

MASTER II DROIT PRIVE
Parcours Justice et Médiation

2012 - 2013

**LES CONDITIONS D'OUVERTURE DES
PROCEDURES CONSUMERISTES ET
COMMERCIALES DE TRAITEMENT DES
DIFFICULTES : ANALYSE COMPARATIVE**



En collaboration avec la Banque de France de Bourges

Séverine DEBROCK-OUZGAIT

Sous la direction de M. DEFOSSEZ et A. LOUNIS

Sommaire

| | |
|--|----|
| Sommaire | 1 |
| Introduction | 6 |
| PARTIE I : LES CONDITIONS RELATIVES A LA SITUATION PERSONNELLE | 16 |
| Chapitre I : Les conditions tenant à la qualité du débiteur | 16 |
| Section 1 : Le principe de subsidiarité | 17 |
| §1. Les personnes éligibles au Code de Commerce | 17 |
| 1. <i>Les personnes morales de droit privé</i> | 17 |
| 2. <i>Les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale</i> | 18 |
| 3. <i>Les agriculteurs</i> | 20 |
| 4. <i>Les professionnels exerçant une activité indépendante dont les membres des professions libérales</i> | 21 |
| §2. Les personnes éligibles au Code de la Consommation | 21 |
| 1. <i>Une personne physique</i> | 22 |
| 2. <i>Une personne physique ne relevant pas des procédures collectives commerciales</i> | 23 |
| 3. <i>Les cas de certains professionnels</i> | 23 |
| 4. <i>Une domiciliation française</i> | 25 |
| Section 2 : Les limites au principe de subsidiarité..... | 26 |
| §1. Les personnes exclues des deux procédures | 26 |
| 1. <i>Les personnes morales de droit public</i> | 26 |
| 2. <i>Les entités dépourvues de la personnalité morale</i> | 27 |
| 3. <i>Les dirigeants et associés</i> | 27 |
| 4. <i>La question des garants</i> | 29 |
| 5. <i>Les établissements de crédit et les entreprises d'assurances</i> | 29 |
| §2. Les extensions de procédure | 30 |
| 1. <i>L'extension pour cause de fictivité</i> | 30 |
| 2. <i>L'extension pour cause de confusion des patrimoines</i> | 31 |

| | |
|--|---------------|
| Chapitre II : Les conditions relatives au comportement du débiteur | 34 |
| Section 1 : La bonne foi : condition spécifique à la procédure de surendettement des particuliers..... | 34 |
| §1. Une condition légale essentielle | 35 |
| 1. <i>La notion de la bonne foi</i> | 35 |
| 2. <i>L'appréciation souveraine des juges du fond</i> | 36 |
| 3. <i>Les éléments permettant de caractériser la bonne foi</i> | 37 |
| 4. <i>Une condition remise en question</i> | 38 |
| §2. Une absence de bonne foi sanctionnée par la déchéance de procédure | 39 |
| 1. <i>Définition de la déchéance</i> | 39 |
| 2. <i>Les causes emportant déchéance</i> | 40 |
| 3. <i>Les conséquences de la déchéance</i> | 42 |
| Section 2 : La bonne foi : critère écarté des procédures collectives commerciales | 43 |
| §1. L'indifférence des mobiles du débiteur | 43 |
| 1. <i>La bonne foi ignorée par la loi</i> | 43 |
| 2. <i>Une appréciation extensive des conditions d'ouverture par la jurisprudence</i> | 44 |
| 3. <i>L'échec de la force obligatoire des contrats</i> | 46 |
| §2. Les limites à l'indifférence du comportement du débiteur | 47 |
| 1. <i>La fraude, obstacle à l'ouverture d'une procédure</i> | 47 |
| 2. <i>La sanction du dirigeant d'entreprise</i> | 48 |
| 3. <i>L'instrumentalisation des procédures collectives</i> | 50 |
| PARTIE II : LES CONDITIONS RELATIVES A LA SITUATION ECONOMIQUE DU DEBITEUR | 53 |
| Chapitre I : Les conditions d'ouverture des procédures préventives | 53 |
| Section 1 : Les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde..... | 54 |
| §1. L'absence de cessation des paiements | 54 |
| 1. <i>La notion de cessation des paiements</i> | 54 |
| 2. <i>La détermination de l'absence de cessation des paiements</i> | 56 |
| 3. <i>Une condition nécessaire à l'instauration d'une procédure préventive</i> | 57 |
| §2. Des difficultés que le débiteur ne peut pas surmonter | 58 |
| 1. <i>Les critères de détermination des difficultés</i> | 58 |
| 2. <i>L'incapacité du débiteur à surmonter les difficultés</i> | 60 |
| 3. <i>L'intervention extensive du législateur</i> | 61 |

| | |
|---|-----------|
| Section 2 : Les conditions d'ouverture de la procédure de redressement classique | 62 |
| §1. L'impossibilité manifeste pour le débiteur de faire face à ses dettes | 62 |
| 1. <i>Les éléments d'appréciation de l'incapacité du débiteur à honorer ses dettes</i> | 63 |
| 2. <i>Les éléments encadrant les difficultés du débiteur</i> | 65 |
| §2. L'exclusion des dettes professionnelles | 66 |
| 1. <i>La définition de « dettes professionnelles »</i> | 66 |
| 2. <i>Une exigence particulièrement discutée</i> | 67 |
| Chapitre II : Les conditions d'ouvertures des procédures de redressement, de liquidation et de rétablissement | 70 |
| Section 1 : Le redressement judiciaire conditionné par une notion phare : l'état avéré de la cessation des paiements | 70 |
| §1. La preuve de la cessation des paiements | 71 |
| 1. <i>Une déclaration obligatoire à valeur quasi-probatoire</i> | 71 |
| 2. <i>La charge de la preuve</i> | 72 |
| 3. <i>Le contenu de la preuve</i> | 74 |
| §2. Les limites à la notion phare du redressement judiciaire | 75 |
| 1. <i>Des exigences probatoires inadéquates</i> | 75 |
| 2. <i>L'opportunité d'une instrumentalisation</i> | 77 |
| 3. <i>Une condition ignorée en cas de conversion d'une sauvegarde</i> | 78 |
| Section 2 : La condition commune aux procédures consuméristes et commerciales ultimes : une situation irrémédiablement compromise | 79 |
| §1. Les éléments caractéristiques de la situation irrémédiablement compromise . | 79 |
| 1. <i>Les particuliers face à l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures ordinaires de traitement du passif</i> | 79 |
| 2. <i>L'impossibilité de mettre en œuvre un plan de redressement judiciaire</i> | 82 |
| §2. L'appréciation de la situation irrémédiablement compromise | 84 |
| 1. <i>Les critères généraux d'appréciation de la situation irrémédiablement compromise</i> | 84 |
| 2. <i>Les divergences dans l'appréciation de la condition</i> | 85 |
| Conclusion | 87 |
| Bibliographie | 89 |

Introduction

« La séparation de l'homme et de l'entreprise a fait place au sauvetage de l'entreprise et de l'homme »¹. Le droit des procédures d'insolvabilité est un droit évolutif en fonction de la conjoncture économique de l'époque. Toutefois, dans tous les cas, le droit français a toujours organisé de manière dualiste le traitement de l'insolvabilité avec, d'une part, les règles qui régissent les procédures applicables aux professionnels et entreprises en difficulté et d'autre part, celles qui s'appliquent au traitement des difficultés rencontrées par les particuliers. Globalement, le droit français distingue alors les procédures collectives commerciales et les procédures collectives consuméristes.

