulièrement saisi se limitent à l'examen de cette contestation.

L'examen de ces dernières solutions jurisprudentielles permet de considérer que l'existence d'une contestation sérieuse (sur laquelle la juridiction doit se prononcer) pourra être une source d'évolution du passif

⁵ Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-25919 ; Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-17773.

⁶ Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-17773.

⁴ Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-21337.

selon les suites qui y seront données. Si le juge compétent pour statuer est saisi, il rendra une décision qui est susceptible de recours. Passé ces deux étapes, le juge-commissaire, en cas de sursis à statuer, pourra être saisi de l'admission de la créance. Dans l'hypothèse, d'une absence de saisine dans le délai d'un mois, la forclusion prévue par les textes interviendra. Si c'est le débiteur qui a été désigné par le juge-commissaire pour saisir le juge compétent conformément à l'article R. 624-5 du Code de commerce, le juge prononcera l'admission de la créance. Si c'est le créancier qui devait saisir le juge compétent, la créance ne pourra plus être admise.

Ce premier constat doit être combiné avec la décision prise initialement par le juge-commissaire. S'il avait sursis à statuer, après le défaut de saisine, le créancier ou le débiteur pourront revenir devant le juge-commissaire pour qu'il rende une décision d'admission conforme à la forclusion intervenue. S'il s'était déclaré seulement incompétent, le juge-commissaire est définitivement dessaisi et ne peut plus se prononcer sur l'admission de la créance si le débiteur ou le créancier n'a pas saisi la juridiction compétente. Si la juridiction a été saisie, il semblerait, mais une confirmation claire serait bienvenue, que l'incompétence n'empêcherait pas de revenir devant le juge-commissaire⁷.

2. Déclaration provisionnelle

Il s'agit de revenir sur la situation particulière des créanciers publics qui peuvent réaliser, contrairement aux autres créanciers, des déclarations provisionnelles et qui doivent ensuite procéder à la déclaration définitive, créant ainsi une incertitude sur le montant du passif fiscal et social. La loi *PACTE* du 22 mai 2019 fixe de nouvelles règles quant au délai d'établissement définitif des créances fiscales. L'article 63 de ce texte, qui s'applique aux procédures qui s'ouvriront à partir du 1^{er} janvier 2020, ajoute une nouvelle phrase à l'article L. 622-24, le reste du texte restant inchangé. Il est désormais mentionné dans ce texte, que si la détermination de l'assiette et du calcul de l'impôt est en cours, l'établissement définitif des créances admises à titre provisionnel doit être effectué par l'émission du titre exécutoire dans un délai de 12 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture.

Désormais trois délais peuvent s'appliquer pour l'établissement des créances fiscales :

- le nouveau délai de 12 mois, issu de la loi *PACTE*, qui sera le délai de droit commun puisque dans la majorité des hypothèses, pour les créances antérieures, la détermination de l'assiette et du calcul de

l'impôt est en cours au jour de l'ouverture de la procédure. Le fait générateur de la créance fiscale étant intervenu, les éléments qui permettent le calcul de l'impôt existent ;

- le délai fixé par le tribunal pour le dépôt de l'état des créances par le mandataire judiciaire, applicable actuellement, sera maintenu pour les créances dont la détermination de l'assiette et du calcul de l'impôt n'est pas en cours ;
- le délai spécifique en cas de procédure de contrôle ou de rectification de l'impôt engagée, l'établissement de l'impôt devant intervenir avant le dépôt du compte rendu de mission du mandataire judiciaire.

Toutefois, en cas de liquidation judiciaire, l'article L. 641-3 du Code de commerce reprend la solution classique. Si la détermination de l'assiette et du calcul de l'impôt est en cours, l'établissement définitif des créances admises à titre provisionnel doit être effectué par l'émission du titre exécutoire dans le délai prévu à l'article L. 624-1. En cas de procédure de contrôle ou de rectification de l'impôt, le texte retient le dépôt du compte rendu de mission du liquidateur, comme dans la sauvegarde ou le redressement judiciaire.

Maître Jean-Jacques Savenier a fait remarquer qu'il est de l'intérêt de la procédure et de l'entreprise de voir le passif fiscal réduit en saisissant la juridiction compétente dans le délai d'un mois. Toutefois, il devra être arbitré sur l'intérêt de poursuivre cette action si la CCSF saisie dans le délai de 2 mois (C. com., art. L. 626-6) est encline à accorder des abandons significatifs. Il faut relever que la CCSF doit statuer sur les abandons *avant* l'audience qui statuera sur l'arrêté du plan. À défaut, la CCSF est dessaisie de la demande d'abandon. La poursuite d'un contentieux fiscal a par conséquent un « effet toxique » vis-à-vis de la CCSF, la décision de cette dernière ne pouvant être obtenue préalablement à l'arrêté du plan.

B. Incidence du calcul des intérêts

Concernant, le montant du passif à prendre en considération pour l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement, les modalités de déclaration des intérêts de prêts dont le cours n'est pas arrêté peuvent avoir une incidence. La difficulté pratique porte essentiellement, selon Maître Jean-Jacques Savenier, sur la poursuite du cours des intérêts et sur le sort des échéances échues lors du prononcé de la procédure collective. Idéalement c'est le capital restant dû qui est retraité par l'administrateur judiciaire directement avec la banque sur une durée compatible avec la capacité de remboursement de l'entreprise, pour éviter l'écueil de L. 622-28, alinéa 1. Du fait de la novation qui résulte de ce retraitement, la caution réitère ses engagements.

⁷ Cass. com., 19 déc. 2018, n° 17-15883 : sans le mentionner dans l'attendu, la Cour ne renvoie pas et invite les parties à saisir le juge-commissaire.

Concernant, les intérêts à échoir, la jurisprudence la plus récente fournit des solutions relativement souples qui donnent la main aux créanciers, principalement aux établissements de crédit.

La question est alors de savoir si la déclaration peut seulement prévoir les modalités de calcul des intérêts à échoir selon les stipulations du prêt ou bien s'il est possible de les calculer et de déclarer le montant de ces intérêts. La Cour de cassation dans des arrêts récents a choisi la souplesse alors que les textes du livre VI semblent imposer de mentionner les modalités de calcul. Ainsi, dans deux arrêts du 7 novembre 2018⁸ et du 13 février 2019⁹, elle a précisé que l'indication des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté n'est exigée que dans le cas où le montant ne peut être calculé au jour de la déclaration de créance. Dans ces deux affaires, l'entreprise bénéficiait d'un plan de sauvegarde et il était avancé que la créance d'intérêt à échoir ne pouvait être fixée lors de l'admission. Dans un attendu très clair, la chambre commerciale affirme « que la créance devant être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture de la procédure collective, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir, le juge-commissaire peut admettre ceux-ci pour leur montant déjà calculé, sans prendre en considération les modalités d'un plan ou les sommes pour lesquelles le créancier sera effectivement retenu dans les répartitions et les dividendes ». Mais cette solution n'est pas impérative et la Cour de cassation reconnaît la liberté du juge-commissaire en matière d'admission des créances en décidant que « si aucun texte n'oblige le créancier à distinguer, dans la déclaration de créance, le montant des intérêts à échoir du montant du capital restant dû, il est loisible au juge-commissaire d'admettre la créance d'intérêts de manière distincte et de substituer à leur montant déclaré les modalités de calcul qui résultent du contrat de prêt »¹⁰.

Ainsi, les sommes à intégrer dans le plan en ce qui concerne les intérêts à échoir pourront obéir à deux régimes qui ne donneront nécessairement une solution identique au moment de l'élaboration du plan.

C. Incidence des ventes d'actifs au cours du plan

Afin d'aborder assez complètement, les sources d'évolution du passif d'un débiteur qui bénéficie d'un plan, il convient de revenir sur l'article L. 626-22 du Code de commerce qui concerne les cessions d'actif qui vont intervenir au cours de la phase d'exécution du plan.

L'opération s'inscrit dans le cadre d'une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan emportant déclaration au greffe par l'entreprise, en application de L. 626-26 du Code de commerce. Si la saisine émane du commissaire à l'exécution du plan, elle est faite par requête et bénéficie aux créanciers et doit permettre une modification à leur profit. L'opération présente un intérêt pour les créanciers inscrits pour autant que la créance du privilège général des salaires ne préexiste pas et que le prix solde l'ensemble des créanciers inscrits. Le tribunal va statuer sur l'autorisation de cession du bien grevé d'un privilège spécial et en application de L. 626-22, alinéa 2, fixer le taux d'actualisation. Le solde disponible revient à l'entreprise (C. com., art. L. 626-23).

Ce texte édicte une mesure spécifique pour les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement d'une hypothèque qui vont bénéficier d'un paiement des dividendes à échoir d'après le plan, réduits en fonction du paiement anticipé suivant l'ordre de préférence existant entre eux. Il s'agit d'un mécanisme original de réduction des dividendes sous le contrôle du tribunal dont les effets ne sont pas parfaitement identifiés puisqu'il est possible de se demander s'il s'agit finalement d'une remise ou si cette réduction aboutit à une véritable extinction de la créance. Selon la qualification retenue, remise ou extinction, l'impact sur la situation de la caution notamment pourra être appréhendée différemment en cas de plan de redressement, cette dernière ne pouvant se prévaloir des dispositions de ce plan. L'originalité du mécanisme au regard de ceux qui sont en usage dans le livre VI pourrait plutôt faire pencher pour un effet extinctif de la réduction des dividendes en raison du paiement anticipé dont bénéficie le créancier. L'état de collocation dressé par le commissaire à l'exécution du plan mentionnera les modalités de calcul de la réduction des dividendes.

III. Le versement des dividendes

Comme l'a rappelé récemment la Cour de cassation, les dividendes du plan ne pourront pas être versés tant que la créance n'a pas été définitivement admise par le juge-commissaire, puisque « l'inscription au plan d'une créance contestée ne préjuge pas de son admission définitive au passif, laquelle conditionne les répartitions correspondant à cette créance, en application de l'article L. 626-21, alinéas 1 et 3, du même code »¹¹. Toutefois, le livre VI apporte des tempéraments puisque des créances non contestées en cours d'admission peuvent permettre un paiement à titre provisionnel si le plan le prévoit et que

8 Cass. com., 7 nov. 2018, n° 17-22194.

9 Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-26361.

10 Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24867.

11 Cass. com., 20 mars 2019, préc.

pour les créances litigieuses, la juridiction saisie du litige peut décider que le créancier participera aux répartitions faites avant l'admission définitive. Le principe demeure donc qu'il n'y a pas de versement du dividende tant que la procédure de contestation de la créance est en cours. La difficulté est alors que ces créances étant nécessairement mentionnées dans le plan, les sommes qu'elles représentent doivent être versées par le débiteur pour être déposées à la Caisse des dépôts et consignations en attendant la décision d'admission sur la créance. Lorsque cette décision interviendra, la Cour de cassation a précisé que « le paiement des annuités *échues* devra être effectué »¹² par le commissaire à l'exécution du plan qui engagerait sa responsabilité s'il n'est pas en mesure de verser l'intégralité des dividendes échus au créancier qui établit l'admission de sa créance.

Au regard de ces principes, il conviendra d'utiliser les aménagements de versement des dividendes qui sont prévus dans le Code de commerce pour éviter d'assécher inutilement la trésorerie de l'entreprise lorsqu'un passif relativement important fait l'objet de contestations non réglées au moment de l'adoption du plan, comme l'a indiqué Patrick Coupeaud.

Cette jurisprudence atteste de l'importance de s'assurer que la créance est bien admise avant de verser les dividendes dus au créancier. Différentes situations se présentent. En l'absence de contestation de la créance, celle-ci est admise dès lors que la liste du mandataire judiciaire déposée au greffe est revêtue de la signature du juge-commissaire. En présence de contestations réglées par le juge-commissaire, l'admission intervient lorsque les décisions sont portées sur l'état des créances par le greffier (C. com., art. R. 624-8). En cas d'incompétence du juge-commissaire, l'état de créance est complété par la mention de la décision rendue par la juridiction compétente, ce qui vaut admission de la créance (C. com., art. R. 624-9). En cas de contestation sérieuse, le créancier dont les droits sont reconnus adresse une expédition de la décision, elle est portée sur l'état des créances, la créance étant alors admise (C. com., art. R. 624-11).

IV. Les modifications du plan

Le plan de sauvegarde ou de redressement qui aura été adopté par le tribunal ne sera pas figé puisque le législateur a traité dans l'article L. 626-26, les modifications substantielles du plan qui supposent une décision du tribunal, ce qui *a contrario* permet, sans contrôle de la juridiction mais sous le regard du commissaire à l'exécution du plan, des modifications qualifiées de mineures.

Un des points qui peut retenir l'attention comme l'indique Maître Jean-Jacques Savenier est, en premier lieu, le *raccourcissement des délais du plan* qui ne peut être admis qu'à deux conditions :

- recours par l'administrateur judiciaire aux comités de créanciers avec consultation et vote sur des abandons significatifs tendant à abréger le plan ;
- saisine de la CCSF, à la suite d'une conciliation préalablement ouverte car la modification du plan, dans sa définition de l'article L. 626-26 du Code de commerce, est totalement inapplicable concernant les abandons de créances qui relèvent de la CCSF et sont prévus à l'article L. 626-6 du Code de commerce. En effet, les articles D. 626-12 et D. 626-13 prévoient la saisine uniquement en conciliation ou en sauvegarde/redressement judiciaire et ont omis le cas de saisine dans le cadre d'une modification du plan. La finalité consiste à obtenir des abandons en provenance de la CCSF sur les impôts directs et parts patronales. Il faut rappeler l'objet de cet accompagnement précisé dans l'article D. 626-15, premier alinéa, à savoir que « les efforts des créanciers publics sont coordonnés avec ceux des autres créanciers en vue de faciliter le redressement durable de l'entreprise et permettre le recouvrement de recettes publiques futures ». Il est irréaliste d'espérer obtenir des abandons uniformes de l'ensemble des créanciers par une consultation du greffe et de s'en prévaloir auprès de la CCSF en l'absence de texte précisant les modalités de sa saisine.

La fiducie sûreté peut permettre, pour autant que l'entreprise détienne des actifs de valeur et réalisables (marques, immeubles, titres), d'obtenir un financement compatible avec le paiement de la totalité du passif en remettant en contrepartie du déblocage du financement, ces biens en garantie entre les mains d'un fiduciaire. Les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil concernent respectivement les meubles et les immeubles et évoquent son dénouement dont la simplicité est marquée. Si le fiduciaire est en même temps créancier, il est tout simplement autorisé à disposer du bien. Il en devient pleinement propriétaire. Quand le fiduciaire n'est pas le créancier, il peut en tant que bénéficiaire de la fiducie se faire attribuer la valeur de la chose.

La loi offre le moyen de mettre entre parenthèses cette fiducie sûreté trop efficace. Il est déterminant que toute mise en place d'une fiducie sûreté soit assortie d'une « convention de mise à disposition ». On en déduit ainsi l'utilité de ce bien pour le constituant, dont la possession n'a pas été transmise au fiduciaire.

Cette opération doit permettre de vérifier préalablement que l'exploitation de l'entreprise dégage un rendement compatible avec l'amortissement du

¹² Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-24129.

financement consenti par le bénéficiaire de la fiducie. L'intérêt de cette solution est de mettre fin au plan par anticipation et de retrouver une notation banque de France propre à restaurer le crédit inter entreprise.

Une seconde situation peut se présenter lors de l'exécution du plan, la nécessité d'obtenir un *allongement des délais du plan* au-delà de 10 ans. Au regard des textes du Code de commerce, une telle pratique est-elle envisageable ?

De ce point de vue, une différence essentielle doit être faite entre les délais acceptés par les créanciers et ceux qui sont imposés par le tribunal. Si pour les premiers, la liberté est de mise, pour les seconds l'article L. 626-18 dispose qu'ils doivent être uniformes¹³ et sont impérativement limités à 10 ans. Ainsi, si dans les dernières années d'exécution du plan, les difficultés ressurgissent, seule une négociation avec les créanciers est envisageable pour prolonger la durée du plan au-delà de cette limite. Dès lors, des créanciers auxquels a été imposé, lors de l'adoption du plan, un paiement sur 10 ans pourront ensuite volontairement accepter de rééchelonner les dernières échéances. Cette solution pourra éviter la résolution du plan, ce qui sera certainement une moins mauvaise solution pour les créanciers. Il conviendra que le commissaire à l'exécution du plan accompagne le débiteur dans cette démarche de modification du plan, qui qualifiée de

modification substantielle, doit être décidée par le tribunal.

Une interrogation se fait jour en ce qui concerne le régime juridique des délais dépassant le plan, accordés au cours de l'exécution du plan par les créanciers. Dans le cadre de l'adoption du plan, lorsque des délais contractuels sont maintenus et dépassent le cadre temporel du plan, il est admis que ces délais ne sont pas hors plan, mais qu'« à l'issue du plan et par voie de conséquence, de la mission du commissaire à l'exécution du plan, le paiement, y compris forcé, relèvera sans doute du seul droit commun, le plan exécuté jusqu'à son terme, ne pouvant être résolu »¹⁴. Il paraît cohérent de traiter identiquement, les deux hypothèses, les créanciers seront alors en charge du recouvrement des sommes, la mission du commissaire à l'exécution du plan prenant fin au terme du délai de 10 ans.

Pour conclure, il faut souligner que l'élaboration et l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement demandent une bonne dose d'attention, de pragmatisme et de créativité pour arriver à concilier les impératifs posés par le livre VI du Code de commerce et la réalité économique. Les professionnels, mandataires de justice et magistrats consulaires, conjuguent leurs compétences au service de la réussite du retournement des entreprises.

¹³ Pérochon F. et Pétel P., « Les délais du plan de sauvegarde et de redressement », *Mélanges en l'honneur du professeur Paul Le Cannu*, Dalloz 2014, p. 611.

¹⁴ *Ibid.*, n° 14.

Licenciements économiques en redressement et en liquidation judiciaires : les difficultés persistantes et nouvelles après les réformes successives ^{117f1}

Christine GAILHBAUD

Maître de conférences à l'université Côte d'Azur

Avocat au barreau de Grasse

Cet article fait suite à l'atelier de droit social, organisé à La Colle-sur-Loup les 13 et 14 juin 2019, dans le cadre du 20^e congrès national du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, auquel ont participé : Bastien Espinassous, DGEFP, chef de mission, mission anticipation et droit des restructurations, reclassement des salariés et revitalisation (MFNE), M^e Lucile Jouve, mandataire judiciaire, MJA, M^e Christophe Dolley, administrateur judiciaire, AJUP Administrateurs judiciaires, M^e Christine Gailhbaud, maître de conférences à l'université Côte d'Azur, avocat au barreau de Grasse.

1. En redressement et en liquidation judiciaires, le licenciement économique est régi par les règles dérogatoires prévues par le Code du travail et le Code de commerce, et en leur absence, le droit commun du licenciement économique.

2. De nombreuses réformes ces dernières années¹ ont profondément modifié la matière du droit du travail, avec des incidences sur le droit du licenciement économique, sans que les nouvelles mesures aient été adoptées, sauf exception², en regard du droit des procédures collectives³. Les coquilles continuent de s'amonceler : celles issues des ordonnances « travail » du 22 septembre 2017⁴ ont rejoint celles des réformes précédentes⁵.

3. Droit du travail et droit des procédures collectives continuent de s'entrechoquer dès lors qu'il s'agit de procéder au licenciement économique des salariés dans l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire. De nombreux obstacles et difficultés jalonnent le parcours du mandataire de justice qui procède à ces licenciements pourtant nécessaires dans le traitement social de l'entreprise en difficulté. Ces obstacles et difficultés se manifestent à tous les niveaux de la procédure de licenciement.

Il n'est pas question d'envisager la complexité des matières qui exige une vigilance accrue de la part

des mandataires de justice, mais il s'agit de relever quelques exemples de dysfonctionnement. Les difficultés procédurales (II) en sont une illustration topique, de même que celles propres au droit du licenciement (III). Avant de s'engager dans la procédure de licenciement, le mandataire de justice doit procéder à l'identification des salariés dont le licenciement est envisagé (I).

I. L'identification des salariés

4. Le mandataire de justice se trouve, dès le jugement d'ouverture ou de conversion de la procédure collective, confronté à des difficultés liées à l'identification des salariés dont le licenciement devrait être envisagé.

Il peut s'agir de l'obligation, parfois difficile à remplir, de prendre en compte tous les salariés qu'occupe l'entreprise débitrice pesant sur le mandataire de justice qui doit procéder à des licenciements économiques en redressement ou en liquidation judiciaire (A) ou au licenciement des salariés non repris dans le cadre d'une cession partielle arrêtée par le tribunal de la procédure collective (B).

A. Les difficultés d'identification

5. En cas de cessation d'activité en liquidation judiciaire, le liquidateur doit procéder au licenciement de l'intégralité de l'effectif dans le délai imparti par les dispositions régissant la garantie de l'AGS. Lorsque des licenciements économiques s'imposent en redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire doit pouvoir s'assurer de la répartition des effectifs au sein des catégories professionnelles lors de l'application des critères d'ordre désignant les salariés dont le licenciement est envisagé. Dans l'une ou l'autre de ces situations, le mandataire de justice doit avoir pu identifier l'ensemble des salariés appartenant à l'entreprise débitrice.

L'absence ou la négligence du chef d'entreprise peut conduire le professionnel à manquer d'informations concernant les effectifs de l'entreprise, spécialement

1 À titre non exhaustif, L. n° 2013-504, 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO, 16 juin 2013 ; L. n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO, 18 août 2015 ; L. n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JO, 9 août 2016 ; Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017 ; Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, JO, 23 sept. 2017 ; Ord. n° 2017-1718, 20 déc. 2017, JO, 21 déc. 2017 ; L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant les ordonnances des 22 sept. et 20 déc. 2017, JO, 31 mars 2018.

2 L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO, 7 août 2015.

3 Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (JO, 14 mars 2014) a apporté quelques correctifs.

4 Not. C. trav., art. L. 1233-29 ; C. trav., art. L. 1233-58.

5 Not. renvois erronés : C. trav., art. L. 3253-16 ; et C. trav., art. L. 3253-19.

s'agissant de situations faisant courir un risque de requalification en relation salariale ou les situations de présomption de salariat.

6. À titre d'illustration, la loi du 22 mai 2019⁶ a institué une présomption de salariat du conjoint du chef d'entreprise, exerçant une activité professionnelle régulière au sein de l'entreprise, lorsqu'aucune déclaration de statut de conjoint collaborateur ou de conjoint associé n'a été faite par le chef d'entreprise. L'article L. 121-4, IV et V du Code de commerce, ainsi modifié, assure au conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale, qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle, une protection et une couverture par un statut. Si le chef d'entreprise est défaillant dans son obligation de déclarer l'activité professionnelle régulière de son conjoint dans l'entreprise et le statut choisi par ce dernier auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise, il est réputé avoir déclaré que ce statut est celui de conjoint salarié. Le mandataire de justice doit être attentif à ne pas mettre à l'écart, par erreur, un travailleur bénéficiant du statut de salarié dans le cadre de la procédure de licenciement engagée.

Rien n'est prévu, en droit positif, pour prévenir le risque encouru par le praticien des procédures collectives dans la phase d'identification des effectifs de l'entreprise dont il doit obligatoirement tenir compte.

B. La cession partielle et l'identification des contrats transférés

7. Une autre difficulté peut se présenter, même lorsque l'effectif de l'entreprise est clairement identifié, lors d'une cession partielle arrêtée par le tribunal de la procédure collective, concernant les salariés dont le contrat de travail n'est pas exclusivement affecté à l'activité cédée.

En redressement⁷ ou en liquidation judiciaire, l'article L. 642-1 du Code de commerce prévoit que la cession partielle arrêtée par le tribunal porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités. Si la question ne soulève pas de difficulté lorsque le contrat de travail du salarié est affecté de manière exclusive à la branche d'activité cédée, la cession opérant transfert du contrat de travail au repreneur sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁸, il n'en va pas de même lorsque le salarié n'exerce pas l'essentiel de sa prestation dans l'entité économique dont l'activité est reprise : la chambre sociale

de la Cour de cassation a eu à statuer, concernant des employeurs *in bonis*, en décidant que si un salarié n'exerce pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité économique dont l'activité est reprise par une autre société, son contrat de travail doit se poursuivre avec son employeur initial⁹. La solution du transfert partiel du contrat de travail, parfois envisagée par les juges du fond, paraît à présent exclue.

Le Conseil d'État a statué dans le même sens concernant la décision d'autorisation de transfert d'un salarié protégé dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise : le juge de l'excès de pouvoir doit, d'abord, vérifier si la condition d'exécution effective du contrat de travail dans l'activité transférée est remplie¹⁰.

Rien n'autorise à penser que la solution serait différente en cas de cession partielle en redressement ou en liquidation judiciaire.

La situation d'un salarié dont l'activité serait répartie entre plusieurs branches d'activité de l'entreprise pourrait compliquer voire compromettre la cession partielle en procédure collective.

II. Les difficultés procédurales

8. Les procédures de licenciement économique sont rythmées par les délais prévus dans le Code du travail. Peu d'entre eux¹¹ sont écartés¹² ou réduits¹³ en redressement ou en liquidation judiciaire et lorsqu'ils le sont, l'aménagement est parfois insuffisant pour permettre d'articuler les exigences de la procédure de licenciement avec celles de la procédure collective. Or, l'impossibilité de respecter un délai lié à la procédure de licenciement peut, dans certains cas, conduire à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

Les difficultés procédurales peuvent se manifester par des injonctions paradoxales conduisant le mandataire de justice à devoir arbitrer entre deux délais incompatibles pourtant respectivement obligatoires (A) et, de manière générale, à craindre de sérieuses difficultés d'articulation dans la procédure collective (B).

9 Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 14-30056 ; Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-29194.

10 CE, 1^{er} août 2013, n° 358257, 4^e s.-s., Clinique de l'Alma.

11 Ex. délai maintenu : délai de cinq jours ouvrables pour convoquer un salarié à un entretien préalable au licenciement dans les procédures de licenciement économique de moins de dix salariés ou dans la procédure de licenciement d'au moins dix salariés en l'absence d'IRP dans l'entreprise.

12 Délai de notification du licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-59), délais de consultation des IRP (C. trav., art. L. 1233-58).

13 Délai imparti au salarié pour répondre à la proposition de modification économique du contrat de travail (C. trav., art. L. 1233-60-1), délai de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1233-58), délai de réflexion dans le cadre d'une proposition de reclassement (C. trav., art. D. 1233-2-1).

6 L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO, 23 mai 2019.

7 Par renvoi de C. com., art. L. 631-22.

8 Cass. soc., 16 mai 2018, n° 17-13231.

A. Les injonctions paradoxales liées aux délais de procédure

9. De manière générale, les auteurs des réformes en droit du travail ont rarement envisagé l'élaboration des nouvelles mesures en regard du droit des procédures collectives.

À titre d'illustration, la loi du 17 août 2015¹⁴, ayant créé une forme aboutie de délégation unique du personnel (DUP)¹⁵, avait modifié le délai de fixation de l'ordre du jour des réunions de la DUP en le portant à 8 jours alors que ceux du comité d'entreprise et du CHSCT étaient, respectivement, maintenus à 3 jours, lorsque la réunion avait pour objet la consultation de l'instance sur un projet de compression d'effectif. Le passage à un délai de 8 jours jusqu'au remplacement des anciennes instances représentatives du personnel par le comité social et économique (CSE), lorsque l'entreprise en difficulté était dotée d'une DUP, a pu rendre les procédures de licenciement économique difficiles à mettre en œuvre en redressement judiciaire, le délai de 8 jours ayant même été impossible à respecter en liquidation judiciaire lorsque le liquidateur n'avait que quinze jours pour notifier les licenciements¹⁶.

10. Depuis les ordonnances « travail »¹⁷, d'autres difficultés liées aux délais dans les procédures de licenciement ont émergé. Le mandataire de justice se trouve confronté à une injonction paradoxale dans deux situations.

11. D'abord, lorsqu'il s'agit de procéder au licenciement économique de moins de dix salariés sur une période de trente jours, l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁸ a modifié l'article L. 1233-8 du Code du travail en ajoutant un deuxième alinéa portant à un mois le délai maximum de consultation du CSE sur le projet de licenciement économique. Or, l'article L. 1233-58 du Code du travail n'a pas été modifié en conséquence : il aurait dû être modifié de telle sorte à ce que le deuxième alinéa de l'article L. 1233-8 du même code soit exclu de la procédure de licenciement économique en redressement ou en liquidation judiciaire.

Lorsque le liquidateur judiciaire doit notifier les licenciements dans un délai de quinze jours suivant le jugement prononçant la liquidation judiciaire, respecter ce délai est impossible.

De la même manière, ce délai est difficile à respecter en redressement judiciaire, que ce soit en période d'observation en redressement judiciaire ou dans le cadre des licenciements consécutifs à un jugement arrêtant un plan de redressement ou une cession. L'urgence dans laquelle se trouve le mandataire de justice pour procéder aux licenciements afin d'éviter, notamment, que la situation économique et financière de l'employeur ne se dégrade et ne génère du passif postérieur à l'ouverture de la procédure collective compromettant le sauvetage de l'entreprise, rend un tel délai difficile voire impossible à respecter.

12. Ensuite, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017¹⁹, dans ses dispositions destinées à remplacer les termes « comité d'entreprise » ou « délégués du personnel » par « comité social et économique », a malencontreusement fait disparaître la césure entre les deux alinéas de l'article L. 1233-29 du Code du travail, transformant cet article en un seul et unique alinéa : il s'applique à la procédure de licenciement économique d'au moins dix salariés sur une période de trente jours dans l'entreprise de moins de 50 salariés et prévoit, dans son désormais unique alinéa, deux consultations du CSE espacées de quatorze jours maximum. Or, l'article L. 1233-58 du même code prévoit l'application du premier alinéa de l'article L. 1233-29. Les dispositions de ce qui constituait le deuxième alinéa de l'article, auparavant exclues, se trouvent ainsi dans le seul et unique alinéa auquel l'article L. 1233-58 renvoie.

Un mandataire de justice qui serait en difficulté dans le cadre de l'application de ce texte, pourrait écrire à la direction générale du travail pour obtenir la confirmation écrite de l'erreur matérielle que constitue la disparition de la césure entre les deux anciens alinéas de l'article L. 1233-29 du Code du travail. Si les éditeurs de codes²⁰ semblent avoir, spontanément, procédé à la rectification dans les nouvelles éditions du Code du travail, une modification législative correctrice paraît nécessaire.