En premier lieu, concernant les procédures commerciales, il convient de rappeler qu'à l'origine, elles étaient sanctionnatrices à l'égard du commerçant en faillite. L'engagement envers un créancier était doté d'une nature symbolique et le droit canonique sanctionnait le non-respect d'un engagement qui caractérisait la mauvaise foi du commerçant. La parole d'un homme était sacrée, ne pas la respecter était signe d'immoralité. Dès les prémices de la *lex mercatoria*, prévalait l'idée de sanction à l'encontre du commerçant qui se rendait débiteur. En effet, celui-ci risquait la banqueroute, la « *banca rota* », grâce à une répartition des biens du débiteur, on « brisait le banc » des commerçants débiteurs pour les écarter du marché. Peu à peu, la matière étant évolutive, le caractère infamant s'est estompé. Il a laissé place à l'idée d'apurement mais encore à l'idée de sauvetage. On a assisté à une évolution considérable en la matière au point d'en oublier l'idée de faute du commerçant. Désormais, on justifie les difficultés financières par la conjoncture économique plus que par la faute du débiteur qui se rendait coupable de faillite. Le législateur cherche désormais à aider le débiteur et non plus à le sanctionner, au point qu'il n'existe plus de « droit de la faillite des commerçants » mais de « droit des entreprises en difficulté ». Le caractère répressif qui reflétait la réglementation en la matière au XVI^{ème} siècle est définitivement abandonné. Les évolutions législatives ont été marquantes et notre ère aura connu de profondes modifications, traduisant un progrès considérable.

¹ (ROUSSEL GALLE (P.), *Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures*, Rev. des proc. coll., mai-juin 2012, n°7, p. 89).

Tout d'abord, la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens² marque un élargissement du droit des procédures collectives puisqu'elle n'a pas vocation à s'appliquer uniquement aux commerçants mais à toutes les personnes morales de droit privé, sous entendues les sociétés civiles, entre autres.

Puis, la loi du 25 janvier 1985³ instaure le redressement judiciaire. Elle marque une évolution de grande envergure, répondant à trois objectifs du législateur : la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif. On voit apparaître l'idée de sauvegarde de l'entreprise, qui constitue le premier objectif, avant l'apurement des dettes. La priorité n'est plus ciblée sur le paiement des créanciers mais sur la pérennité de l'entreprise. A l'issue d'une période d'observation, qui dure de six à dix-huit mois, un plan est arrêté par une décision du tribunal de commerce. Apparaît dès lors la finalité du redressement qui peut être de deux sortes : la continuation ou la cession de l'entreprise. Le redressement judiciaire donne alors lieu soit à une cession-redressement, soit à une cession-liquidation. La limite à l'efficacité d'une telle procédure, en dépit de son objectif premier d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, est qu'elle est conditionnée par une cessation des paiements, c'est-à-dire un dépôt de bilan, bien que réformée par plusieurs ordonnances.

En outre, cette même loi de 1985 porte sur la procédure de liquidation judiciaire. Elle s'adresse quant à elle aux entreprises qui sont déjà en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. Son ouverture est donc conditionnée par une situation irrémédiablement compromise qui explique que l'on parle parfois de « procédure ultime ». Elle est destinée à mettre un terme à l'existence de l'entreprise débitrice. Elle peut intervenir après l'échec d'un redressement et donne lieu à la désignation d'un mandataire judiciaire chargé de céder les actifs de l'entreprise et de licencier ses salariés pour motif économique. Ici, le but peut être qualifié de « but final », la liquidation est une procédure de dernier recours applicable lorsqu'aucune autre procédure ne l'est plus.

Le redressement et la liquidation sont alors des procédures qui interviennent lorsque l'entreprise ou le professionnel connaît déjà de lourdes difficultés. La première peut encore consister à apurer le passif tout en redressant l'entreprise, tandis que la seconde intervient en guise de recours ultime pour liquider l'entreprise en cédant les actifs éventuels, sans pouvoir maintenir l'activité et les emplois.

² loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

³ loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

Il aura fallu attendre la loi du 26 juillet 2005 dite « loi de sauvegarde »⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, pour répondre à ce besoin d'anticipation auquel le redressement judiciaire ne satisfaisait pas. Cette dernière constitue une profonde réforme du droit des entreprises en difficulté. La sauvegarde est la création la plus innovante qui consiste en un concordat préventif : le concordat se justifie par le caractère volontariste et facultatif de la procédure de sauvegarde, et il est préventif car il est destiné à agir en amont, avant toute cessation des paiements. Le débiteur qui n'a donc pas encore de dettes mais qui les appréhende pour l'avenir peut, s'il le veut, demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le débiteur n'est donc plus sujet mais acteur de la procédure, ce qui la rend d'autant plus attractive. Lors du jugement d'ouverture de la sauvegarde par le tribunal de commerce, le débiteur peut lui-même proposer au juge la désignation d'un administrateur qu'il choisit et peut préparer avec ce dernier le projet de plan de sauvegarde. La procédure de sauvegarde répond, comme le redressement, à un triple objectif : maintenir l'emploi, poursuivre l'activité de l'entreprise et apurer le passif. Ici encore, on remarque que le paiement des créanciers n'intervient qu'en troisième position parmi les objectifs poursuivis par le législateur, derrière le maintien de l'emploi et la poursuite de l'activité. Favoriser l'anticipation est au goût du jour des procédures collectives, cela permet de ne pas attendre que la situation économique soit critique avant de pouvoir se placer sous l'œil de la justice.

On a alors, d'un côté, une procédure de sauvegarde qui permet d'éviter la cessation des paiements, et de l'autre côté, une procédure de redressement qui répond au souci de maintenir une chance de survie à une entreprise en difficulté. Depuis l'intervention de la loi de sauvegarde en 2005, le redressement est alors devenu une procédure subsidiaire comme l'est au même titre la liquidation. Les trois procédures précitées que sont la sauvegarde, le redressement et la liquidation s'appliquent en fonction de la gravité des difficultés. La première est applicable pour des difficultés qui pourraient être croissantes, la deuxième pour des difficultés déjà établies et la dernière lorsque les difficultés sont irréversibles. De sorte que s'il est vrai qu'il soit possible de convertir une procédure en une autre, il n'en est pas moins vrai que la conversion doit présenter une certaine cohérence en fonction du degré d'importance des difficultés. Il est alors permis de passer d'une sauvegarde à un redressement puis d'un redressement à une liquidation, dans l'hypothèse où les difficultés s'amplifient. De même, le débiteur peut passer directement d'une sauvegarde à une liquidation lorsque les difficultés se sont rapidement accrues. Mais le cheminement inverse ne sera pas possible, la

⁴ loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

conversion d'une liquidation en sauvegarde manquerait totalement de cohérence du point de vue du caractère amplificateur des trois procédures. Le processus de conversion permet de prendre en compte l'évolution, la progression, des difficultés économiques de l'entreprise ou du professionnel. Chaque procédure est destinée à répondre aux difficultés, quelle que soit leur ampleur, à tous niveaux, à tous degrés.

La loi de sauvegarde marque une innovation de grande envergure puisqu'elle permet au débiteur de solliciter l'aide de la justice avant même de subir une cessation des paiements, et, ce, de sa seule initiative. Tandis que le redressement et la liquidation sont des procédures obligatoires qui peuvent être ouvertes à la demande du débiteur lui-même, d'un créancier, du ministère public ou du juge qui se saisit d'office.

Outre les procédures collectives que sont la sauvegarde, le redressement et la liquidation, qui sont ouvertes à la suite d'un jugement prononcé par le tribunal de commerce, il existe des procédures amiables.

Dans un premier temps, à côté de ces procédures judiciaires, il y a la procédure d'alerte, créée par la loi du 1^{er} mars 1984⁵, modifiée par la loi du 10 juin 1994⁶. Elle permet aux commissaires aux comptes d'informer les dirigeants des entreprises des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. A l'occasion de leur exercice professionnel, les commissaires aux comptes ont connaissance de certains faits pour lesquels ils demandent au dirigeant de fournir des explications. Puis, des décisions peuvent être prises en réponse à la conjoncture économique de l'entreprise. Si elles apparaissent insuffisantes, les commissaires informent le Président de tribunal de commerce. Ils alertent, d'où le nom de la procédure, sur les faits qui pourraient compromettre la pérennité de l'exploitation.

Dans un deuxième temps, on a la conciliation, créée également par la loi de sauvegarde de 2005. Ouverte à l'initiative du débiteur, elle permet de faire état des difficultés auprès du tribunal compétent à qui il peut lui-même proposer le nom d'un conciliateur, en sachant que la cessation des paiements ne doit pas être intervenue depuis plus de quarante-cinq jours. Le Président du tribunal répond dans le délai d'un mois à compter de la demande, à défaut, elle est réputée « non admise ». Le conciliateur, généralement un administrateur judiciaire, dispose de quatre mois pour trouver un accord avec les créanciers. Cet accord fait l'objet d'une homologation par le juge. L'ouverture d'une conciliation présente l'intérêt d'empêcher l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation à la demande d'une autre personne que le débiteur lui-même.