14 L. n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO, 18 août 2015.

15 DUP (pouvant comprendre les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT).

16 Entreprise dont l'effectif serait passé sous le seuil des 50 salariés alors qu'une DUP a préalablement été mise en place.

17 Jacotot D. et Fin-Langer L., « Les ordonnances du 22 septembre 2017 et la rupture des contrats de travail dans une entreprise en difficulté », *Rev. proc. coll.* n° 6, nov. 2017, ét. 21 ; Fin-Langer L., « Les ordonnances *Macron* : suite et fin ? », *L. actu. proc. coll.*, n° 3, févr. 2018, alerte 40 ; Gailhbaud C., « La réforme du licenciement économique : analyse en regard du droit des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, n° 321j7, p. 89.

18 Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, JO, 23 sept. 2017.

19 JO, 23 sept. 2017.

20 Dalloz, LexisNexis.

B. Les difficultés d'articulation des délais

13. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017²¹ a réformé le droit du licenciement économique et, notamment, le régime juridique de l'obligation de reclassement.

L'article D. 1233-2-1 du Code du travail, issu de l'un²² des décrets consécutifs à l'ordonnance, fixe un délai de réflexion dont dispose le salarié pour présenter sa candidature écrite ; ce délai est réduit de quinze jours à quatre jours francs, à compter de la publication de la liste par tout moyen conférant date certaine, en redressement et en liquidation judiciaires. La réduction du délai à quatre jours francs est louable mais insuffisante en liquidation judiciaire lorsque le liquidateur ne dispose que de quinze jours calendaires pour notifier le licenciement alors que le délai pour convoquer à l'entretien préalable au licenciement reste de cinq jours ouvrables. Lorsque la consultation d'une instance représentative du personnel est exigée, le mandataire de justice ne dispose pas d'un temps suffisant pour respecter l'intégralité de ces délais. La sanction du non-respect de quatre jours francs de réflexion n'est pas précisée mais rien ne permet d'écarter la sanction prétorienne habituelle d'absence de cause réelle et sérieuse en matière d'obligation de reclassement.

14. La situation des salariés protégés est parfois difficile à appréhender en considération des délais de la procédure collective : l'exemple le plus topique est celui de la liquidation judiciaire prononcée dès le jugement d'ouverture à l'égard d'une entreprise dépourvue de représentants du personnel alors qu'est atteint le seuil d'effectifs imposant l'organisation des élections professionnelles. En l'absence de procès-verbal de carence, le liquidateur devrait organiser les élections professionnelles. Or, il ne dispose pas du temps nécessaire pour déclencher le processus électoral alors que la notification des licenciements doit être effectuée dans un délai de quinze ou vingt et un jours, selon qu'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être élaboré ou non, suivant le jugement de liquidation judiciaire. La procédure de licenciement économique ne peut, dans ces circonstances, qu'être irrégulière en l'état actuel des textes²³ et de la jurisprudence²⁴. Or, l'inspecteur du travail ne peut rendre une décision d'autorisation de licencier qu'après avoir vérifié la régularité de la procédure de licenciement économique. La consultation du représentant des salariés

ne permet pas de régulariser la procédure de licenciement. Le Code du travail ne prévoit pas, comme en matière d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, de règle dérogatoire autorisant l'autorité administrative à rendre une décision favorable²⁵. Seule une circulaire de la direction générale du travail du 30 juillet 2012²⁶ prévoit que « si la procédure générale de consultation n'a pas pu être suivie parce que le comité d'entreprise n'a pas été mis en place, alors que l'entreprise est assujettie à cette obligation, la procédure de licenciement pour motif économique est irrégulière si l'employeur ne justifie pas soit d'un procès-verbal de carence (C. trav., art. L 1235-15) soit de l'impossibilité d'accomplir ces formalités dans des circonstances ne lui incombant pas »²⁷. Il s'agit bien de la situation décrite. En pratique, les termes de la circulaire ne sont, toutefois, pas toujours pris en compte dans les décisions rendues par les inspecteurs du travail qui refusent d'autoriser le licenciement.

Une telle situation en liquidation judiciaire avec cessation totale d'activité conduit à une situation impossible tant pour le mandataire de justice, qui ne peut ni licencier le salarié ni le rémunérer, que pour le salarié protégé, privé de ressources, qui ne peut pour autant ni travailler pour un nouvel employeur ni bénéficier de la prise en charge de l'assurance chômage en l'absence de rupture de son contrat de travail et sans documents de fin contrat.

III. Les difficultés liées au droit du licenciement

15. La tâche du mandataire de justice est ardue. Elle l'est d'ores et déjà en considération de la complexité des matières ; droit du licenciement et droit des procédures collectives n'ont pas été forgés pour vivre ensemble même si chacun a respectivement besoin de l'autre. Un peu de souplesse pourrait cependant être adoptée qui allègerait les contraintes du professionnel, afin de sécuriser la procédure de licenciement, sans pour autant entraîner de privation des droits des salariés ou la dénaturation de leur portée, spécialement s'agissant de l'obligation de reclassement interne (A) et des critères d'ordre (B).

21 Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017.

22 Créé par D. n° 2017-1725, 21 déc. 2017.

23 C. trav., art. L. 1235-15.

24 Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14392, Sté Tap France c/ B (employeur *in bonis*) ; v. sur la problématique : CA Paris, 15 janv. 2013, n° 11/02814.

25 C. trav., art. L. 1233-58 : la décision d'homologation du PSE peut être accordée malgré l'absence d'IRP sans procès-verbal de carence à titre exceptionnel, en considération des circonstances et motifs qui justifient l'absence d'organisation des élections (v. rapport au président de la République accompagnant le projet d'ordonnance du 12 mars 2014 précisant que pouvait constituer des circonstances et motifs justifiant l'absence de procès-verbal de carence, l'exigence de respect des délais pour la garantie de l'AGS).

26 Circulaire DGT 07/2012 du 30 juill. 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, fiche 5.

27 CE, 26 janv. 2011, n° 326123, M^c Theeten.

A. L'obligation de reclassement interne

16. En redressement et en liquidation judiciaires, le mandataire de justice est tenu aux mêmes obligations que le chef d'entreprise²⁸. Pèse, en outre, sur l'entreprise *in bonis* comme sur l'entreprise défaillante, une obligation de reclassement de même intensité. La logique juridique est imparable et se comprend, s'agissant de l'obligation de reclassement, à l'aune de son fondement, celui du droit à l'emploi²⁹. Si la messe est dite³⁰ concernant l'appréciation de l'exécution de l'obligation de reclassement, les difficultés que rencontre le praticien des procédures collectives, inversement proportionnelles au délai qui lui est imparti pour notifier les licenciements, ne peuvent être ignorées.

17. Les difficultés rencontrées par le mandataire de justice lors de l'exécution de l'obligation de reclassement se manifestent essentiellement en présence d'un groupe de reclassement.

Il paraît contraire à l'exigence de sécurité juridique, pour un liquidateur qui dispose de très peu de temps pour notifier les licenciements économiques, de considérer comme insuffisante l'exécution de l'obligation de reclassement lorsque ce dernier a procédé à toutes les recherches qu'il pouvait mener. Tel est le cas lorsque l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements économiques a été retenue en raison de l'existence de postes non proposés au titre du reclassement au sein de filiales du groupe auquel appartenait l'employeur en liquidation malgré la recherche infructueuse effectuée par le liquidateur auprès de chacune des entités du groupe. Une telle situation a fait l'objet de la décision rendue par la Cour de cassation le 7 novembre 2018³¹ : parmi les moyens soulevés par le liquidateur, dont le pourvoi a été rejeté, était mise en exergue l'impossibilité dont dispose le mandataire de justice de faire pression sur les autres entités du groupe qui n'apportent pas leur concours et auxquelles il n'avait pas manqué de s'adresser.

18. Si l'objectif de sécurisation de la procédure de licenciement économique poursuivi par la réforme des ordonnances « travail » peut être atteint par les nouvelles dispositions définissant la notion de groupe de reclassement, il n'en va pas de même lorsque les exigences d'exécution de l'obligation de reclassement sont trop contraignantes pour l'entreprise en difficulté. L'article D. 1233-2-1 du Code du travail fixe en effet le contenu exigé pour la rédaction de l'offre de reclassement faite au salarié. Si certains éléments d'information sont nécessaires au consentement du salarié³², celui du descriptif du poste peut constituer une donnée impossible à obtenir pour le mandataire de justice dans le délai qui lui est imparti pour la recherche de reclassement. Que peut-il faire si, malgré sa demande, le descriptif du poste n'est pas formalisé par l'émetteur de l'offre de reclassement ? Si l'absence de cette mention conduit le juge à retenir l'inexécution, même partielle, de l'obligation de reclassement, la sanction sera-t-elle toujours celle de l'absence de cause réelle et sérieuse ?

19. La situation est tout aussi compliquée lorsqu'il s'agit de déterminer les critères de départage du reclassement interne au sein des entités du groupe dans la mesure où le nouvel article D. 1233-2-1 du Code du travail exige leur notification au salarié auquel est transmise une offre de reclassement sans pour autant que le mandataire de justice dispose des moyens de pression nécessaires pour contraindre ces entités à respecter les critères fixés.

20. Si la procédure collective ouverte ou prononcée à l'égard d'une entreprise faisant partie d'un groupe éloigne les autres entités du groupe, le mandataire de justice, qui doit œuvrer dans le périmètre du groupe de reclassement, ne peut que subir la bonne ou mauvaise volonté que les autres entités du groupe, structures juridiques distinctes, mettront à participer à une recherche sérieuse de reclassement dont l'obligation ne leur incombe pas.

28 En sauvegarde et en redressement judiciaires, l'administrateur judiciaire, dans sa mission d'assistance, est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise (C. com., art. L. 622-1 et C. com., art. L. 631-12) ; en liquidation judiciaire, par l'application combinée de C. com., art. L. 641-4 et C. trav., art. L. 3253-8, s'agissant de la mission de surveillance de l'administrateur judiciaire, issue de l'ancien article L. 621-22, III, du Code de commerce dans sa version antérieure à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le mandataire est tenu de s'assurer du respect par le débiteur des obligations légales et conventionnelles s'imposant au chef d'entreprise.

29 Cons. const., 13 janv. 2005, n° 2004-509 DC (cons. 28) ; sur le droit à l'emploi : Fabre A., « Inépuisable droit à l'emploi... qui justifie tout et ne protège rien » (à propos de Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC), Rev. trav. 2017, p. 720.

30 Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-40056, QPC : D. 2011, p. 2467 – Cass. soc., 19 avr. 2013, n° 13-40006, QPC.

31 Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-18810 à 17-18814.

32 Fonctions, rémunération, nature juridique du contrat, identité de l'employeur, lieu de travail.

B. Les critères d'ordre

21. Que l'employeur défaillant soit soumis aux mêmes obligations que l'employeur *in bonis* dans la définition des catégories professionnelles³³ et des critères d'ordre, va de soi. Il n'en va pas de même lors de la mise en œuvre des critères d'ordre au sein de chaque catégorie professionnelle.

22. Le contrôle du respect des critères légaux³⁴ d'ordre des licenciements relève de l'appréciation souveraine des juges du fond³⁵. Parmi les critères légaux³⁶ qui posent problèmes lors de leur application, se trouve celui des qualités professionnelles³⁷ lorsque le mandataire de justice ne dispose d'aucun élément objectif permettant de le valoriser ou manque de temps pour les traiter.

Dès lors qu'il ressort que l'employeur avait mis en œuvre, depuis plusieurs années, un processus d'évaluation professionnelle de ses salariés, les juges du fond peuvent considérer les absences injustifiées comme insuffisantes à prendre en compte les qualités professionnelles des salariés³⁸. De même, le fait que l'administrateur judiciaire de la société « ne disposait, au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, ni de fiches de postes ni d'évaluations antérieures des salariés, ne l'empêchait pas de fixer tout de même, pour le critère des "quali-

fications professionnelles", un ou plusieurs éléments de pondération susceptibles d'être ultérieurement mis en œuvre »³⁹. Le plan de sauvegarde de l'emploi de la société, élaboré par l'administrateur judiciaire, ne pouvait donner au critère de "qualification professionnelle" une valeur fixe et, par suite, le neutraliser, sans méconnaître les dispositions de l'article L. 1233-5 du Code du travail⁴⁰. L'interdiction de neutraliser le critère des qualités professionnelles conduit à exclure la possibilité de lui substituer un critère d'ancienneté⁴¹.

23. Pourtant, il pourrait en aller autrement, s'il est établi de manière certaine, dès l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, que, dans la situation particulière de l'entreprise et pour l'ensemble des personnes susceptibles d'être licenciées, aucune des modulations légalement envisageables pour le critère d'appréciation en question ne peut être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements⁴². Ainsi, lorsque l'employeur est dépourvu de tout système d'évaluation des salariés, et que l'existence, parmi les critères d'ordre des licenciements, d'un indicateur tiré du montant des primes d'assiduité versées par l'entreprise, corrigé des variations liées aux motifs légaux d'absence, permet aux critères d'ordre fixés par le plan de prendre en compte les qualités professionnelles des salariés, les juges du fond, se livrant à une appréciation souveraine, peuvent, sans erreur de droit, en déduire que le plan de sauvegarde de l'emploi homologué ne méconnaît pas les dispositions de l'article L. 1233-5 du Code du travail⁴³.

Une modulation du critère semble donc toujours être exigée de telle sorte à ce que le critère d'appréciation puisse être matériellement mis en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements⁴⁴.

33 En période d'observation en redressement judiciaire, l'ordonnance du juge-commissaire qui autorise les licenciements prévus dans le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) en indiquant les catégories professionnelles concernées ne fait pas obstacle à ce que la légalité de ces catégories professionnelles fixées par le PSE soit contestée devant le juge administratif saisi de la légalité de la décision d'homologation (CE, 22 mai 2019, n° 407401). Les catégories professionnelles déterminées par le jugement qui arrête le plan de cession et fixe le nombre de licenciements s'imposent au liquidateur ou à l'administrateur judiciaire pour le choix des salariés à licencier, ainsi qu'à l'autorité administrative chargée d'homologuer le document unilatéral de l'employeur déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (CE, 21 oct. 2015, n° 382633).

34 Ou conventionnels si la convention collective ou un accord de branche fixe des critères pour l'ordre des licenciements.

35 Dans le contentieux de la validité de la décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) d'homologation du document unilatéral portant plan de sauvegarde de l'emploi : CE, 22 mai 2019, n° 413342 ; dans le contentieux judiciaire de la mise en œuvre des critères d'ordre : Cass. soc., 23 nov. 2016, n° 15-20425.