⁵ loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises

⁶ loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises

Dans un troisième temps, on a le mandat *ad hoc*, prévu également par la loi de sauvegarde. Il a la particularité d'être confidentiel, contrairement à la conciliation quand l'accord est homologué. Le débiteur en est le seul demandeur, il adresse une requête motivée au président du tribunal compétent à qui il peut, là aussi, proposer le nom d'un mandataire. Souvent, le mandat dure quelques mois, mais la mission et la durée sont fixées de manière assez libre par le mandataire, et le débiteur peut demander à mettre fin au mandat à tout moment. Il aide le débiteur à trouver un accord avec ses créanciers. A *contrario* de la conciliation, le mandat intervient avant la cessation des paiements dans le but justement de l'éviter, ce qui explique qu'il soit plus souple que la conciliation puisque les difficultés sont de moindre envergure. Ces trois procédés tendent à prévenir les difficultés sans passer par la voie judiciaire mais en recourant à la procédure amiable. Ce caractère amiable ne leur permet pas de se situer dans la catégorie des procédures collectives commerciales et seront donc écartés du corps de l'étude.

Par ailleurs, on a la procédure de sauvegarde financière accélérée, autrement appelée de manière simplifiée S.F.A, créée par la loi du 22 octobre 2010⁷ sur le modèle américain du « *prepackaged plan* ». Elle permet d'apporter une solution à un débiteur en difficulté dans un laps de temps fort raisonnable de deux mois au plus. Elle s'applique aux entreprises qui répondent à des critères de seuil permettant de la qualifier de grandes et très grandes entreprises, qui se sont rendues débitrices à l'égard de créanciers financiers. Elle fait nécessairement suite à une procédure de conciliation à l'occasion de laquelle l'entreprise s'est heurtée au refus de certains créanciers de convenir d'un accord. De courte durée, ne s'appliquant qu'aux grandes entreprises à l'égard des créanciers financiers uniquement, ses conditions d'ouverture ne nécessitent pas d'étude particulière à ce stade.

Enfin, on a la procédure de liquidation simplifiée qu'a instaurée la loi de sauvegarde de 2005. Elle répond à des conditions de taille de l'entreprise et de contenu du patrimoine : elle s'applique en effet de manière obligatoire à une entreprise qui emploie un salarié au plus, qui n'a pas d'actif immobilier et dont le chiffre d'affaire n'est pas supérieur à trois cent mille euros ; elle est facultative lorsque l'entreprise n'emploie pas plus de cinq salariés, qu'elle n'a pas d'actif immobilier et que le chiffre d'affaire se situe entre trois cent mille et sept cent cinquante mille euros.

Globalement, si l'on écarte les précisions apportées précédemment, la S.F.A et la liquidation judiciaire simplifiée répondent aux mêmes conditions que la procédure de sauvegarde et la procédure de liquidation judiciaire classiques.

⁷ loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 dite loi de régulation bancaire

En second lieu, en matière consumériste, les procédures de traitement des difficultés offertes aux particuliers sont apparues plus tardivement que les procédures commerciales.

C'est vrai, dans trois départements français à savoir le Bas-Rhin, le Haut-Rhin et la Moselle bénéficie d'un droit local depuis bon nombre d'année, en tant qu'héritage emblématique du droit allemand. Deux lois du 1^{er} juin 1924 ont en effet autorisé ces trois départements à conserver l'application de la loi allemande dont celle du 10 février 1877 qui instaurait la « faillite personnelle ». Elle permet aux débiteurs non commerçants qui résident dans l'un des trois départements de bénéficier d'un plan d'apurement ou d'une liquidation judiciaire, dès lors qu'ils connaissent un état d'insolvabilité notoire.

Mais pour le reste de la France, il a fallu pratiquement attendre d'entrer dans l'ère des années quatre-vingt dix pour voir naître la première loi en la matière : la loi Neiertz, désormais célèbre, du 31 décembre 1989⁸. Cette loi éponyme répond à une volonté de lutter contre le surendettement et d'aider les particuliers, les personnes physiques, à faire face à leurs difficultés financières dans une société de consommation où le recours au crédit se banalise. Elle crée des Commissions de surendettement dans chaque département pour siéger à la Banque de France, auprès desquelles les particuliers pourront déposer un dossier de surendettement qu'elles auront en charge de traiter. Ces commissions comprennent un secrétariat qui va effectuer un travail en amont pour permettre d'éclaircir la situation du débiteur auprès des commissaires qui vont prendre une décision. Les commissaires sont au nombre de sept : le préfet qui la préside, le responsable départemental de la Direction Général des Finances Publiques (DGFIP) qui peuvent tous deux être représentés par un délégué, un représentant des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, un représentant des associations familiales ou des associations de consommateurs, un professionnel justifiant d'au moins trois ans d'expérience dans le domaine de l'économie sociale et familiale, un professionnel du droit depuis au moins trois ans et un représentant local de la Banque de France.

Ces membres formant la commission de surendettement des particuliers ont pour mission d'analyser la situation financière d'un débiteur et d'établir un plan de redressement classique dit encore « plan conventionnel ». Ce plan conventionnel est une procédure que la loi Neiertz a instaurée par la même occasion. Il établit, selon l'évaluation des possibilités financières du débiteur, un moratoire de vingt quatre mois maximum ou un apurement en huit ans maximum

⁸ loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi Neiertz

en échelonnant les dettes. Si les dispositions dudit plan ne sont pas acceptées par toutes les parties intéressées, c'est-à-dire si l'échec de la phase amiable est constaté, le débiteur pourra faire un recours devant la commission qui fera part de mesures imposées ou de mesures recommandées. Pour les premières, la commission peut imposer aux parties des mesures sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir un jugement d'homologation. Elles ne sont possibles qu'en cas de rééchelonnement, de réduction d'un taux d'intérêt, de moratoire ou encore d'imputation des paiements sur le capital. Pour les secondes, ce sont des mesures que la commission recommande et qui doivent être homologuées par le juge d'instance pour leur donner force exécutoire, elles ne concernent que la réduction d'une dette immobilière résiduelle ou l'effacement partiel d'une créance combiné à une mesure imposée.

La naissance des procédures collectives offertes aux particuliers avec la loi Neiertz marque une différence avec les procédures collectives commerciales, les mesures qu'elles mettent en œuvre se distinguent les unes des autres. Puis avec la loi Borloo du 1^{er} août 2003⁹ on rapproche les deux types de procédures en instaurant une procédure de rétablissement personnel permettant l'effacement des dettes à condition de liquider tous les biens saisissables. C'est une procédure judiciaire proche de la liquidation commerciale. Dans un souci de simplification et de rapidité, une deuxième procédure de rétablissement personnel, sans liquidation cette fois, a été instaurée par la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010¹⁰. Elle s'adresse aux personnes qui ne possèdent pas de bien et contrairement à la première qui ne relève que de la compétence du juge, celle-ci est une procédure administrative, la commission demande au juge d'effacer les dettes d'un débiteur qui ne possède pas de biens susceptibles d'être vendus.

Tout comme le droit des entreprises en difficulté, le droit du surendettement des particuliers est évolutif. Il a su prendre en considération l'essor des crédits à la consommation et la spirale du surendettement qu'il entraîne. L'objectif des lois sur le surendettement est à la fois d'éviter l'exclusion sociale et d'encadrer la responsabilité des organismes de crédit. Au fil du temps, les procédures commerciales se sont imposées en faveur du débiteur pour l'aider et non plus le sanctionner. Tout comme l'ont fait, certes plus tardivement, les procédures consuméristes à l'égard des particuliers qui se rendent débiteurs. D'un plan de redressement classique, le législateur est passé à des mesures recommandées et imposées pour calquer la procédure de rétablissement personnel sur la procédure de liquidation judiciaire.

⁹ loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, dite loi Borloo

¹⁰ loi n° du 1^{er} juillet 2010

Les finalités des deux procédures se rapprochent, mais les objectifs demeurent différents. Evidemment, l'objectif des procédures commerciales est de satisfaire à un intérêt bien plus large que les procédures consuméristes. Les premières impactent entre autres l'emploi et la volonté des créanciers de s'engager en faveur de la création des entreprises. Les secondes ont un impact plus personnel à l'égard du particulier qui risque une exclusion sociale et, prises en masse, entraînant des conséquences sur l'économie. Toutes deux sont évolutives en fonction de la société et de la conjoncture économique. C'est pourquoi les procédures consuméristes sont apparues plus tardivement, en réponse aux conséquences liées aux crédits à la consommation qui ont connu un essor considérable. La crise économique étant désormais indéniablement étendue à toutes les grandes puissances mondiales, il faut souligner que la France, bien qu'ayant fourni un effort législatif irréfutable, n'est pas la seule à avoir réformé son droit sur l'insolvabilité. Les Etats-Unis l'ont fait, la Grande-Bretagne, l'Allemagne mais encore récemment en 2007, la Grèce et en 2008, l'Italie.

La France a un droit de l'insolvabilité dualiste. Les deux matières sont bien distinctes, elles répondent à des objectifs et présentent des finalités différentes bien que de plus en plus proches. Les procédures consuméristes sont intervenues bien longtemps après les procédures commerciales et ont donc été amenées à élaborer un champ d'application qui n'empiète pas sur l'autre domaine. C'est ainsi que l'idée de rendre les deux types de procédures complémentaires est née. Cette idée a amené le législateur à réformer le droit des entreprises en difficulté pour élargir son champ d'application afin que le droit sur l'insolvabilité en général puisse bénéficier à tous. Ainsi, l'ordonnance du 18 décembre 2008¹¹ venue modifier la loi de sauvegarde de 2005 élargit le domaine du droit des entreprises en difficulté en assouplissant les conditions d'ouverture de la sauvegarde. Alors que la loi de sauvegarde avait déjà élargi le champ d'application *rationae personae* des procédures commerciales en ajoutant une catégorie de débiteurs : les professionnels libéraux.

La bonne articulation des deux procédures suppose alors une certaine complémentarité entre elles, chaque débiteur doit pouvoir se reconnaître soit dans l'une, soit dans l'autre, en sachant que domine la prohibition de cumuler ces deux procédures. Mais la question de la complémentarité amène à celle de la concurrence. L'élargissement pré-évoqué du champ d'application du droit des entreprises en difficulté peut implicitement non pas répondre à un souci de complémentarité mais plutôt être la manifestation d'une concurrence au détriment

¹¹ ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

des procédures consuméristes. La dualité des deux procédures laisse place à une volonté détournée qui peut sembler aller dans une direction alors qu'elle est attirée en réalité vers une autre direction. La délimitation des frontières de chacun des deux domaines suscite des débats doctrinaux relatifs à la clé de répartition des deux procédures.

D'où l'intérêt de se demander dans quelles mesures les conditions d'ouverture des procédures de traitement des difficultés, consuméristes et commerciales, répondent-elles à un souci de complémentarité permettant à tous les débiteurs de se reconnaître dans l'une d'elles ?

Les frontières entre les deux procédures, l'une régie par le Code de commerce, l'autre par le Code de la consommation, ne sont pas toujours très bien dessinées, ni par le législateur, ni par la jurisprudence qui, toutefois, tente au mieux de fournir une clé de répartition. Chacune doit avoir vocation à s'appliquer à un domaine d'intervention en particulier. Ainsi, le principe phare de la subsidiarité permet de dire que les débiteurs éligibles aux procédures commerciales ne le sont pas aux procédures consuméristes. Cependant, « dire qu'un débiteur relève de tel ou tel type de procédure ne signifie pas qu'il pourra forcément en bénéficier. Les procédures collectives d'entreprises comme les procédures de surendettement obéissent en effet, chacune, à des conditions d'ouverture propres auxquelles il doit satisfaire »¹².

Ces conditions d'ouverture présentent des différences dans leurs précisions. Cependant, dans l'aspect général, elles présentent des similitudes dans la mesure où elles s'intéressent aux mêmes critères pour caractériser l'éligibilité du débiteur à l'une ou à l'autre des procédures.

Dans un premier moment, on remarque en effet que les deux procédures s'attachent à la situation personnelle du débiteur, bien que les éléments qui touchent directement sa personne sont envisagés différemment selon que l'on se trouve en matière commerciale ou en matière consumériste. En conséquence de quoi le principe de subsidiarité censé établir une complémentarité pourra légitimement être remis en cause. De même que l'une des matières fait preuve d'intransigeance à l'égard du comportement du débiteur alors que l'autre paraît beaucoup plus souple (Partie I).

Dans un second moment, les procédures de traitement du passif, des entreprises comme des particuliers, s'intéressent toutes deux à la situation économique du débiteur. Là encore, si elles cherchent à évaluer sa situation financière avant de procéder à leur ouverture, celles-ci procèdent différemment dans la mesure où l'une s'attache à la nature de

¹² (CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises*, Rev. des proc. coll. n°4, juillet 2009, étude 17)

l'endettement, contrairement à l'autre, qui utilise une notion phare ignorée de la première. La condition relative à la situation économique permettra toutefois de confirmer le rapprochement des deux procédures suite à la loi Borloo de 2003 qui a calqué la procédure de rétablissement personnel sur la procédure de liquidation judiciaire (Partie II).

PARTIE I : LES CONDITIONS RELATIVES A LA SITUATION PERSONNELLE

Les procédures de traitement du passif, consuméristes et commerciales, sont respectivement encadrées par le Code de Commerce et le Code de la Consommation qui délimitent pour chacune d'elles leur champ d'application. Les deux types de procédures procèdent de la même manière : ils dessinent chacun leurs contours en fonction de la situation personnelle du débiteur.

D'une part, les deux procédures s'attachent à la qualité du débiteur, en fonction de son statut juridique mais aussi de l'activité qu'il exerce, ce qui devrait amener à dire que telle catégorie de débiteurs dépend du Code de Commerce et que telle autre catégorie dépend du Code de la Consommation (Chapitre I).

D'autre part, les deux procédures se rejoignent encore en s'attachant au comportement qu'adopte le débiteur et qui encadre la demande d'ouverture, bien que l'une des procédures soit stricte là où l'autre fait preuve de souplesse (Chapitre II).

On pourrait penser que, s'intéressant globalement aux mêmes sortes de critères, les procédures d'insolvabilité, consuméristes et commerciales, sont complémentaires. Toutefois, elles ne se complètent que dans la théorie puisqu'en pratique, les frontières de l'une ne s'arrêtent pas exactement au même endroit où commencent celles de l'autre et les critères utilisés ne sont pas appréciés avec la même rigueur.

Chapitre I : Les conditions tenant à la qualité du débiteur

Les procédures collectives sont régies par un principe fondamental selon lequel si le débiteur ne dépend pas de l'une, il est censé dépendre de l'autre : c'est le principe de subsidiarité. La subsidiarité suppose que si un débiteur n'est pas éligible aux procédures collectives commerciales, alors il est, par principe, éligible à la procédure de surendettement des particuliers (Section I).

Le Droit est cependant le domaine le mieux à même de savoir que chaque principe connaît son exception. En instaurant un principe de subsidiarité, le législateur s'assurait du non cumul des deux procédures. Mais en interdisant aux débiteurs ce cumul, il en a, d'un côté, lésé certains et a, de l'autre côté, permis à d'autres de franchir la frontière au bord de laquelle ils se trouvaient (Section II).

Section 1 : Le principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité veut que « le domaine des procédures de surendettement commence là où s'arrête celui des procédures collectives »¹³. Il prévoit que certains débiteurs relèvent, en fonction de leur qualité, des procédures collectives commerciales (§1) pendant que d'autres seraient éligibles aux procédures consuméristes (§2). Ainsi, tous les débiteurs seraient éligibles soit à l'une, soit, subsidiairement, à l'autre.

§1. Les personnes éligibles au Code de Commerce

Les personnes éligibles au droit des entreprises en difficulté sont énumérées à l'article L. 620-2 du Code de Commerce. Celui-ci mentionne quatre types de personnes, à savoir les personnes morales de droit privé, les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale, les agriculteurs et les personnes physiques exerçant une activité indépendante y compris les membres des professions libérales. Cette liste peut sembler explicite, toutefois, il convient d'y apporter quelques explications, malgré les évolutions qui l'ont réformée.