36 C. trav., art. L. 1233-5.

37 C. trav., art. L. 1233-5, 4° ; Cass. soc., 10 nov. 2016, n° 15-21961 ; CA Amiens, 25 avr. 2019, n° 16/02175.

38 CE, 22 mai 2019, n° 418090 (employeur *in bonis*).

39 CE, 1^{er} févr. 2017, n° 387886.

40 CE, 1^{er} févr. 2017, n° 387886.

41 CAA Bordeaux, 12 oct. 2018, n° 18BX02692.

42 CE, 22 mai 2019, n° 413342.

43 CE, 22 mai 2019, préc.

44 CE, 22 mai 2019, n° 418090 (employeur *in bonis*).

L'actualité jurisprudentielle des copropriétés en difficulté ^{117d8}

Jean-Marc Roux

Maître de conférences à Aix-Marseille université

L'intervention d'un administrateur provisoire au sein d'une copropriété pose un certain nombre de questions auxquelles la jurisprudence a apporté des réponses pratiques. Retour sur les enseignements les plus significatifs en la matière.

Confronté aux difficultés rencontrées par certaines copropriétés, à raison de problèmes de fonctionnement juridiques, mais aussi à des aspects économiques, sociaux et/ou financiers, le législateur a élaboré, au fil des années et au gré des réformes, un régime spécifique aux copropriétés connaissant de graves dysfonctionnements.

L'administration provisoire des syndicats de copropriétaires en difficulté est prévue aux articles 29-1 et suivants de la loi du 10 juillet 1965 et 62-1 et suivants de son décret du 17 mars 1967. Les décisions de justice nous éclairant sur le régime des copropriétés en difficulté sont relativement rares et peu diffusées dans la plupart des revues juridiques spécialisées.

L'occasion nous est donnée de mettre en lumière un certain nombre d'entre elles dont la portée nous a semblé significative. Elles concernent soit la désignation de l'administrateur provisoire (I), soit ses missions (II).

I. La désignation de l'administrateur provisoire 29-1

L'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que si l'équilibre financier du syndicat des copropriétaires est gravement compromis ou si le syndicat est dans l'impossibilité de pourvoir à la conservation de l'immeuble, le juge saisi sur requête à l'initiative du syndic, peut désigner un administrateur provisoire au syndicat. Ce régime repose sur la mise en place d'une administration provisoire du syndicat dont l'objectif réside dans « le rétablissement du fonctionnement normal de la copropriété » de manière à éradiquer les « difficultés graves sur le triple plan social, financier et de l'état du bâti ». Encore faut-il se trouver dans l'un des cas d'ouverture limitativement prévu par la loi.

Un arrêt de la cour de Nancy illustre la vérification à laquelle se livre le juge afin de vérifier que la situation correspond bien à l'une des hypothèses légales. En l'espèce, il résultait des pièces versées aux débats que les comptes de l'exercice se rapportant à l'année 2014 présentaient un solde négatif s'élevant à la somme de 10 290,80 €, deux copropriétaires restant débiteurs de charges, l'un à hauteur de 4 183,97 €, l'autre de 5 560,80 €. Cette situation ne s'est pas améliorée puisque, au 31 décembre 2015, trente-cinq factures totalisant une somme de 10 480,20 € restaient impayées, celles dues à la seule société assu-

rant la maintenance de l'ascenseur représentant une somme de 5 334,58 €, et que le 1^{er} septembre 2015, cette société a écrit au syndic pour lui indiquer qu'elle suspendait le contrat d'entretien de l'ascenseur avant de le mettre en demeure, le 20 octobre suivant, de s'acquitter de sa dette. Par ailleurs, les comptes arrêtés au 31 décembre 2014 n'ont pas été approuvés, et le syndic n'a pas reçu quitus pour sa gestion. Enfin, par courrier adressé au syndic, le 14 novembre 2015, quatre copropriétaires sur les six dont se compose la copropriété, ont dénoncé la situation catastrophique dans laquelle se trouvait la copropriété au jour de l'assemblée générale « ordinaire », insistant sur l'urgence qu'il y avait à la redresser, et à réunir pour ce faire une assemblée générale « extraordinaire ».

Tous ces éléments démontrent que l'équilibre financier du syndicat est durablement compromis, et que la conservation de l'immeuble, dont l'ascenseur n'est plus entretenu, est elle-même menacée de sorte que la demande tendant à la désignation d'un administrateur provisoire doit être déclarée bien fondée. Il convient en conséquence, en application des articles 29-1 et suivants de la loi du 10 juillet 1965, de désigner un administrateur provisoire au syndicat des copropriétaires de l'immeuble en copropriété¹.

Il existe des « passerelles » entre certaines procédures judiciaires d'administration provisoire de syndicats de copropriétaires.

Ainsi, en sa qualité d'administrateur provisoire désigné en application de l'article 47 du décret du 17 mars 1967 en 2012, un administrateur judiciaire a reçu pour mission de se faire remettre les fonds et l'ensemble des documents et archives du syndicat des copropriétaires, de convoquer l'assemblée générale en vue de la désignation d'un syndic et – dans l'attente de ladite désignation – d'administrer la copropriété dans les conditions des articles 18, 18-1 et 18-2 de la loi du 10 juillet 1965. La question s'était posée auparavant de savoir si un administrateur provisoire désigné en application des articles 17, alinéa 4, de la loi du 10 juillet 1965 et 47 du décret du 17 mars 1967 pouvait solliciter une administration provisoire pour une copropriété en difficulté. La loi du 24 mars 2014, dite loi *ALUR*, a permis de répondre positivement, comme nous le précise un jugement du TGI de Paris.

¹ CA Nancy, 12 juin 2018, n° 16/02429.

Il a été jugé que la requête de l'administrateur provisoire désigné en application de l'article 47 du décret de 1967 en vue de la désignation d'un administrateur provisoire au titre de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 est parfaitement recevable. Il découle de l'article 29-1 que si l'équilibre financier du syndicat des copropriétaires est gravement compromis ou si le syndicat est dans l'impossibilité de pourvoir à la conservation de l'immeuble, le juge statuant comme en matière de référé ou sur requête peut désigner un administrateur provisoire du syndicat. Or, il apparaissait notamment que la trésorerie du syndicat était inexistante, qu'il existait plus de 500 000 € d'arriérés de charges, que les organes de la copropriété ne fonctionnaient pas normalement et qu'aucune assemblée générale ne s'était tenue depuis 2009. Cette situation correspond effectivement à celle visée à l'article 29-1.

Par ailleurs, il a été souligné – c'est encore un apport de la loi *ALUR* – que l'auteur de la requête pouvait être désigné comme administrateur provisoire dans le cadre de l'article 29-1². On peut ajouter qu'il en va de même si le syndicat a fait l'objet de la procédure prévue aux articles 29-1-A et suivants de la loi du 10 juillet 1965 ; le mandataire *ad hoc* qui est intervenu au sein de l'immeuble, peut être désigné comme administrateur provisoire sur décision motivée du juge et après audition du conseil syndical (L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 29-1-III, al. 3).

Le tribunal de grande instance de Paris a jugé que, sauf à enlever toute signification à l'article 493 du Code de procédure civile et à l'article 61-1-1 du décret du 17 mars 1967, le président du tribunal de grande instance n'a aucune obligation de faire convoquer les personnes qu'il désigne, ce que confirme l'article 62-4 du décret qui indique que le président du tribunal de grande instance peut (et non doit) entendre toute personne de son choix.

Par ailleurs, il a été précisé que le syndic n'avait pas qualité pour solliciter la rétractation de l'ordonnance sur requête désignant l'administrateur provisoire³.

Une ordonnance de référé rendue par le délégataire du président du tribunal de grande instance de Paris, apporte plusieurs précisions d'ordre juridique et pratique qu'il convient de rapporter.

Une indivision est « propriétaire indivise » de plusieurs lots représentant 59,1 % d'une copropriété. Par ordonnance sur requête du syndic, le délégataire du président du tribunal de grande instance de Paris a nommé un administrateur provisoire du syndicat des copropriétaires au visa de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965.

Plusieurs questions ont été abordées dans cette décision dont l'intérêt pratique est évident.

La qualité à agir. Aux termes de l'article 62-5, deuxième alinéa, du décret du 17 mars 1967, l'ordonnance désignant l'administrateur provisoire au visa de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965, doit être portée à la connaissance des copropriétaires dans le mois de son prononcé à l'initiative de l'administrateur, la communication devant préciser que tout intéressé peut en référer au juge ayant rendu l'ordonnance dans le délai de deux mois à compter de la publication de celle-ci.

Le terme « tout intéressé » utilisé tant par l'article 62-5 que par l'article 496 du Code de procédure civile, laisse supposer que la demande de rétractation peut être présentée par une personne ayant intérêt à agir.

Il apparaît que tout indivisaire peut agir seul en justice pour la défense de ses droits indivis conformément à l'article 815-2 du Code civil. En l'espèce, en tant qu'indivisaire de lots dans l'immeuble en copropriété, en vertu de l'article précité, le demandeur dispose d'un droit d'action à l'encontre d'une décision désignant un administrateur judiciaire en qualité d'administrateur provisoire d'un syndicat au visa de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 dont les décisions peuvent être considérées par l'indivisaire comme étant susceptibles de porter atteinte aux biens indivis, d'autant que l'indivision détient la majorité des lots.

La demande de rétractation a donc été jugée recevable.

La mise en cause de l'administrateur provisoire.

Aucun texte n'impose au demandeur à la rétractation d'une ordonnance sur requête de mettre dans la cause l'administrateur judiciaire désigné aux termes de cette ordonnance. Cependant, dans le cadre de débats contradictoires, cette présence est nécessaire, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une copropriété en difficulté.

La qualité à agir du syndic. Il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale des copropriétaires que le mandat de la société syndic a été renouvelé pour un an « prenant fin avec l'assemblée générale appelée à examiner les comptes de l'exercice clos au 30 juin 2016 ». En l'absence de tout élément produit par le défendeur permettant de justifier le renouvellement de son mandat au-delà du 23 novembre 2016 par l'assemblée générale des copropriétaires, lors du dépôt de la requête début janvier 2017, la société syndic n'avait plus qualité pour solliciter la désignation d'un administrateur provisoire du syndicat au visa de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965.

En conséquence, du fait de l'irrecevabilité de la requête pour défaut d'agir du syndic, la demande de

² CA Paris, 1-2, 7 mars 2019, n° 18/19539.

³ TGI Paris, 8 févr. 2018, n° 18/50736.

rétractation de l'ordonnance du 12 janvier 2017 a été accueillie.

La désignation d'un administrateur provisoire de la copropriété. Il résulte de ce qui précède que la copropriété est dépourvue de syndic.

Par le passé, la cour de Paris avait relevé que la désignation d'un administrateur provisoire du syndicat au titre de l'article 29-1 ne pouvait intervenir qu'à la condition que le syndicat soit doté d'un syndic dûment mandaté pour la représenter. Des copropriétaires qui ne peuvent justifier que la copropriété est pourvue d'un syndic en exercice, ne sauraient valablement prétendre à la désignation d'un administrateur provisoire⁴. Dans cette hypothèse, il y a lieu de solliciter préalablement le président du tribunal de grande instance pour qu'il désigne un représentant légal du syndicat sur le fondement de l'article 17, alinéa 4, de la loi du 10 juillet 1965⁵.

Dans l'espèce rapportée, les parties se sont accordées pour solliciter, même à titre subsidiaire, la désignation d'un administrateur provisoire en application de l'article 47 du décret du 17 mars 1967.

Comme nous le soulignons plus haut, rien ne justifie le refus du demandeur de voir désigner la personne qui avait été désignée initialement en qualité d'administrateur provisoire, alors qu'elle dispose déjà d'une connaissance étendue de cette copropriété à tout le moins problématique, et sera la plus à même d'apprécier rapidement la situation de celle-ci et de solliciter si nécessaire conformément à l'article 62-2, second alinéa, du décret du 17 mars 1967, l'application de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965⁶.

II. Les missions de l'administrateur provisoire 29-1

Afin de pouvoir gérer le syndicat, l'administrateur provisoire doit pouvoir disposer des fonds et de toutes les archives qui sont en la possession de l'ancien syndic. C'est la raison pour laquelle ce dernier est tenu à l'égard de l'administrateur provisoire des obligations prévues à l'article 18-2 de la loi du 10 juillet 1965 (D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 62-6). Il découle de ce texte légal que le syndic a l'obligation de transmettre immédiatement à l'administrateur provisoire désigné les fonds et les archives. En l'espèce, le syndic avait refusé d'exécuter l'ordonnance de désignation d'un administrateur provisoire 29-1 alors que son exécution aurait permis audit administrateur de

poursuivre la gestion et l'administration de la copropriété (ce qui a, notamment, retardé la notification de l'ordonnance aux copropriétaires). Après mise en demeure restée infructueuse, l'administrateur provisoire (ou le président du conseil syndical s'il conserve ses prérogatives) pourra demander au président du tribunal de grande instance, statuant comme en matière de référé, d'ordonner au syndic sortant, sous astreinte, la remise des pièces et des fonds ainsi que le versement des intérêts dus à compter de la mise en demeure, sans préjudice de tous dommages et intérêts (comp. L. n° 65-557, 10 juill. 1965, art. 18-2, al. 3). En l'occurrence, le syndic, par son obstruction, a été déclaré responsable de l'éventuelle paralysie dont se prévalent les requérants⁷.

D'après l'article 29-1-I, alinéa 2, une fois l'administrateur provisoire désigné, le mandat du syndic cesse de plein droit. L'administrateur provisoire se trouve investi des pouvoirs que le statut de la copropriété confère au syndic. En particulier, et par application de l'article 31 du décret du 17 mars 1967, il peut engager et congédier le personnel employé par le syndicat et fixe les conditions de son travail suivant les usages locaux et les textes en vigueur, notamment ceux applicables en droit du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a, par un arrêt remarqué, statué dans une affaire dans laquelle un syndicat avait été l'objet d'une procédure d'administration provisoire.

Quatre salariées ont été engagées en qualité d'infirmières par un syndicat des copropriétaires afin de travailler dans le service médical d'une résidence-service destinée aux personnes âgées. Il apparaît que les salariées ont été licenciées, l'employeur invoquant l'obligation de supprimer l'ensemble du service médical de la résidence pour se mettre en conformité avec la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement et modifiant la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 relative au statut de la copropriété des immeubles bâtis et la suppression de leurs postes. Par la suite, le syndicat des copropriétaires a fait l'objet d'une procédure d'administration provisoire.

Pour dire les licenciements fondés sur une cause réelle et sérieuse et rejeter les demandes des salariées au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, plusieurs arrêts d'appel ont retenu que les dispositions relatives aux licenciements économiques ne sont applicables, selon l'article L. 1233-1 du Code du travail, qu'aux entreprises, ce qui exclut les syndicats de copropriétaires et que le motif de la rupture ne repose pas sur des difficultés économiques qu'aurait rencontrées le syndicat des copropriétaires mais qu'il se trouve

⁴ CA Paris 14^e ch., 21 oct. 1998, M. R. c/ M. et M^{me} S. : RDI 1999, p. 153.

⁵ Ces dispositions correspondent aux articles 46 et 47 du décret du 17 mars 1967.

⁶ TGI Paris, 7 sept. 2017, n° 17/54068.

⁷ TGI Paris, 8 févr. 2018, n° 18/50736.

justifié par la mise en œuvre des dispositions d'ordre public issues de la loi du 13 juillet 2006 contraignant ledit syndicat à supprimer son service médical.

En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le syndicat des copropriétaires était chargé d'administrer une résidence de personnes âgées qui disposait d'un service médical et n'assurait pas seulement l'administration et la conservation de l'immeuble commun en vertu de l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965, de sorte que les licenciements des infirmières affectées au service médical relevaient des dispositions des articles L. 1233-1 et suivants du Code du travail concernant les licenciements pour motif économique, les décisions d'appel ont violé les dispositions susvisées dudit Code du travail⁸.