1. Les personnes morales de droit privé

En premier lieu, les personnes morales de droit privé font l'objet d'une double condition : elles doivent à la fois avoir la personnalité morale et revêtir un caractère privé.

D'une part, la personnalité morale s'acquiert grâce à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Ce qui permet d'en déduire que les sociétés en participation ou encore les sociétés créées de fait ne sont pas admises au bénéfice des procédures collectives commerciales. Il en va de même pour les sociétés en formation puisque dès lors que les groupements ne sont pas immatriculés, ils ne possèdent pas d'existence juridique et ne peuvent donc pas être éligibles auxdites procédures.

D'autre part, quant au caractère privé de ces personnes morales, on a coutume de distinguer selon qu'il soit commercial ou civil. En réalité, l'opération de la distinction n'a d'intérêt que pour connaître la compétence du tribunal qui sera saisi de la procédure collective. Dans la pratique, leur caractère privé va se définir par leur forme ou par leur objet. Le Code de Commerce en son article L. 210-1 énonce quatre types de sociétés commerciales en raison de leur forme, à savoir les sociétés à responsabilité limitée (S.A.R.L), les sociétés en

¹³ (MARIANI-RIELA (M.C.), *les frontières des procédures de surendettement des particuliers*, Revue de Droit bancaire et financier n°3, Mai 2012, dossier 19)

nom collectif (S.N.C), les sociétés en commandite simple et les sociétés par actions. Celles-ci présentent, de fait, un caractère privé puisqu'elles sont juridiquement reconnues comme étant des sociétés commerciales. Puis, on a des sociétés commerciales en raison non plus de leur forme mais de leur objet, c'est-à-dire qu'elles exercent une activité commerciale ou accomplissent habituellement des actes de commerce. Enfin, les personnes morales non commerçantes peuvent aussi revêtir un caractère privé et donc être éligibles aux procédures collectives du Code de Commerce. C'est le cas des sociétés civiles mais aussi des associations ou des groupements d'intérêt économique (G.I.E).

Qu'elles soient commerciales ou civiles, par la forme ou par leur objet, les personnes immatriculées sont des personnes morales de droit privé que ce statut rend éligibles aux procédures collectives du Code de Commerce.

2. Les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale

L'énumération des débiteurs éligibles aux procédures du Code de Commerce mentionne, en deuxième lieu, les personnes physiques exerçant une activité commerciale.

D'emblée, on compte parmi elles les commerçants, c'est-à-dire les personnes exerçant des actes de commerce au titre d'une profession habituelle¹⁴ et pour leur compte personnel, en vertu de l'article L.121-1 du Code de Commerce. Elles sont communément appelées « commerçants de droit » par opposition aux « commerçants de fait ». Pour autant, la distinction présentait auparavant un intérêt puisque les commerçants de fait, à savoir ceux qui n'ont pas respecté la formalité d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, étaient écartés du bénéfice des procédures collectives. Aujourd'hui, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, venue compléter la loi de sauvegarde de 2005, la distinction est levée. L'article L. 620-2 du Code de Commerce s'est étendu en substituant à la condition d'être commerçant celle d'exercer une activité commerciale. A la lecture du texte actuel, il faut noter l'élargissement à tous les commerçants, y compris les commerçants de fait, ces derniers étant définis comme tels en raison de leur non immatriculation au registre. Auparavant, le commerçant de fait ne pouvait donc pas invoquer la réalité de son activité pour bénéficier des procédures commerciales, celles-ci étant à l'époque vues comme « une obligation attachée à la qualité de commerçant ».¹⁵ Il apparaît que, par la suite, la volonté du législateur était de s'attacher à la nature de l'activité du débiteur plus qu'à la qualité juridique qui lui est

¹⁴ Cass.com., 15 janv. 1991 : *Bull Joly 1991*, p. 395, note CALENDINI

¹⁵ JANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit Commercial, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2007, p. 149.

attribuée. Cet apport que l'on doit à l'ordonnance de 2008 octroie le bénéfice des procédures collectives à une catégorie de débiteurs plus étendue. En effet, dans le même ordre d'idée, les auto-entrepreneurs, exemptés de l'obligation de s'immatriculer, peuvent être éligibles aux procédures commerciales. De même, l'associé en nom collectif ou l'associé d'une société en commandite simple, sont éligibles uniquement s'il exerce une activité commerciale. La condition ne tient plus au statut juridique mais à la nature commerciale de l'activité exercée par le débiteur.

Par ailleurs, le texte actuel ne paraît pas exiger l'exercice à titre principal ou accessoire de l'activité commerciale, ce qui amène à penser que le débiteur qui exerce une activité commerciale à titre accessoire, comme l'auto-entrepreneur qui est également salarié, pourrait prétendre au bénéfice des procédures collectives commerciales.

En outre, en ce qui concerne les personnes physiques exerçant une activité artisanale, la même réflexion peut être avancée quant à l'apport de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Auparavant, la personne physique devait en effet être inscrite au registre du commerce et des sociétés pour se voir attribuer la qualité de commerçant et ainsi prétendre aux procédures du Code de Commerce. Il en était de même pour les artisans qui devaient s'être vus octroyer ce statut grâce à l'immatriculation au répertoire des métiers, ou au répertoire des entreprises en Alsace-Moselle, sans laquelle ils étaient inéligibles auxdites procédures. Qui plus est, le Code de Commerce ne fournit aucune définition de l'artisan, ce qui contribuait encore à l'importance de l'immatriculation qui était la seule à pouvoir offrir cette qualité. Désormais, avec l'abandon de l'exigence de cette immatriculation, on remarque encore l'attachement à la nature de l'activité plus qu'au statut juridique pour déterminer le champ d'application des procédures collectives. Il suffit que la personne physique exerce une activité artisanale, plus précisément, il s'agit de toutes personnes physiques accomplissant un travail manuel, travaillant personnellement, employant peu ou prou de personnel, ne spéculant ni sur le matériel, ni sur la main d'œuvre, ni sur les machines, vendant lui-même le produit de son travail en en tirant essentiellement son bénéfice.¹⁶ Ce sont les critères retenus pour qualifier une activité artisanale, sans que le débiteur n'ait plus à justifier d'une quelconque immatriculation.

En somme, le champ d'application *rationae personae* a été étendu par l'ordonnance de 2008 qui abandonne l'exigence de l'immatriculation. Toutefois, il convient d'apporter une nuance à cette extension concernant l'artisan, puisque l'ancien article mentionnait déjà

¹⁶ Cass. Com., 25 nov. 1998, RJDA 1998, n°448

expressément les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, ce qui pouvait tout à fait englober les artisans de fait. Néanmoins, on ne peut que se satisfaire de l'alignement opéré par le législateur du cas des artisans sur celui des commerçants. S'il est vrai qu'il n'était pas indispensable, il n'en est pas moins vrai qu'il traduit une fois de plus une volonté soutenue du législateur d'étendre le champ d'application des procédures collectives.

3. Les agriculteurs

L'éligibilité des agriculteurs aux procédures collectives offertes par le Code de Commerce est reconnue depuis la loi du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social. La loi de sauvegarde de 2005 a également admis au bénéfice de la procédure cette catégorie de personnes physiques. Sur le plan social, cela répondait à une demande de la branche agricole qui se heurtait de plus en plus à des difficultés financières, traduisant un « risque permanent de poursuites individuelles dévastateur »¹⁷. Pour délimiter le champ d'application à cette catégorie, il convient de se référer à l'article L. 311-1 du Code Rural qui donne une définition de l'agriculteur à partir de l'activité agricole : « toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle, ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation ». La définition peut paraître complexe, néanmoins, elle permet d'exclure les activités d'achat-vente ou de prestations de service qui se déroulent sur une période réduite. En outre, l'activité agricole doit être exercée personnellement à titre de profession habituelle.

L'évolution du droit des entreprises en difficulté a bénéficié, non sans raison, aux agriculteurs, qui ne peuvent que se réjouir de ne plus être soumis à des poursuites individuelles. Le législateur a légitimement considéré que la nature de leur activité justifiait leur éligibilité.

¹⁷ JANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2007, p. 151

4. Les professionnels exerçant une activité indépendante dont les membres des professions libérales

La loi de sauvegarde de 2005 a admis au bénéfice des procédures collectives commerciales les professionnels indépendants, en quatrième lieu. L'extension du champ d'application est considérable dans le domaine puisque les membres des professions libérales étaient regrettamment exclus. La réforme traduit alors un effort législatif et une évolution en la matière, puisque les professions commerciales ne sont plus les privilégiées des procédures prévues par le Code de Commerce. En effet, les professions civiles qui, désormais, sont régies par ce dernier, englobent plusieurs types d'activité. La formulation « professionnels exerçant une activité indépendante y compris les membres des professions libérales » regroupe les personnes physiques qui exercent une activité indépendante, ni commerciale, ni artisanale, ni agricole. Si le caractère indépendant exclut les salariés, il faut toutefois remarquer que la catégorie s'apprécie au sens large. Les professions libérales sont généralement définies par l'aspect intellectuel de l'activité, comprenant tant l'avocat que le notaire, le médecin et l'architecte. En réalité, il faut entendre cette appellation d'une oreille ouverte, puisqu'elle comprend une variété de professionnels tels qu'une voyante, une infirmière ou encore une auto-école, dès lors que leur activité est indépendante. En effet, les articles L.620-2, L.631-2 et L. 640-2 du Code de Commerce précisent *in fine* : « y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé ». La liste n'est donc pas limitative, cette catégorie de personnes éligibles aux procédures commerciales qu'a créée la loi de sauvegarde est large et même ouverte, elle démontre encore et enfin la volonté certaine du législateur d'étendre le champ d'application desdites procédures. Une éventuelle saisine du Conseil Constitutionnel à ce propos avait été envisagée mais a d'emblée été rejetée par la Cour de Cassation qui a refusé de la transmettre au Conseil, ne validant pas son caractère sérieux. La doctrine, tout comme les professionnels indépendants, ont pu saluer la sagesse du législateur qui a respecté l'esprit de la loi de sauvegarde.

§2. Les personnes éligibles au Code de la Consommation

L'article L.330-1 du Code de la Consommation, en son alinéa premier, détermine les personnes éligibles à la procédure de surendettement des particuliers. Il dispose : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste [...] de faire face à l'ensemble de ses dettes [...]. L'impossibilité manifeste pour une personne physique [...] de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou

d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérisée également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée ». Par ailleurs, l'article L. 333-3 qui traduit le mieux le principe de subsidiarité, exclut les personnes relevant du Code de Commerce.

1. Une personne physique

Tout d'abord, la procédure de surendettement régie par le Code de la Consommation ne peut s'ouvrir qu'à l'égard d'une personne physique, sans qu'il n'y ait lieu de distinguer selon qu'elle soit active ou non. De la sorte, un retraité, un salarié ou un fonctionnaire, est éligible à la procédure consumériste. De même, que le débiteur ait un conjoint, concubin ou partenaire de PACS et que celui-ci soit déposant avec lui ou non, ce n'est pas un obstacle. La question s'est posée pour le conjoint d'un commerçant qui bénéficie d'une procédure collective commerciale. La réponse apportée est, à juste titre, que les dettes qui seront prises en compte par le particulier ne devront pas être incorporées à la procédure commerciale. Une seule dette ne pouvant pas faire l'objet de deux procédures. Cette solution rejoint d'ailleurs la prohibition du cumul des procédures.

A contrario, les personnes morales sont fermement exclues, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, en sachant que dans le premier cas, elles sont soumises aux procédures du Code de Commerce. Mais la question n'a aucunement lieu de se poser dans la mesure où l'exclusion des personnes morales est stricte, elle concerne l'ensemble des personnes morales et ne semble pas laisser place à des exceptions. Une personne morale ne peut, en aucun cas, demander l'ouverture d'une procédure de surendettement. C'est donc à juste titre que la formulation ordinairement employée est celle de « procédure de surendettement des particuliers ».

En outre, si l'on écartait auparavant le débiteur qui était propriétaire de sa résidence principale, ce n'est plus le cas depuis la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010. La personne physique qui possède un bien immobilier peut donc être éligible aux procédures consuméristes, elle n'est plus écartée du seul fait de son statut de propriétaire. Posséder un patrimoine immobilier n'exclut pas de pouvoir se trouver dans un état de surendettement et donc dans un besoin de bénéficier des procédures prévues par le Code de la consommation.

2. Une personne physique ne relevant pas des procédures collectives commerciales

Outre la condition de la personne physique, l'article L.333-3 du Code de la Consommation ajoute un critère : la personne physique ne doit pas être éligible aux procédures collectives commerciales dont elle relève en raison de la nature économique de son activité. Cela délimite encore le champ d'application du surendettement qui ne s'adresse pas, en réalité, à toutes les personnes physiques.

Pour être éligible à la procédure de surendettement des particuliers, le débiteur doit non seulement être une personne physique mais doit aussi ne pas être justiciable des procédures collectives régies par le Code de Commerce. C'est cette précision qui traduit le mieux le principe de subsidiarité, lequel répondrait à deux objectifs : assurer le caractère impératif et spécifique des procédures collectives et écarter le chevauchement, la concurrence ou le cumul entre les deux procédures¹⁸. On a alors une double condition qui est à entendre au sens strict dans la mesure où, même si les dettes de la personne physique sont de nature personnelle ou domestique, le débiteur éligible aux procédures commerciales ne peut en aucun cas demander le bénéfice de la procédure de surendettement. Ainsi, toutes les personnes physiques qui ne sont pas comprises dans le champ d'application du Code de Commerce auraient alors vocation à bénéficier de la procédure de désendettement du Code de la Consommation, dès lors que leurs dettes ne présentent pas un caractère professionnel. C'est alors que le vocable « particuliers » qualifiant souvent les débiteurs éligibles au surendettement paraît d'autant plus approprié.

Cette condition s'applique également aux débiteurs d'Alsace-Moselle qui, admissibles à la procédure locale appelée « faillite civile », n'en demeurent pas moins inéligibles au surendettement dès lors qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application du Code de Commerce. La subsidiarité constitue « clé de répartition des deux types de procédures »¹⁹.

3. Les cas de certains professionnels

Le principe de subsidiarité est un outil de distribution des deux procédures qui, néanmoins, ne permet pas d'apporter une solution à tous les cas de figure. Des hypothèses se

¹⁸ VIGNEAU (V.), BOURIN (G.X.), CARDINI (C.), *Droit du surendettement des particuliers*, Lexis Nexis, 2^{ème} éd., 2012, p. 19.

¹⁹ CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises*, Rev. proc. coll. n°4, juillet 2009, étude 17

sont posées pour lesquelles la jurisprudence est intervenue. Tout d'abord, elle a, grâce à ses différentes précisions, apporté une réponse tout à fait juste à la question du sort des dirigeants et associés d'entreprise. En effet, le problème s'est rencontré pour des gérants de sociétés à responsabilité limitée (S.A.R.L) à l'encontre desquels étaient ouvertes des procédures collectives commerciales et qui, pour leur part, en tant que gérants personnes physiques, rencontrant des difficultés personnelles, souhaitaient bénéficier de la procédure de surendettement des particuliers. La décision de la Cour de Cassation a été de ne pas déduire de leur seule qualité de gérant ou dirigeant leur soumission aux dispositions du Code de Commerce, emportant leur exclusion au surendettement²⁰. Le gérant d'une S.A.R.L est désormais reconnu éligible à la procédure de surendettement par sa qualité, reste à démontrer la nature de l'endettement. Par cette décision, la Cour Suprême révèle sa volonté de distinguer le sort des dirigeants et celui des entreprises. Or, la distinction est moins saisissante lorsque le gérant est gérant majoritaire ou caution de la société. Dans ces cas particuliers, ils ne sont alors pas admis au bénéfice de la procédure de surendettement.