Il arrive assez fréquemment que le président du tribunal de grande instance confie une latitude d'action maximale à l'administrateur provisoire qui doit faire face à des situations parfois très graves ou complexes, nécessitant l'adoption de mesures immédiates ou indispensables. La concentration des pouvoirs entre ses mains autorise à l'administrateur provisoire une grande liberté afin de rétablir le fonctionnement normal de la copropriété.

Un administrateur judiciaire a été nommé dans une copropriété avec tous les pouvoirs du syndic et de l'assemblée générale, compte tenu de la configuration particulière du syndicat, dont un copropriétaire possède près de la moitié des millièmes à lui seul. Sa désignation, prorogée depuis 2004, est renouvelée tous les ans par ordonnance du président du tribunal de grande instance, sous le contrôle duquel l'administrateur judiciaire exerce sa mission : les dernières ordonnances du président du tribunal de grande instance ayant été rendues en 2014, renouvelée en 2015, puis 2016. Chaque année, l'administrateur soumet au président du tribunal un rapport intermédiaire de mission et obtient une prorogation demandée, au motif :

- d'arrêtés de péril et des travaux à intervenir pour assurer la pérennité de la copropriété ;
- des procédures en cours à l'encontre du copropriétaire détenteur de près de la moitié des tantièmes de copropriété.

La créance de charges résultant des titres exécutoires de la saisie immobilière, jugement et arrêt, s'élève – au

jour où le juge statue – à la somme de 450 531,14 €, incluant les condamnations à dommages-intérêts et article 700 du Code de procédure civile et les intérêts sur les sommes dues, arrêtés au 31 mai 2014. Elle n'a fait l'objet d'aucun règlement par le copropriétaire débiteur et celui-ci n'a jamais proposé de procéder à la vente amiable de ses lots ou d'une partie d'entre eux pour apurer sa dette de charges. Le refus du copropriétaire majoritaire de payer ses charges est la principale cause des difficultés de la copropriété, qu'il s'agisse de la gestion courante ou de travaux à exécuter pour la conservation de l'immeuble. En conséquence, le jugement d'orientation entrepris a été confirmé en toutes ses dispositions⁹.

À l'instar du redressement d'entreprises en difficulté que connaît le droit commercial, le statut de la copropriété comprend, depuis la loi *ALUR* du 24 mars 2014, des mesures qui participent du même esprit. Le traitement de l'endettement des copropriétés a été systématisé grâce notamment, à l'élaboration d'un plan d'apurement des dettes du syndicat établie à l'initiative de l'administrateur provisoire, et sous le contrôle du juge. Le principe est posé par l'article 29-5-I, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 juillet 1965.

Dans le cadre du redressement d'une copropriété en difficulté, l'administrateur provisoire désigné en application de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 avait préconisé, au sein d'un plan d'apurement, un étalement de la dette sur cinq années, ce qui correspond à la durée maximale prévue par l'article 29-5-I, alinéa 2, de la loi de 1965.

Dès lors, et eu égard aux informations qui lui ont été transmises, le président du TGI, qui a rappelé que les délais imposés aux créanciers dans le cadre du plan d'apurement des dettes ne peuvent être qu'uniformes (D. n° 67-223, 17 mars 1967, art. 62-24), a retenu que le délai de remboursement en deux ans et demi sollicité par l'un des créanciers imposerait à l'administrateur provisoire de prévoir le même délai pour les autres créanciers. Le juge a estimé que cela aboutirait à une charge de remboursement trop précocement élevée pour permettre un apurement du passif et conduirait, au contraire de l'objectif poursuivi, à une aggravation de la situation du syndicat. Il en a été déduit que la contestation du plan d'apurement du passif devait être rejetée¹⁰.

⁸ Cass. soc., 21 nov. 2018, n°s 17-12599, 17-12600, 17-12601 et 17-12613, PB.

⁹ CA Versailles, 13 oct. 2016, n° 16/01397.

¹⁰ TGI Évry, 21 nov. 2018, n° 18/606.

Le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives ^{117e9}

Françoise PÉROCHON

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

Membre du Laboratoire de droit privé et du Labex Entreprendre

Cet article est le résumé trop bref des principales questions évoquées le 14 juin 2019 lors du Congrès organisé par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, à La Colle-sur-Loup, au sein d'un atelier ouvert aux praticiens et animé par M^e Marc Sénéchal, mandataire judiciaire à Neuilly-sur-Seine, M^e Bertrand Manière, administrateur judiciaire à Nantes, et Françoise Pérochon, professeur à la faculté de droit de Montpellier, membre du Laboratoire de droit privé et du Labex Entreprendre de l'université de Montpellier, Chaire Prévention et traitement des difficultés des entreprises.

1. Cet atelier croisait, dans une optique pratique, les deux domaines techniques et évolutifs du droit des sûretés réelles et du droit des procédures collectives. Pour évoquer l'actualité tant législative que prétorienne relative au traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives, le choix a été fait de distinguer les garanties constituées avant l'ouverture de la procédure collective, en garantie souvent exclusivement de créances antérieures (I), des garanties apparues au cours de la procédure collective (II).

I. Sûretés et garanties réelles constituées avant la procédure collective en garantie de créances antérieures

2. Seront évoqués successivement des éléments d'actualité relatifs et ça continue ! à l'avertissement des créanciers titulaires de sûretés réelles et à d'autres droits procéduraux (A), puis aux sûretés non préférentielles (B) et enfin aux sûretés préférentielles (C).

A. Avertissement et droits procéduraux des titulaires de sûretés réelles

1. Avertissement personnel

3. L'article L. 622-24, alinéa 1^{er} prévoit que les titulaires d'une sûreté publiée sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu, la notification de l'avertissement faisant seule courir le délai de déclaration. Encore doit-elle être conforme aux dispositions de l'article R. 622-21, qui prévoit notamment la reproduction du texte de l'article R. 621-19, sans quoi « cet avertissement, insuffisant à informer le créancier de tous ses droits et obligations, n'a pas fait courir le délai de déclaration de la créance »¹.

NDA : Ce travail a bénéficié d'une aide de l'État gérée par l'Agence nationale de la recherche.

¹ Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-19317, FPBI : Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297w2, p. 56, note Le Corre P.-M. ; LEDEN juin 2017 n° 110t8, p. 3, note Staes O. ; RD bancaire et fin. 2017, n° 131, note Houin-Bressand C. ; Act. proc. coll. 2017, n° 116, note Vallansan J. ; JCP E 2017, 1355, note Stéfania T. ; JCP E 2017, 1460, n° 11, note Tehrani A., et JCP E 2017, 1667, n° 14, note Delebecq P. ; D. 2017, p. 758, obs. Lienhard A. ; RJ com. 2017, 355, note Roussel Galle P. ; RTD com. 2017, p. 685, note Martin-Serf A.

Il importe peu en revanche que l'avertissement n'ait pas été adressé au créancier actuel, la société absorbante, si la société absorbée, créancière d'origine, qui avait seule renouvelé son inscription hypothécaire après son absorption, apparaît seule au Livre foncier, le liquidateur, qui n'est « pas juge de la régularité des inscriptions », pouvant « se fier aux mentions du Livre foncier » et adresser à la seule société absorbée l'avertissement personnel destiné aux créanciers inscrits².

2. Sanction de la déclaration irrégulière

4. L'importance de la solution justifie le rappel de la solution – à nos yeux indéfendable – d'un arrêt du 4 mai 2017 décidant que l'irrégularité de la déclaration de créance constitue « une décision de rejet de la créance, qui entraîne, par voie de conséquence, l'extinction de la sûreté qui la garantissait »³. Comme l'ont souligné certains auteurs⁴, cette décision confond rejet de la créance et rejet de la déclaration, et elle fait produire à une irrégularité procédurale les effets du rejet de la créance (portant sur sa substance même). Rendue en violation tant de la loi interne que, le cas échéant, de l'article 8 du règlement européen sur l'insolvabilité, elle engendre une regrettable insécurité

² Cass. com., 17 avr. 2019, n° 17-27058, 343 FPB, rejet : LEDEN juin 2019, n° 112p4, p. 4, note Lafaurie K. ; JCP E 2019, 1413, note Lamy M.

³ Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-24854, FSPBI : Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297x3, p. 60, note Le Corre P.-M. (et D. 2017, p. 1941) ; BJE juill. 2017, n° 114y8, p. 268, note Degenhardt J. E. ; DP RCPE Bull. 205, juin 2017, p. 11, note Schmidt F. ; JCP G 2017, 673, note Ansault J.-J. ; JCP E 2017, 1434, note Stéfania T. et JCP E 2017, 1460, note Pétel P., n° 16 ; Rev. proc. coll. 2018-3, n° 100, note Cagnoli P. ; RD bancaire et fin. 2017, n° 180, note Houin-Bressand C. ; D. 2017, p. 2001, note Crocq P. ; Act. proc. coll. 2017-11, n° 167, note Le Bars T., et Act. proc. coll. 2018-10, n° 140, note Saint-Alary-Houin C., Macorig-Venier F. et Théron J. : « Irrégularité de la déclaration et extinction de la créance : un faux pas de la Cour de cassation ! » ; Dr. et proc. juill. 2017, p. 8, Reille F. ; Banque et droit, n° 174, juill. 2017, p. 64, note Rontchevsky N. ; RTD com. 2017, p. 687, note Martin-Serf A., et RTD com. 2017, p. 704, note Vallens J.-L.

⁴ V. not. Degenhardt E. : « Mieux vaut ne pas déclarer sa créance que la déclarer mal ou l'incitation au faux », BJE juill. 2017, n° 114y8, p. 268 ; Le Bars T., Act. proc. coll. 2017-11, n° 167 ; Saint-Alary-Houin C., Macorig-Venier F. et Théron J., Act. proc. coll. 2018-10, n° 140 ; Le Corre, P.-M., D. 2017, p. 1241 ; Reille F., « Quand l'irrégularité de la déclaration de créance emporte rejet de celle-ci », Dr. et proc. juill. 2017, cah. dr. entr. diff., p. 8 ; Cagnoli P. : « L'extinction discutable de la sûreté accessoire d'une créance irrégulièrement déclarée », Rev. proc. coll. 2018-3, n° 100 ; Houin-Bressand C., RD bancaire et fin. 2017, n° 180 ; Crocq P., D. 2017, 2001.

juridique, et il faut espérer que le législateur aura à cœur d'y remédier.

3. Droits procéduraux des titulaires de sûretés réelles

5. Il demeure difficile pour un créancier de se prémunir contre certaines menaces, et en particulier celle qui peut résulter d'une décision de *report de la date de cessation des paiements*, dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, le report pouvant entraîner la nullité obligatoire ou facultative de la sûreté réelle dont est titulaire le créancier. La jurisprudence décide pourtant que ses droits ne sont pas directement concernés, de sorte que la décision n'a pas à lui être notifiée. Le créancier, même si sa sûreté est publiée, doit donc lire le BODACC et former tierce opposition dans les dix jours de la publication⁵ ou de la décision lorsque celle-ci n'est pas publiée (art. R. 661-2), ce qui est le cas de l'arrêt confirmatif du report : la solution n'est pas conforme au droit d'accès au juge, le point de départ du délai étant occulte. Ajoutons que le créancier « devra avoir un intérêt distinct de celui de la collectivité des créanciers »⁶ et faire valoir un moyen propre, ce qui lui interdit d'invoquer la nullité de l'assignation à fin de report, nullité dont la société débitrice ou son gérant auraient pu se prévaloir⁷.

6. En revanche, le créancier gagiste a un intérêt personnel qui lui permet de faire tierce opposition à une décision prononçant l'inaliénabilité des droits sociaux détenus par le débiteur⁸.

7. Dans le domaine financièrement voisin mais juridiquement bien distinct du crédit-bail – qui n'est pas une sûreté réelle –, un arrêt du 6 mars 2019 décide que le crédit-bailleur d'immeuble, propriétaire dont le bien a été dégradé après la décision du liquidateur de ne pas continuer le contrat et restitué tardivement, a subi un préjudice personnel « dont la réparation est, dès lors, étrangère à la reconstitution du gage commun ». Il peut donc agir en responsabilité contre le liquidateur sans avoir à déclarer au passif les dommages-intérêts⁹ (d'où la cassation de l'arrêt qui y avait vu un préjudice non distinct de celui subi par la col-

lectivité des créanciers, et en avait déduit le défaut de qualité du propriétaire).

B. Sûretés et garanties réelles non préférentielles : propriété-sûreté et droit de rétention

8. Le principal atout commun aux sûretés (propriété réservée et fiducie-sûreté) et garantie (droit de rétention)¹⁰ non préférentielles est qu'elles échappent parfois presque totalement à la discipline collective à laquelle sont soumis, par principe, les créanciers au titre de leurs créances antérieures ainsi que de leurs créances postérieures non éligibles¹¹ au traitement préférentiel des « créances de la procédure » visées par le I des articles L. 622-17 et L. 641-13. Il peut en être ainsi à propos tant de l'obligation de déclarer (1°) que du gel du passif (2°).

1. Soustraction possible à l'obligation de déclaration

9. Les titulaires de ces garanties non préférentielles *échappent* d'abord – au seul titre de la garantie – à *l'obligation de déclaration*¹², dont ils relèvent en principe au titre de leur créance.

Ainsi, « la déclaration de la créance n'est pas une condition de la *revendication* »¹³. Si le propriétaire revendiquant sur le fondement d'une clause de réserve de propriété ou d'une fiducie-sûreté déclare néanmoins sa créance – pour le cas où la revendication n'aboutirait pas –, il doit être prêt à se désister pour en éviter l'admission¹⁴ si, à l'inverse, sa revendication apparaît fondée et lui permet de bénéficier du paiement prévu par l'article L. 624-16, alinéa 4.

10. De la même façon, *le droit de rétention* en tant que tel n'a pas à être déclaré..., s'il s'agit d'un droit de rétention « autonome », non accessoire à une sûreté

5 Cass. com., 14 juin 2017, n° 15-25698, FS-PBI : BJE sept. 2017, n° 115b1, p. 344, note Favario T. ; DPDE juill. 2017, Bull. n° 394, note Rémy J.-P. ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 304v3, p. 73, note Roussel Galle P. ; LEDEN août 2017, p. 3, note Mouial-Bassilana E. ; Act. proc. coll. 2017-14, n° 212, note Staes O. ; RJC 2017, p. 508, note Lebel C. ; JCP E 2017, 1499, note Stefania T. ; Rev. proc. coll. 2018, n° 33, note Blanc G., et Rev. proc. coll. 2018, 103, note Cagnoli P. ; RTD com. 2017, p. 698, note Vallens J.-L., et RTD com. 2017, p. 1000, note Martin-Serf A. ; R. soc. 2017, 520, note Roussel Galle P.

6 Le Corre P.-M., « Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz action, 2019/2020, n° 222.365, p. 489.

7 Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-22081, 835, FD : Gaz. Pal. 15 janv. 2019, n° 339t4, p. 58, note Reille F.

8 Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14933, FD, cassation partielle : BJE janv. 2019, n° 116p3, p. 17, note de Lajarte-Moukoko C.

9 Cass. com., 6 mars 2019, n° 17-20545, PB, cassation partielle.

10 Droit réel (Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, n° 90-14545 : Bull. civ. IV, n° 4 – Cass. com., 22 mai 2012, n° 11-12015 : Bull. civ. IV, n° 108), mais non sûreté réelle (Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11915 : Bull. civ. IV, n° 141 – Cass. com., 16 juin 2015, n° 13-27736, NP).

11 Pourvu qu'elles soient nées régulièrement ; sinon, elles sont inopposables à la procédure collective.

12 Au seul titre de la garantie : mais pas au titre de leur créance.

13 Cass. com., 29 janv. 1991, n° 90-10525 et Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-18867 (motif de pur droit), NP : D. 1993, p. 288, obs. Pérochon F. – Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-20069 : Bull. civ. IV, n° 70.

14 Admission fatale vu les conséquences qu'en tire la Cour de cassation : Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-18031, PB ; Gaz. Pal. 9 juill. 2011, n° 16479, p. 12, note Le Corre-Broly E. ; BJE sept. 2011, n° 127, p. 250, note Benlisi S., et BJE sept. 2011, n° 134, p. 233, obs. crit. Pérochon F. (v. aussi Pérochon F., *Entreprises en difficulté*, 2014, LGDJ, n° 1587) ; D. 2011, p. 2069 et s., spéc. 2079, note Le Corre P.-M. ; Act. proc. coll. n° 10 juin 2011, alerte 148, obs. Fin-Langer L.

réelle¹⁵, à l'inverse, du droit de rétention accessoire qui doit être déclaré avec la sûreté¹⁶.

2. Soustraction possible au gel du passif

11. Les titulaires des garanties non préférentielles *échappent* ensuite, dans une mesure variable, au gel du passif, à l'interdiction des poursuites et à l'interdiction des paiements qui frappent en principe les créanciers antérieurs.

12. Le bénéficiaire d'une CRP peut ainsi exercer sa sûreté et agir dans le délai de revendication (il le doit même ! sauf publication), dans toute procédure, à l'exclusion toutefois des sauvegardes accélérées (art. L. 628-1, al. 1^{er}). Il en est ainsi alors même que la créance du prix n'est pas exigible¹⁷ – ce qui lui interdirait d'agir en droit commun – et alors que la revendication permet souvent au créancier de recevoir un paiement ou son équivalent sous diverses formes (paiement « en nature » en retrouvant la libre disposition du bien : C. civ., art. 2371 ; paiement immédiat du solde du prix en application de l'article L. 624-16, alinéa 4 ; restitution « en nature ou en valeur » du bien valablement revendiqué mais ayant disparu après le jugement d'ouverture, paiement par le sous-acquéreur ou remise des fonds versés par le sous-acquéreur en application de l'article R. 624-16...).

13. Un arrêt du 20 mars 2019 soustrait le syndic de copropriété à l'interdiction des poursuites lorsqu'il agit contre l'ancien syndic en restitution des « fonds¹⁸, documents et archives », au motif de pur droit que son action « tend au respect d'une obligation légale, inhérente à la profession de syndic, et non au paiement d'une somme d'argent »¹⁹, motif qui laisse perplexe tant les obligations légales fourmillent dans notre système juridique !

14. La cession par bordereau de créances professionnelles, dite cession *Dailly*, qui réalise un transfert fiduciaire à titre de garantie (C. mon. fin., art. L. 313-23 et s.), conserve toute son efficacité lorsque le cédant est soumis à une procédure collective, le cessionnaire pouvant même notifier la cession au débiteur cédé après l'ouverture, ce qui met fin au mandat de recouvrement du cédant²⁰.

Un arrêt du 15 mai 2019²¹ décide, à l'avantage du cessionnaire, qu'il n'a pas qualité pour « défendre, en l'absence du cédant, à une demande de résolution du contrat dont procède cette créance » de sorte que le débiteur cédé ne peut lui opposer une demande de résolution du contrat pour défaut de livraison.

15. En l'absence de toute jurisprudence sur la fiducie-sûreté, *a fortiori*, sur fond de procédure collective, rappelons que les textes distinguent selon que la sûreté dépossède ou non le constituant de la jouissance des actifs fiduciaires : en cas de dépossession, on déduit *a contrario* du silence des textes l'efficacité totale de la sûreté, et la liberté du bénéficiaire de la mettre en œuvre dans les conditions du droit commun, et donc dès l'échéance, en cas de défaut de paiement. À l'inverse, en cas de fiducie-sûreté sans dépossession, des dispositions impératives destinées à favoriser le sauvetage de l'entreprise²² interdisent au bénéficiaire de mettre en œuvre la sûreté durant la période d'observation et durant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, à tout le moins si la convention relative à la jouissance du bien a été poursuivie²³ ; hors ces hypothèses, la mise en œuvre de la sûreté est possible, ce qui lui confère une « efficacité graduée »²⁴, variant selon les procédures.

16. La principale question est aujourd'hui de déterminer, en matière de fiducie-sûreté portant sur des droits sociaux, s'il y a ou non dépossession du constituant. Peut-on parler de dépossession si le constituant continue à donner au fiduciaire ses indications de vote et s'il conserve la maîtrise de la destination des dividendes ? Nous en doutons fortement, même s'il est

15 Solution déduite *a contrario* de Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12233 : Bull. civ. IV, n° 125 ; Act. proc. coll. 1999-12, n° 160, note Vallansan J. ; JCP E 1999, 1243, rapp. Remery J.-P., et JCP E 2000, 127, n° 13, note Cabrillac M. ; JCP G. 2000, I, 209, n° 18, note Delebecq P. ; RTD com. 1999, p. 968, note Martin-serf A. ; *adde* Ghazi A., « Sur la dualité du droit de rétention », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, 2001, LexisNexis, 719 ; Pérochon F., « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Dalloz-Litec, p. 379, n° 11 et s.

16 Solution déduite de Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12233, préc.

17 Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-20619, FD : BJE juill. 2017, n° 114w9, p. 281, note Laroche M. ; RTD civ. 2017, p. 708, obs. Crocq P. (et D. 2017, p. 2002, obs. Crocq P.) ; JCP E 2017, 1667, n° 23, note Delebecq P.

18 Un précédent arrêt avait semblé envisager la possibilité de rédiger un mandat d'encaissement de telle sorte que le mandant ait la propriété des fonds encaissés et puisse ainsi les revendiquer : Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-11168, NP, Virgin / Smartbox : BJE juill. 2017, n° 114w9, p. 281, note Laroche M. ; comp. Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-16531, FSPB.

19 Cass. com., 20 mars 2019, n° 17-22417, FSPB : LEDEN mai 2019, n° 112n0, p. 3, note Roux J.-M. ; R. soc. 2019, p. 427, Roussel Galle P. ; Gaz. Pal. 9 juill. 2019, n° 355s5, p. 65, note Boustani D. ; Act. proc. coll. 2019, n° 116, et JCP E 2019, 1375, n° 3, note Pétel P.

20 Kuntz J.-E. et Nurit V., « La cession de créances Dailly à titre de garantie à l'épreuve du plan de sauvegarde », BJE janv. 2014, n° 110u0, p. 58.

21 Cass. com., 15 mai 2019, n° 17-27686 : PB.

22 Sur leur nécessité, v. not. Lucas F.-X. et Sénéchal M., « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », D. 2008, p. 29.

23 Si la convention de maintien en jouissance n'est pas poursuivie, l'interdiction de transfert de l'article L. 622-23-1 ne semble pas applicable (même si la convention n'est pas encore formellement résiliée).

24 Borga N., in Borga N. et Pérochon F., « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », in *Procédures collectives et sûretés réelles : à la recherche d'équilibres et d'articulations*, Rev. proc. coll. 2018-4, doss. 20, p. 82, n° 20. Lucas F.-X., « Fiducie sûreté et procédure collective », in *Fiducie et restructuration*, Actes du Colloque organisé le 25 septembre 2014 par l'Association française des fiduciaires, coll. Grands Colloques, p. 43 et s., spéc. p. 47, parle d'efficacité à deux vitesses.

allégué qu'il n'en est ainsi que pour des raisons fiscales²⁵.

17. Quant au droit de rétention, s'il ne confère aucun droit de poursuite au créancier, il peut, en cas de rétention effective, conduire au retrait contre paiement, sur autorisation du juge-commissaire (art. L. 622-7, II et L. 641-3, al. 2). L'article L. 642-20-1, alinéas 1^{er} et 3, organise la possibilité pour le liquidateur, autorisé par le juge-commissaire, de réaliser le bien, assurant le report du droit de rétention, effectif ou fictif²⁶, sur le prix de vente.

18. Un arrêt du 30 janvier 2019²⁷ en fait application en matière immobilière : la solution est conforme au texte, qui ne distingue pas, et elle met heureusement fin au doute qu'avait pu susciter un arrêt ancien et à nos yeux critiquables²⁸ qui, sur la base de textes pas tout à fait identiques, avait considéré que ces dispositions ne valaient qu'en matière mobilière. L'arrêt admet – logiquement – une rétention « *corpore alieno* »²⁹, et souligne que la rétention de l'immeuble ne faisait pas obstacle à la vente du bien par le liquidateur, qui ne pouvait donc exiger sa libération préalable ; en effet, peut-on comprendre, le report du droit de rétention sur le prix permet au contraire la libération de l'immeuble.

19. L'arrêt du 30 janvier 2019 n'avait pas à faire application de l'alinéa 2 de l'article L. 642-20-1, qui prévoit l'attribution judiciaire du bien gagé, mais, dans la mesure où il confirme enfin l'inclusion des immeubles dans le domaine du texte, il nous paraît commander celle-ci en cas de gage immobilier, l'ensemble des conditions légales étant réunies³⁰. Toutefois, la solution n'a pas forcément un grand avenir, puisque le projet de réforme de droit des sûretés dit « Capitant » entend supprimer l'expression de gage immobilier et ressusciter l'ancienne antichrèse³¹, laquelle n'entre pas dans le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article

L. 642-20-1, relatif au seul gage. Mais, à l'inverse, le projet entend généraliser en liquidation judiciaire l'attribution judiciaire et même le pacte commissaire³², ce qui pourrait rouvrir à l'antichrèse l'attribution judiciaire (si cette généralisation, qui nous semble inopportune, avait effectivement lieu).

C. Sûretés préférentielles

20. Parmi les sûretés strictement préférentielles, dépourvues de droit de rétention, figurent les privilèges généraux reconnus aux salariés et, par subrogation – plus ou moins complète –, à l'AGS subrogée dans les droits des premiers (sur le conflit qui en résulte, v. *infra* nos 36 et s.). Seront ici signalés quelques éléments d'actualité relatifs au traitement de ces sûretés dans les plans de sauvegarde ou de redressement (1^o) et en liquidation judiciaire (2^o).

1. Plans de sauvegarde ou de redressement

21. Selon un arrêt rendu le 3 octobre 2018, le créancier gagiste a un intérêt personnel à exercer un recours, et donc à former tierce opposition, contre une décision prévoyant, dans un plan de sauvegarde, l'inaliénabilité des droits sociaux objet du gage (en réalité, du nantissement)³³.

22. Une autre question débattue est celle du régime applicable en cas de cession de biens grevés de sûretés spéciales durant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (ou durant la période d'observation). La pratique dominante semble être de verser à la Caisse des dépôts et consignations la totalité du prix de cession, plutôt que la seule quote-part visée par l'article L. 626-22 et, comme le souligne Maître Bertrand Manière, de demander au tribunal de procéder à une modification du plan, même lorsque la cession ne suppose pas la levée d'une clause d'inaliénabilité. Cette pratique, certes contraignante, a notamment l'avantage de faire préciser par le tribunal le taux d'actualisation évoqué par l'alinéa 2 de l'article L. 626-22, qui prévoit le paiement des échéances futures « réduites » en fonction du paiement anticipé. Dans le silence des textes, un taux relativement élevé, réduisant la créance payée par anticipation, pourrait se justifier par référence au taux du crédit accordé à un débiteur en cours d'exécution du plan (*in concreto*).

2. Liquidation judiciaire

23. Nous évoquerons tour à tour l'hypothèse d'un plan de cession (a) et celle de la cession des actifs isolés (b).

25 V. not. les propos nuancés de Lucas F.-X., « Fiducie sûreté et procédure collective », in *Fiducie et restructuration*, Actes du Colloque organisé le 25 septembre 2014 par l'Association française des fiduciaires, coll. Grands Colloques, p. 43 et s., spéc. p. 48 et 49, et de Savage V., *La fiducie sur parts et actions de sociétés – Aspects juridiques et fiscaux*, Paris, 2015, Larcier, spéc. p. 46, et p. 61-63. Comp. Dammann R., Rev. proc. coll. 2013-3, n° 20, p. 79 ; Dammann R. et Pigot M., Rev. bimestrielle LexisNexis Juriscl. juill./août 2016, n° 44, p. 10 ; Fornacciarì T., et Bourbouloux H., « L'épisode Camaieu : retour sur l'efficacité de la fiducie-sûreté sur les droits sociaux », BJE mai 2019, n° 116p9, p. 72 à 76, et réf. cit.

26 La solution résulte de la généralité de ses termes et du fait que l'inopposabilité du droit de rétention fictif prévue par l'article L. 622-7, I, alinéa 2, n'est pas applicable.

27 Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-22223, FPB : JCP E 2019, 1206, n° 20, note Pétel P. ; BJE mai 2019, n° 116w7, p. 44, note Macorig-Venier F. ; RDC févr. 2019, p. 78, note Danos F.

28 Cass. 3^e civ., 23 oct. 2002, n° 98-18109, B.

29 Solution de droit commun.

30 V. en ce sens Pérochon F., *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., 2014, LGDJ, n° 1209.

31 Avant-projet de réforme du droit des sûretés, C. civ., art. 2388 et 2392 et s.

32 Projet de modification de C. com., art. L. 643-1.

33 Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14933, FD : BJE janv. 2019, n° 116p3, p. 17, note de Lajarte-Moukoko C.

a. Plan de cession

24. Un arrêt du 20 mars 2019³⁴ retient une lecture nouvelle et favorable au créancier des dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 4³⁵. Rappelant que la cession de l'immeuble grevé « transfère au cessionnaire la charge de l'hypothèque et l'oblige au paiement des échéances dues à compter du transfert de propriété convenues avec le créancier », et qu'« elle n'emporte pas novation par substitution de débiteur »³⁶ de sorte que le débiteur reste « débiteur des mensualités mises à la charge du cessionnaire », la Cour de cassation en déduit que « le créancier hypothécaire, qui a conservé le bénéfice de sa sûreté garantissant cette créance et le droit de suite en résultant, peut exercer ce droit contre le cessionnaire défaillant, dans la limite des échéances impayées postérieurement à la cession ». Elle approuve donc la validation de la saisie de l'immeuble entre les mains du cessionnaire, sur le fondement du titre exécutoire dont bénéficiait le créancier (prêt notarié). Cette solution³⁷ n'est pas conforme aux alinéas 2 et 3 de l'article L. 642-12, dans la mesure où l'arrêt ne fait aucune référence au non-paiement du prix de cession par le cessionnaire, qui, pourtant, à suivre le texte, conditionne l'exercice du droit de suite du créancier. Elle nous paraît néanmoins bienvenue du fait qu'elle protège les intérêts du créancier, que le législateur avait exagérément sacrifiés.