De même il a été jugé qu'un avocat qui a fait le choix d'être associé au sein d'une société civile professionnelle n'agit plus en son nom propre mais exerce pour le compte de la société²¹. Ce qui permet d'en déduire qu'il n'entre plus dans la catégorie des professionnels indépendants, soumise au Code de Commerce, et qu'il pourrait alors subsidiairement être soumis aux dispositions du Code de la Consommation. La même solution a été rendue pour l'avocat associé au sein d'une société d'exercice libéral²². Toutefois, il demeure indispensable que les autres conditions ne fassent pas défaut. La qualité du débiteur ne se suffit pas à elle seule, encore faut-il que ses dettes ne soient pas professionnelles, auquel cas il redeviendrait exclu.

Enfin, le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (E.I.R.L) a également été analysé par la Cour. La loi du 15 juin 2010 qui le crée l'autorise à avoir un patrimoine professionnel affecté à son activité et distinct de son patrimoine personnel, chacun des deux patrimoines répondant aux dettes qui lui sont attachées, étant entendu que le patrimoine personnel répond aux dettes non professionnelles puisqu'il n'est pas affecté à l'activité de l'entrepreneur. La dualité des patrimoines le rend alors éligible à la procédure du Code de la Consommation pour tout ce qui a trait au patrimoine personnel.

²⁰ Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 2010, n°08-19.984 : *Bull. civ. 2010*, II, n°20

²¹ Cass. com., 9 fév. 2010, n°08-17.670 : *Bull. civ. 2010*, IV, n°38

²² Cass. com., 9 fév. 2010, n°08-15.191 : *Bull. civ. 2010*, IV, n°35

4. Une domiciliation française

Un dernier aspect du débiteur éligible doit enfin être relaté. Il s'agit de la question de sa nationalité. En effet, le Code de la Consommation ne pose aucune condition de nationalité. Par déduction, une personne étrangère peut bénéficier de la procédure de surendettement. Le champ d'application de cette procédure peut alors sembler large et il convient, de fait, de le délimiter.

De manière générale, l'application de la loi française tient compte du principe de territorialité c'est-à-dire qu'on ne s'attache pas à la nationalité mais à la domiciliation. En matière de surendettement, on sait alors que les débiteurs domiciliés en France sont soumis aux dispositions du Code de la Consommation. Il suffit qu'ils aient une résidence en France, que celle-ci soit régulière ou irrégulière. Si un débiteur réside à l'étranger mais est domicilié en France, il sera alors éligible, peu importe sa nationalité et peu importe également que les dettes aient été contractées en France ou à l'étranger. Il peut alors s'agir de consulaires comme de salariés expatriés. La condition de domiciliation ne réduit pas le champ d'application de la procédure de surendettement. Dès lors que le débiteur a élu domicile en France et qu'il répond à toutes les autres conditions, il est *de facto* éligible. Un débiteur peut alors tout à fait avoir des créanciers étrangers, ils n'en seront pas moins exclus de la procédure, leurs créances seront prises en considération et la Cour de Cassation l'a souvent rappelé, notamment dans un arrêt de la première chambre civile rendu le 30 janvier 2002. Cependant, pour faire valoir la décision de la commission de surendettement à l'étranger, il aurait fallu que la France accepte d'inclure les dispositions du Code de la Consommation au règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000.

Si la domiciliation en France est de principe, la question s'est toutefois posée du débiteur qui a uniquement son domicile à l'étranger. Pour celui-ci, on octroie la faculté de bénéficier du surendettement s'il remplit deux conditions : d'une part, être de nationalité française et, d'autre part, avoir des créanciers français. C'est ce qui découle de l'article L. 333-3-1 du Code de la Consommation qui entend faire bénéficier de ses dispositions les personnes de nationalité française même si elles sont domiciliées hors Etat français, sans toutefois s'abandonner à ce seul critère. Cette disposition répond à la volonté d'offrir une protection au ressortissant français quand bien même il ne répondrait pas au principe de domiciliation. On exige alors pour eux que leurs dettes soient contractées avec des créanciers établis en France. La volonté de protéger le débiteur français se poursuit puisqu'il suffit qu'un seul de ses créanciers soit établi en France

A contrario, si le débiteur est étranger et domicilié hors France il ne sera en aucun cas éligible à la procédure de surendettement des particuliers et cela même si ses créanciers sont établis sur le territoire français.

Le principe de subsidiarité qui découle directement de l'article L. 333-3 du Code de la Consommation est un instrument au service de la distribution des deux procédures, commerciale et consomériste. En vertu de ce principe, les débiteurs sont éligibles à l'une si elles ne le sont pas à l'autre, et inversement.

Toutefois, les conditions d'éligibilité de l'une ne sont pas en parfaite complémentarité avec les conditions de l'autre, ce qui exclut certains débiteurs des deux procédures. De même, il se peut que la procédure collective soit étendue à un autre débiteur que le débiteur initial, même s'il ne répond pas aux conditions d'éligibilité requises.

Section 2 : Les limites au principe de subsidiarité

Dans la pratique, l'application du principe de subsidiarité ne permet pas de prendre en compte tous les débiteurs. Il y a des débiteurs qui se situent entre les deux frontières. Certains sont exclus et ne peuvent prétendre ni à l'une, ni à l'autre des procédures. A l'inverse, d'autres peuvent se voir étendre une procédure collective sans pour autant en être éligible.

Les exclusions de certains et l'inclusion d'autres débiteurs traduisent les limites au principe de subsidiarité et, par conséquent, marquent l'imperfection de la complémentarité des deux procédures.

§1. Les personnes exclues des deux procédures

Certains débiteurs, bien qu'ils se trouvent face à des difficultés économiques, se voient refuser l'ouverture d'une procédure de traitement de leur passif. Ils ne se situent ni entre les murs de la procédure consomériste, ni entre ceux de la procédure commerciale. Plus que lésés, ils sont exclus.

1. Les personnes morales de droit public

Sont en premier lieu exclues des deux procédures d'insolvabilité les personnes morales de droit public. L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics administratifs ou

à caractère industriel et commercial ne sont donc pas concernés par les deux types de procédures collectives qu'organisent le Code de Commerce et le Code de la Consommation.

En effet, cette exclusion s'explique tout à fait par le fait que ces personnes sont soumises à des règles exorbitantes du droit civil. Elles obéissent à des règles spécifiques plus adaptées à leur particularité. En conséquence de quoi elles ne peuvent pas voir ouvrir à leur encontre une procédure collective, et ce quelle que soit la forme que peut revêtir leur activité²³. C'est ainsi que la Cour de Cassation s'est vue refuser l'ouverture d'une procédure à l'égard de la société Air France, par exemple.

2. Les entités dépourvues de la personnalité morale

Il convient, en deuxième lieu, d'examiner le sort des groupements dépourvus de la personnalité morale. En effet, les procédures ne peuvent s'ouvrir qu'à l'égard des personnes. Or, une entité qui ne possède pas la personnalité morale n'est pas juridiquement reconnue comme une personne. Le Droit refuse de reconnaître son existence, ce qui la rend inéligible aux procédures collectives.

Il est alors impératif que le groupement ait acquis cette personnalité morale, par l'effet de l'immatriculation pour les sociétés ou d'une simple déclaration en préfecture pour les associations. Le groupement en lui-même ne pourra pas faire l'objet d'une procédure en tant qu'entité à part entière. Ce qui exclut les sociétés en formation, les sociétés créées de fait, les sociétés en participation et encore les associations non déclarées, à qui on ne reconnaît pas d'existence.

La personnalité morale doit exister au jour de l'ouverture d'une procédure collective. C'est-à-dire qu'elle soit néante ou perdue, si cette personnalité n'existe pas au jour de la demande d'ouverture, l'entité se heurtera à une inéligibilité. En revanche, la dissolution ou la radiation d'une personne morale à la suite d'une liquidation ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure collective.

3. Les dirigeants et associés

Le dirigeant, tout comme l'associé, présentent le statut juridique de personne physique. Selon le Code de Commerce, d'une part, la personne physique peut bénéficier des procédures collectives qu'il régit à condition qu'il exerce une activité commerciale ou

²³ CA Paris, 15 fév. 1991, *La Gazette du Palais*, 1991.1.365

artisanale ou qu'il soit un professionnel indépendant. Et selon le Code de la Consommation, d'autre part, la personne physique peut bénéficier du surendettement si elle n'est pas soumise au Code de Commerce et si ses dettes ne sont pas professionnelles.