25. Ne l'est pas, en revanche, la jurisprudence bien établie, qui, en cas de substitution de cessionnaire autorisée par le tribunal, retient, envers et contre tout³⁸, une conception très étroite de la garantie des engagements du cessionnaire substitué due par le cessionnaire initial³⁹, qui n'est pas conforme aux dispositions claires de l'article L. 642-9, alinéa 3 : si l'auteur de l'offre demeure tenu solidairement, il l'est nécessairement, selon nous,

aux côtés du cessionnaire substitué et au profit donc de son nouveau partenaire, qu'il s'agisse d'un cocontractant ou d'un créancier de l'ancien débiteur. Ces personnes ne sont certes pas celles que le législateur a directement entendu protéger, mais la garantie ainsi instituée est le meilleur moyen d'assurer le sérieux du plan de cession tout entier, en évitant la dérobade de l'auteur de l'offre.

26. Il faut en tout cas approuver la solution d'un arrêt de cassation du 30 janvier 2019⁴⁰ décidant que l'auteur de l'offre « ne garantit pas [au cessionnaire] l'exécution de l'obligation légale qui pèse sur le cessionnaire de s'acquitter des échéances du prêt transféré, sauf engagement personnel de sa part » ; d'où la cassation pour manque de base légale d'un arrêt qui avait condamné l'auteur de l'offre à verser au cessionnaire substitué les sommes laissées impayées par celui-ci ! L'arrêt cassé méconnaissait la raison d'être du dispositif légal, qu'il détournait de sa finalité.

27. La présence – pourtant quasi-systématique – de biens grevés de clauses de réserve de propriété continue à donner lieu à des solutions à notre avis parfois exagérément favorables au revendiquant⁴¹. Un arrêt du 28 juin 2017⁴² rappelle ainsi que « tant que le délai de revendication n'est pas expiré, l'administrateur judiciaire ne peut procéder à la réalisation d'actifs portant sur des biens objets d'une clause de réserve de propriété dont il connaît l'existence, sans l'accord du vendeur à qui il doit payer le solde du prix restant dû sur le matériel »⁴³. L'inclusion dans le plan de biens dont, par hypothèse, le vendeur avait déjà disposé, devrait selon nous être jugée licite par principe, le revendiquant ayant seulement droit au paiement du solde du prix ou, à tout le moins, de la contre-valeur des biens à cette date⁴⁴, solution réaliste qui évite de retarder la cession. Reste au revendiquant à établir que la valeur vénale de ses biens excédait celle retenue par le juge⁴⁵, la charge de la preuve lui incombant, selon nous.

34 Cass. com., 20 mars 2019, n° 17-29009, FSPB : Act. proc. coll. 2019, n° 91, note Cagnoli P. ; BJE juill. 2019, n° 117b2, p. 29, note Dols-Magneville M. ; JCP E 2019, 1312, note Legeais D., 1375, n° 10, obs. Tehrani A. ; LEDB mai 2019, n° 112c5, p. 2, note Mignot M. ; LEDEN mai 2019, p. 2, note Cavelier J. ; LEDC mai 2019, n° 112g7, p. 5, note Leblond N. ; Gaz Pal 18 juin 2019, n° 354h4, p. 34, note Ansault J.-J. ; Gaz. Pal. 25 juin 2019, p. 29, note Dumont M.-P. ; RD bancaire et fin. 2019, n° 82, note Legeais D., et RD bancaire et fin. 2019, n° 104, note Houin-Bressand C. ; Rev. proc. coll. 2019, n° 69, note Gijssbers C. ; Gaz Pal 9 juill. 2019, n° 355x5, p. 62, note Guastella M.

35 Dans le seul cas où la sûreté garantit le prêt ayant financé l'acquisition du bien grevé.

36 V. déjà Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23219, FPB : D. 2016, p. 423, obs. Lienhard A. – Cass. com., 11 mai 2010, n° 09-13106 – Cass. com., 13 avr. 1999, n° 97-11383 : Bull. civ., n° 87 ; JCP E 1999, 1533, n° 11, obs. Cabrillac M. ; Defrénois 15 août 1999, p. 870, note Sénéchal J.-P. – Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-13802, B. : D. 1999, Somm. 4, note Derrida F.

37 Approuvée en général par les auteurs, qui ont toutefois parfois critiqué sa double référence au droit de suite, alors même que le cessionnaire est personnellement tenu à une fraction de la dette (échéances futures) ; pour Cagnoli P., Act. proc. coll. 2019, n° 91, « Il est certes singulier qu'un tiers détenteur soit en même temps obligé à la dette mais tel est bien le cas, ici ».

38 Quitte à dénaturer la clause précisant la garantie assurée par l'auteur de l'offre : v. Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-16389, FSPB.

39 V. par ex. Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-16389, FSPB.

40 Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-15036, FPB : R. soc., 2019, p. 221, note Roussel Galle P.

41 V. par ex. Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-22027, FD : BJE janv. 2018, n° 115k5, p. 36, note Laroche M. ; Rev. proc. coll. 2018-1, n° 7, note Vallansan J. Comp. avec le triste sort fait au gagiste d'un stock inclus dans un plan de cession : Cass. com., 21 nov. 2018, n° 17-19479 : Gaz. Pal. 15 janv. 2019, n° 339u1, p. 61, note Bidan C. ; Gaz. Pal. 9 juill. 2019, n° 355v6, p. 63, note Boustani D.

42 Cass. com., 28 juin 2017, n° 15-23229, FD : BJE nov. 2017, n° 115g0, p. 422, note Laroche M. ; Gaz. Pal. 17 avr. 2018, n° 321h5, p. 61, Bidan C.

43 V. déjà Cass. com., 5 déc. 1995, n° 93-21339 : Bull. civ. IV, n° 280.

44 V. en ce sens, Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-18638 : Bull. civ. IV, n° 5.

45 L'arrêt précité Cass. com., 28 juin 2017, n° 15-23229, approuve la condamnation de l'administrateur judiciaire qui avait inclus les biens revendiqués dans le périmètre du plan de cession, « sans attendre que le juge-commissaire statue sur la demande de revendication », commettant de ce fait « une faute à l'origine d'un préjudice » pour la société revendiquante « privée d'une chance de vendre les meubles dont elle était propriétaire à un meilleur prix que la valeur de réalisation de 3 000 € retenue par le juge-commissaire, laquelle ne liait pas le juge de la réparation du préjudice » (octroi de 10 000 € de dommages-intérêts ; on comprend mal le rôle du juge-commissaire, s'agissant d'un plan de cession).

b. Réalisation isolée des biens grevés

28. Le liquidateur doit en règle générale procéder à la réalisation isolée des biens du débiteur, y compris ceux grevés de sûretés réelles, à condition toutefois que le créancier n'en ait pas exigé l'attribution judiciaire, qui est de droit⁴⁶ lorsqu'elle est juridiquement possible : or, dans le livre VI, cette faculté n'est prévue que par l'alinéa 2 de l'article L. 642-20-1 du Code de commerce, et seulement en faveur du créancier gagiste en liquidation judiciaire.

29. Comme il a été vu, le gagiste devrait s'entendre en droit positif du titulaire d'un gage tant immobilier que mobilier (*supra*, n° 19). En matière mobilière, il s'agit non seulement du gage *stricto sensu*, avec ou sans dépossession, des meubles corporels (C. civ., art. 2333 et s), même appelé pour des raisons historiques « nantissement » (de l'outillage et du matériel) ou « warrant » (agricole, hôtelier...), mais aussi, sauf texte contraire⁴⁷, du nantissement qui confère un droit de préférence sur un meuble incorporel⁴⁸.

30. En revanche, au regard des dispositions du livre VI du Code de commerce⁴⁹, la Cour de cassation a logiquement refusé l'attribution judiciaire au créancier hypothécaire : « la demande d'un créancier hypothécaire impayé tendant à ce que l'immeuble grevé lui demeure en paiement, par application de l'article 2458 du Code civil, tend au paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du Code de commerce, et, qu'à défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe de l'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est irrecevable »⁵⁰.

31. La jurisprudence a maintenu par ailleurs le cap s'agissant de l'insaisissabilité, légale ou déclarative, de certains immeubles : elle décide que l'immeuble ne fait pas partie de l'actif de la procédure collective,

pour autant qu'il soit d'ores et déjà insaisissable au jour de l'ouverture de la procédure. À l'inverse, s'il est à cette date normalement saisissable, l'immeuble entre, une fois pour toutes, dans le « gage commun » des créanciers, et il importe peu, dès lors, qu'entre en vigueur par la suite un nouveau texte instituant l'insaisissabilité. Il en résulte que « c'est... à bon droit que l'arrêt retient que l'article L. 526-1 nouveau du Code de commerce rendant de droit insaisissables les droits du débiteur sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale n'est pas applicable aux procédures collectives ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 »⁵¹.

32. Lorsque l'insaisissabilité a pris effet, à l'égard au moins de certains créanciers, avant l'ouverture de la procédure collective, elle est opposable à celle-ci, et le liquidateur ne peut pas, en principe, réaliser l'immeuble, étranger au gage commun. Les créanciers à qui l'insaisissabilité est inopposable peuvent en conséquence exercer leurs poursuites sur l'immeuble dans les conditions du droit commun – comme s'il n'y avait pas de procédure collective –⁵², solution qui favorise davantage ces créanciers que le débiteur pourtant destinataire de la protection légale... : il verra saisir, et peut-être rapidement, l'immeuble « insaisissable »... !

33. Que décider en cas de renonciation du débiteur (que nous supposons, pour simplifier, générale, et non réservée à un créancier en particulier) au cours de la procédure de liquidation judiciaire ou bien de déménagement du débiteur qui, par exemple, cesse d'avoir sa résidence principale dans l'immeuble... ? Il n'a pas été statué pour l'instant à notre connaissance sur l'incidence d'une telle évolution de la situation. Par hypothèse, l'immeuble n'était pas inclus à l'origine dans la procédure collective.

Il nous semble devoir y rentrer à partir du jour où les conditions de l'insaisissabilité cessent d'être remplies : car le principe est et demeure – en dépit d'une exception limitée (art. L. 641-9, IV) – l'appréhension par la procédure collective de tous les biens entrés dans le patrimoine du débiteur, non seulement avant l'ouverture de la procédure, mais également ensuite et

46 À tout le moins lorsqu'un seul créancier la sollicite.

47 C. com., art. L. 142-1, al. 2 pour le fonds de commerce.

48 La solution nous paraît commandée par l'article 2355, alinéa 5 du Code civil. Elle est expressément prévue en matière de nantissement de compte titres : C. mon. fin., art. D.211-12. V. plutôt en ce sens, le motif de Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2018, n° 17-15992, NP.

49 Que l'avant-projet de réforme des sûretés entend réformer à cet égard : *supra*, n° 19.

50 Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10591, FPBI : Rev. proc. coll. 2017, comm. 102, note Macorig-Venier F. ; JCP E 2017, 1460, n° 19, obs. Tehrani A. ; JCP E 2017, 1667, n° 19, obs. Delebecque P. ; D. 2017, p. 1356, obs. Lienhard A., D. 2017, p. 1941, obs. Le Corre P.-M. ; RTD civ. 2017, p. 707, note Crocq P. ; BJE nov. 2017, n° 115g7, p. 418, note Dols-Magneville M. ; LEDB juill. 2017, n° 110t0, p. 7, obs. Mignot M. ; LEDEN sept. 2017, n° 110x4, p. 2, note Camensuli-Feuillard L. ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 304u7, p. 51, note Boustani D. ; Gaz. Pal. 19 déc. 2017, n° 309y9, p. 43, note Ansault J.-J. ; RTD com. 2017 p. 993, note Martin-Serf A. ; Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-14964, FD : JCP E 2018, 1657, n° 17, note Delebecque P.

51 Cass. com., 29 mai 2019, n° 18-16097, FD, rejet.

52 Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-10206, FSPBI : D. 2017, p. 1759, note Lienhard A. ; BJE nov. 2017, p. 413, note Lisanti C. ; JCP E 2017, 1688, n° 2, obs. Pétel P. ; Act. proc. coll. 2017-17, n° 255, repère Dols-Magneville M. ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-18348, FD : BJE juill. 2017, p. 284, brève Dols-Magneville M. – Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-24640, FSPB : BJE juill. 2016, n° 113p8, p. 257, note Legrand V. ; D. 2016, p. 1296, note Borga N. et D. 2016, p. 1894, note Le Corre P.-M. et Lienhard A., actu 12 avr. ; Le Corre P.-M., « Le droit du créancier, auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable, de saisir l'immeuble pendant la liquidation judiciaire », Gaz. Pal. 28 juin 2016, n° 269p0, p. 54 ; R. soc., 2016, p. 393, note Henry L. C. ; RJC 2016, p. 268, note Roussel Galle P. ; Act. proc. coll. 2016-9, n° 120, note Leprovax J. ; JCP E 2016, 1442, note Lebel C. ; JCP N 2016, 1218, note Vauvillé F. ; Rev. proc. coll. 2016, n° 119, note Macorig-Venier F. ; Rev. proc. coll. 2016-6, n° 186, p. 53, note Reille F.

jusqu'à sa clôture (art. L. 641-9, I). L'immeuble insaisissable n'entre certes pas dans le patrimoine du débiteur – puisqu'il y était déjà –, mais, par exception au principe résultant des articles 2284 et 2285 du Code civil (1^{re} phrase de C. com., art. L. 526-1), il n'était pas au départ dans le gage de tous les créanciers ; dès lors que les conditions de son exclusion exceptionnelle ne sont plus remplies, il redevient un élément du gage commun, ce qui justifie que le liquidateur puisse le réaliser.

34. Au profit de quels créanciers ? Le liquidateur devra-t-il réserver le prix aux créanciers à qui l'insaisissabilité était inopposable ? Ou pourra-t-il, du fait de la cessation de l'insaisissabilité, distribuer le prix de vente, sans en tenir compte, y compris donc à des créanciers professionnels « postérieurs » à qui l'insaisissabilité était à l'origine opposable ? Plusieurs raisons nous paraissent commander cette seconde solution :

- d'abord, l'absence de disposition contraire ; l'insaisissabilité est une dérogation au droit commun, dérogation qui, en l'occurrence, a pris fin lorsque les conditions ont cessé d'en être remplies ; rien n'en subsiste, en l'absence de dispositions analogues à celle du 3^e alinéa de l'article L. 526-3 relatif aux cas de décès ou de dissolution du régime matrimonial ;
- ensuite, cette analyse nous paraît être dans la stricte logique de la ligne suivie par la Cour de cassation depuis 2011-2012 : puisqu'elle refuse au liquidateur le droit de réaliser le bien au motif que quelques créanciers ne l'avaient pas dans leur gage⁵³, elle doit à l'inverse décider que, lorsque le bien est dans le gage commun, tous les créanciers ont vocation à venir à la distribution, indépendamment de l'histoire de la composition du gage commun ;
- enfin, l'indéniable effet d'aubaine pour les créanciers à qui l'insaisissabilité était opposable importe peu : un créancier professionnel qui savait la résidence insaisissable lorsqu'il a contracté pourra être payé sur le prix de l'immeuble si le débiteur en a déménagé depuis et, à l'inverse, ceux qui pensaient être seuls payés sur ce prix subiront ce concours qu'ils n'attendaient pas... Il y a là un fait, mais nullement à nos yeux une objection, car l'insaisissabilité est censée protéger le débiteur, et non tels de ses créanciers, qui n'ont *aucun droit acquis* à son maintien⁵⁴ (pas davantage qu'un créancier en général n'en a au maintien de la composition du patrimoine du débi-

teur ; libre au créancier anxieux d'exiger une sûreté réelle...).

II. Sûretés et garanties apparues pendant la procédure collective

35. Ont également été évoquées au cours de l'atelier les garanties apparues au cours de la procédure collective, inhérentes à celle-ci (A) ou constituées après le jugement d'ouverture (B).

A. Garanties inhérentes à la procédure collective : privilège des créances postérieures et superprivilège

36. L'atelier a permis d'évoquer le différend qui a opposé récemment l'AGS aux mandataires de justice et au Conseil national sur la question de l'ordre de leur paiement respectif.

L'AGS se prévaudrait essentiellement de l'article L. 625-8, selon lequel, en toute procédure, le paiement du superprivilège est quasi-immédiat ou a lieu sur les premières⁵⁵ rentrées de fonds (al. 3) – ces fonds seraient donc indisponibles pour le paiement des autres créanciers⁵⁶ – et des articles prévoyant le paiement du superprivilège avant toute autre créance notamment postérieure, en particulier celle des « frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure » (art. L. 622-17, II et L. 641-13, II). Les rémunérations des mandataires de justice, frais de justice postérieurs « utiles », devraient ainsi inéluctablement être payées après le superprivilège⁵⁷. Le confirmerait indirectement l'article L. 643-7-1, ne prévoyant de restitution de fonds qu'à la charge du créancier qui a trop reçu à la suite notamment « d'une erreur sur l'ordre des privilèges », erreur absente dans le cas des sommes remises à l'AGS.

37. Cette argumentation n'a convaincu aucun des membres de l'atelier. Elle ne présente qu'une apparence de logique et ne peut être suivie. Maître

53 Position dont il faut prendre acte, quoi que l'on en pense : v. not. Sénéchal M., « L'effet réel de la procédure collective », BJE mars 2014, p. 65, et « Réalisation de la résidence principale d'un entrepreneur individuel déclarée insaisissable », BJS mars 2009, p. 226 ; Pérochon F., JCP E 2011, 1551 et « Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? » : Rev. proc. coll. 2013-4, doss. 25, p. 55.

54 Pérochon F., « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence », in *Mélanges à la mémoire du professeur Roger Saint-Alary*, p. 409, 2006, Ed. Législatives, PU Toulouse, n° 60 à 62.

55 « Les premières » rentrées de fonds : l'expression, certes évocatrice, nous semble trop vague pour pouvoir fonder, techniquement, une indisponibilité ; elle inclut sans doute la première, la deuxième, voire la troisième rentrée de fonds ; mais *quid* de la quatrième, de la cinquième ? On mesure l'imprécision.

56 En ce sens, Le Corre P.-M., « La récupération des avances de l'AGS à l'épreuve des autres créanciers », Rev. proc. coll. 2019-2, doss. 6, n° 18 et déjà, La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le super privilège des salaires sur les premières rentrées de fonds, Rev. proc. coll. 2012-1, doss. 10 ; v. plutôt contraire, Vecchioni-Ben Cheick L., *Les avances de l'AGS*, thèse sous la direction de Le Corre P.-M., Nice, oct. 2019, n° 480.

57 Les avances de l'AGS pour lesquelles elle n'est pas subrogée (C. trav., art. L. 3253-16, 2°) sont assimilées à des créances antérieures, assorties du privilège général des salaires, qui priment, en principe, en liquidation, les créances hypothécaires et les créances « méritantes » : Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-17997, B.

Marc Sénéchal en a fait la démonstration, sur la base, essentiellement, des arguments suivants.

38. En premier lieu, l'article L. 643-8, reprenant une solution antérieure même à la loi de 1985, ordonne que soit opérée, avant tout autre prélèvement, sur le montant de l'actif, la distraction « des frais et dépens de la liquidation judiciaire », au contenu moins large que l'ensemble des frais de justice postérieurs⁵⁸ et comprenant assurément la rémunération du liquidateur : la distraction est « le fait de retirer, de soustraire un bien d'un ensemble déterminé »⁵⁹. La solution est la même en droit allemand et dans d'autres systèmes juridiques : le paiement des frais de la procédure ne relève pas d'un privilège qui s'exercerait au sein de la répartition, il est extérieur à celle-ci et la précède pour la raison évidente qu'il la conditionne ; sans répartiteur, pas de répartition⁶⁰... ! Les honoraires du répartiteur donnent lieu en conséquence à un prélèvement sur l'actif avant toute répartition.

39. Nous ajouterons à l'Histoire et au droit comparé la lettre de l'article L. 643-8 : il prévoit en effet un deuxième cas de distraction, un autre prélèvement portant sur les subsides accordés parfois au débiteur personne physique ou aux dirigeants, ou à leur famille, avant d'envisager, de façon générale, celui « des sommes payées aux créanciers privilégiés »⁶¹. Insistons sur l'opposition ainsi marquée entre les deux premiers prélèvements visés par le texte (frais et dépens, et subsides) en faveur de personnes qui ne sont pas évoquées comme des créanciers, et le troisième, qui, à l'inverse, porte sur les sommes payées, de façon globale « aux créanciers privilégiés » (pris en bloc), parmi lesquels ne figurent donc ni les mandataires de justice au titre de leurs rémunérations (frais et dépens), ni le débiteur ou les dirigeants (subsides).

40. Marc Sénéchal invoque également le droit de rétention du mandataire de justice sur les fonds. La pratique des mandataires depuis près de deux décennies était en principe de ne pas l'exercer, du fait que l'AGS acceptait, en cas d'insuffisance d'actif, de leur restituer sans délai les sommes correspondant à leur rémunération. Mais tout était question de confiance, et l'altération récente de celle-ci a remis en exergue le droit de rétention, les « AJMJ » étant, comme l'a souligné Maître Bertrand Manière, le « premier organisme

de recouvrement de l'AGS ». À nouveau, l'exemple du droit comparé est intéressant, car, si tous les pays occidentaux ont un organisme de couverture des salaires impayés, aucune de leurs législations ne prévoit que ces organismes doivent être payés avant le professionnel de l'insolvabilité, qui est chargé de les rembourser.

41. À titre subsidiaire, Marc Sénéchal évoque aussi les dispositions sur les créances postérieures, dont il rappelle qu'elles instituent un principe majeur de paiement à l'échéance des créances postérieures « utiles », étranger à tout classement⁶² : celui-ci n'a vocation à s'appliquer que dans le cas où le paiement à l'échéance n'est pas possible. La prééminence du principe du paiement à l'échéance des créances postérieures sur la règle du paiement du superprivilège édictée par l'article L. 625-8 nous paraît également soulignée par le fait que la première opère de plein droit, de façon inconditionnelle, alors que la seconde est strictement subordonnée à une ordonnance du juge-commissaire⁶³.

42. D'autres arguments font appel au bon sens et à la nécessité :

Comme le souligne Marc Sénéchal, l'article L. 625-8 est conçu pour assurer le paiement rapide des salariés à titre personnel ; en faire bénéficier l'AGS sur la base de la subrogation n'est nullement conforme à l'esprit du texte, qui est de « prioriser » le paiement des seuls salaires⁶⁴. L'application littérale de la prétendue subrogation serait d'ailleurs impossible et anéantirait l'utilité de l'intervention de l'AGS, qui avancerait les fonds d'une main, pour en exiger aussitôt la restitution de l'autre. Cette interprétation de l'article L. 625-8 est en contradiction directe avec l'article L. 626-20, 1° selon lequel le superprivilège doit être payé sans délai lorsque le plan de redressement est adopté : on sait que statistiquement, l'adoption intervient au bout de douze ou treize mois, c'est-à-dire bien après les « premières rentrées ». De plus, si l'article L. 626-20, 1° interdit au tribunal d'imposer des délais à l'AGS pour le remboursement du superprivilège, il n'interdit évidemment pas à celle-ci d'accepter un étalement raisonnable du remboursement et telle était, jusqu'ici, la pratique couramment suivie.

58 Sur lesquels statue Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-17997, B.

59 Cornu G., *Vocabulaire juridique*, en particulier pour soustraire un bien à une saisie ; comp. in Cabrillac R. (dir.), *Dictionnaire juridique*, 2019, LexisNexis, Distraction des biens saisis : « Action par laquelle une personne autre que le débiteur invoque sa qualité de propriétaire pour soustraire un bien à une saisie ».

60 Les participants à l'atelier se rappelleront le verre d'eau de Marc Sénéchal, dont la première gorgée doit désaltérer le chef chamelier, pour que parviennent à destination la caravane et son chargement et que celui-ci puisse être réparti...

61 Le reliquat étant réparti au marc le franc entre les chirographaires.

62 La jurisprudence le rappelle régulièrement : Cass. com., 7 sept. 2010, n° 09-66595 – Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-20106 : Gaz. pal. n° spéc. proc. col. 2006/3, p. 24, obs. Henry L.-C. – Cass. com., 11 févr. 1997, n° 94-21784 : Bull. civ. IV, n° 49. D'où la responsabilité du mandataire qui, voulant conserver les fonds pour payer le superprivilège, refuse de payer une créance postérieure « utile » (indemnité d'occupation) : CA Paris, 11 févr. 2014, n° 12/17588.

63 Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-24855, B. : BJE juill. 2016, n° 113n6, p. 262, note Le Mesle L. ; JCP E 2016, 1387, note Ronet-Yague D. et JCP E 2016, 1465, n° 12, obs. Pétel P. ; Rev. proc. coll. 2016-5, n° 150, p. 51, note Fin-Langer L. ; Gaz. Pal. 18 oct. 2016, n° 277f1, p. 53, note Boustani D. ; RTD com. 2016, p. 552, Martin-Serf A.

64 Le texte est particulièrement utile pour les salariés dont la rémunération dépasse le plafond du superprivilège, puisqu'il prévoit que cette partie non avancée par l'AGS devra être payée sur les premières rentrées.

Ajoutons enfin que les chiffres mêmes de l'AGS révèlent avec constance que son taux de récupération de ses avances, au titre du superprivilège, n'excède pas 55 %. Si les mandataires de justice devaient passer systématiquement après le superprivilège au titre de leurs rémunérations, ils ne pourraient donc recouvrer en moyenne que moins de 55 % de celles-ci, environ la moitié donc. Une telle perspective serait à l'évidence inadmissible pour quelque professionnel que ce soit ; elle l'est *a fortiori* s'agissant de professionnels dont l'activité est à la fois tarifée et légalement dédiée au seul droit des débiteurs en difficulté.

B. Garanties constituées après le jugement d'ouverture de la procédure collective

43. En application de l'article L. 622-7, II et III, l'autorisation du juge-commissaire est requise, à peine de nullité, pour que le débiteur puisse « consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement », après avis du ministère public « si cet acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure ». Bien que le texte ne le spécifie pas et à l'instar de plusieurs auteurs⁶⁵, nous estimons que la sûreté ainsi constituée⁶⁶ ne peut garantir qu'une créance postérieure « utile » : le juge-commissaire ne saurait autoriser le débiteur à constituer une sûreté nouvelle pour garantir une dette antérieure.

44. En effet, l'article L. 622-7 pose le principe d'interdiction du paiement des créances notamment antérieures, puis, à l'alinéa 1^{er} du II, il interdit les actes graves non autorisés, parmi lesquels les constitutions de sûretés réelles, *sans* faire état d'une *dérogation* au principe énoncé au I, comme il le devrait s'il fallait admettre une telle dérogation. Comme pour confirmer que l'alinéa 1^{er} du II ne vise pas les créances antérieures, le 2^e alinéa du II est ainsi rédigé : « Le juge-commissaire peut *aussi* l'autoriser à payer des créances antérieures... » dans les cas *strictement* définis que chacun connaît (retrait du gage, etc.) : on ne peut à notre avis opposer plus clairement le domaine de l'alinéa 2 à celui de l'alinéa 1^{er}, et si l'alinéa 2 vise les créances antérieures dont le juge peut également et par exception autoriser le paiement, c'est évidemment parce que le 1^{er} alinéa ne le permet pas. Il suffirait sinon, pour valider n'importe quel paiement de créances antérieures (interdit), d'assortir la créance considérée d'une sûreté autorisée par le juge-commissaire...

45. L'arrêt rendu le 3 avril 2019⁶⁷ confirme cette prohibition et son fondement, puisque, à propos d'un gage-espèces régulièrement constitué au cours de la période d'observation, il décide que « le gage-espèces constitué postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne pouvait avoir pour objet de garantir, au mépris de l'égalité entre créanciers, une créance antérieure », de sorte que si gage n'avait plus d'objet, les fonds devaient être restitués au liquidateur.

65 Monsérié-Bon M.-H., Rép. com. Dalloz, v. Entreprise en difficulté : période d'observation, n° 88, observe avec raison que « Ces actes sont en pratique assez rares, car ils ne peuvent intervenir que pour garantir des prestations fournies postérieurement au jugement d'ouverture au débiteur ; or, ces créances sont déjà garanties par le privilège de l'article L. 622-17 » ; Saint-Alary-Houin C., *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., 2018, Montchrestien, n° 606. *Contra*, Le Corre P.-M., Dalloz action, 2019/2020, n° 422.231 ; mais les deux exemples qu'il cite au n° 422.221, pour illustrer l'intérêt qu'il y aurait pour le débiteur à garantir une créance antérieure, concernent deux situations dans lesquelles un texte spécial autorise le paiement du créancier (« volonté d'éteindre un droit de rétention » : art. L.622-7, II ; « empêcher la reprise d'un bien revendiqué », art. L.624-16, al. 4), ce qui en effet permet d'admettre aussi la constitution d'une sûreté. Les autres auteurs ne se prononcent pas.

66 Saint-Alary-Houin C., « Droit des entreprises en difficulté », n° 606 estime également, et nous la suivons pleinement, que l'énumération des sûretés visées ne devrait pas être considérée comme exhaustive.

67 Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-11281, FPB : LEDEN juin 2019, p. 2, note Andreu L. ; BJE juill. 2019, n° 117b6, p. 23, note Borga N. ; JCP E 2019, 1375, n° 5, obs. Tehrani A.



Librairie



La plus grande
**LIBRAIRIE
JURIDIQUE**
EN LIGNE



RAYON EBOOKS
Disponible

www.lgdj.fr



Suivez notre actualité
[@librairieLGDJ](https://twitter.com/librairieLGDJ)

Suivez nous sur





Liquid_

Lextenso 1^{er} moteur juridique avec recherche vocale :
à peine avez-vous commencé à dicter que
vous avez déjà trouvé.

Lextenso

Pour répondre à tous vos besoins d'information juridique, Lextenso met à votre disposition le meilleur moteur de recherche instantanée, ultra rapide et pertinent, avec recherche vocale* intégrée et un zeste de IA.

À partir de seulement 65 € HT/mois, accédez aux contenus à forte valeur ajoutée Gazette du Palais, Defrénois, Joly, LGDJ et Petites Affiches et à plus de 2 400 000 décisions de jurisprudence.

*Fonctionnalité disponible sur Chrome et sur mobile.

ESSAI GRATUIT sans engagement sur [lextenso.fr](https://www.lextenso.fr)

Le Droit à la simplicité