Tout d'abord, en ce qui concerne le dirigeant, il ne relève plus des procédures collectives commerciales depuis la loi de sauvegarde de 2005. En effet, il n'exerce pas en son nom personnel puisqu'il existe un intérêt commun entre lui et la société. Alors, on peut dire qu'il exerce pour le compte de cette société qu'il gère, il ne répond donc pas à la définition du professionnel indépendant. La chambre commerciale de la Cour de Cassation a d'ailleurs montré que la qualité de gérant de S.A.R.L ne caractérisait aucunement l'exercice par celui-ci d'une profession indépendante²⁴, l'excluant ainsi des procédures collectives commerciales. Mais, le fait d'être exclu de l'une des procédures ne rend pas pour autant le dirigeant éligible à l'autre. En effet, le Code de la Consommation ne le rendra éligible à la procédure de surendettement des particuliers que si ses dettes ne sont pas professionnelles, ce qui est peu probable. Les deux procédures l'excluent pour des raisons propres à chacune d'elles : d'un côté en raison de l'activité et de l'autre en raison de la nature des dettes.

La même solution est retenue pour l'associé à la suite d'un arrêt rendu par la deuxième chambre civile à travers lequel elle s'allie à la chambre commerciale²⁵. Il n'est pas un professionnel indépendant puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société.

En outre, le débiteur solidairement et conjointement tenu aux dettes, comme c'est le cas pour l'associé en nom, il ne remplit pas non plus les conditions de recevabilité relatives au surendettement qui, elles, exigent que les dettes ne soient pas nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle. L'associé en nom collectif fait ainsi partie des évincés des deux procédures.

Il en va de même pour l'associé d'une société civile professionnelle ou d'une société d'exercice libéral, dès lors que ses dettes sont qualifiées de professionnelles. Or, on peut présumer qu'elles le sont, puisque les dettes sont nées de la qualité d'associé et que cette qualité a été acquise pour les besoins et au titre de l'activité professionnelle qu'il exerce. Il ne peut donc prétendre au bénéfice d'aucune des deux procédures.

C'est alors toute la catégorie des associés tenus aux dettes sociales qui est écartée. Les procédures collectives commerciales évincent des débiteurs en raison de leur activité alors que la procédure de surendettement des particuliers les évince en raison de la nature de leurs

²⁴ Cass. com., 12 nov. 2008, n°07-16.998, *Bull. civ.*, IV, n°191

²⁵ Cass. com., 21 janv. 2010, n° 08-19984 ; *BJS* juin 2010, n° 117, p.567

dettes. Autant de pratiques qui amènent à nuancer l'idée de la complémentarité des deux procédures.

4. La question des garants

Le Code de la Consommation, en son article L. 330-1, prévoit : « L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ». Cette disposition est plutôt claire, elle rend éligible la personne physique qui se constitue garant des dettes d'une société ou d'un entrepreneur individuel. En 2008, la loi de modernisation de l'économie a abandonné l'exigence que la personne physique ne soit pas dirigeante de la société.

Cependant, le champ d'application présente toujours une portée limitée. En effet, la situation de surendettement ne semble pas être caractérisée pour tous les autres garants personnels. Pourtant, le fait d'inclure les dirigeants cautions ou codébiteurs solidaires à l'égard de leur société, constitue une exception à l'exigence du caractère non professionnel de la dette. Plus qu'un simple élargissement, on a une entorse à un principe qui représente jusque là la seule raison d'évincer certaines personnes des deux procédures.

Il semble qu'il y ait ici un vide juridique pour tous les autres garants personnels, que le Code ne prend pas peine de mentionner et qu'il faudrait alors, de surcroît, écarter.

5. Les établissements de crédit et les entreprises d'assurances

Parmi les débiteurs exclus des procédures collectives consuméristes et commerciales, on peut enfin citer les établissements de crédit et les entreprises d'assurances. Ceux-ci obéissent à des procédures spéciales régies par la loi du 25 juin 1999 qui exigent, préalablement à l'ouverture d'une procédure, un avis de la Commission bancaire. Ils obéissent également à des règles particulières en ce qui concerne la caractérisation de leurs difficultés financières. La spécificité des procédures qui leurs sont applicables se justifie par des raisons tenant aux conditions d'exercice de leur activité mais aussi et surtout par leur enjeu dans le système économique. C'est aussi ce qui explique que pour les sociétés d'assurances, l'article L.326-1 du Code des assurances exigent qu'une requête du Ministre de l'Economie et des Finances ordonne l'ouverture d'une procédure.

§2. Les extensions de procédure

Dans certains cas, le débiteur ne possède pas la qualité requise pour bénéficier des procédures collectives commerciales mais il y est quand-même admis par extension. Les causes de ces extensions sont d'origine prétorienne, la loi de sauvegarde n'a fait que les consacrer. Elles sont au nombre de deux : la fictivité de la personne morale et la confusion de patrimoines.

Désormais prévue par l'article L. 621-2 du Code de commerce, la procédure peut être étendue « à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office [...] à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

1. L'extension pour cause de fictivité

La fictivité ne concerne que la personne morale. Elle correspond, dans les faits, à la théorie de la simulation. Plus concrètement, la fictivité consiste à dire qu'il n'y a qu'apparence de la personnalité morale. La personnalité morale n'existe pas réellement, elle n'est pas reconnue comme telle, elle n'est qu'apparente. La procédure peut alors être étendue à celui qui aurait profité de la « façade » de la société.

Pour valider l'hypothèse de cette fictivité et ainsi étendre la procédure collective à la personne morale fictive, il faut constater une absence de vie sociale, en sachant que la vie sociale se caractérise par l'*affectedio societatis* des associés de la société, à savoir la volonté commune des personnes de s'associer. Etant un élément essentiel du contrat de société, la personne morale ne peut prendre cette forme s'il fait défaut. Ici, on s'attache alors aux rapports entre les membres de cette personne morale apparente pour dire qu'elle n'a aucune existence propre.

Outre l'absence d'*affectedio societatis*, on pourra constater l'absence des formalités classiques exigées pour toute personne morale, telles que la tenue des comptes ou encore la réunion d'assemblées générales.

Par ailleurs, la fictivité suppose qu'il y ait un maître de l'affaire dont l'activité n'est pas distincte de celle de la prétendue personne morale. Ladite personne n'a aucune autonomie juridique ni aucun fonctionnement propre. C'est d'ailleurs ce que révèle le célèbre arrêt *Metaleurop* à travers lequel la Cour précise que « *la fictivité d'une société, qui doit s'apprécier à la date de sa création, peut être révélée par des faits postérieurs à sa*

constitution ; une société apparaît fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider...de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant en fait au véritable maître de l'affaire »²⁶.

Qui plus est, on peut s'attacher aux rapports de cette personne morale avec les tiers en regardant la finalité de cette fictivité à savoir la création, par exemple, de certains effets de droit.

La Cour s'appuiera alors sur un faisceau d'indices pour établir la fictivité d'une personne morale afin de lui appliquer, par extension, la procédure collective. Elle peut s'attacher à la fois à l'absence de vie sociale ou d'autonomie. L'extension permet, dans ce cas, de régulariser une situation de fait en mettant en conformité une réalité juridique, d'un côté, et une réalité économique, de l'autre. Mais encore, elle sanctionne un abus de personnalité juridique, un « vice de constitution » dans une intention frauduleuse d'exercer une activité interdite ou de porter atteinte aux droits des créanciers²⁷.

2. L'extension pour cause de confusion des patrimoines

Contrairement à l'extension pour cause de fictivité des personnes morales, celle pour cause de confusion des patrimoines peut concerner aussi bien les personnes morales que les personnes physiques. Ici, la personnalité juridique des intéressés existe. Ainsi, la confusion peut se faire entre le patrimoine d'une personne physique et celui d'une personne morale, ou entre ceux de plusieurs personnes morales.

La notion de confusion des patrimoines n'est pas définie par la loi qui n'a fait que consacrer une innovation prétorienne. Toutefois, l'on sait qu'elle repose sur l'impossibilité de déterminer la consistance des patrimoines²⁸. C'est en se rapprochant de la jurisprudence que l'on peut en déterminer les contours. Aux termes de celle-ci apparaissent deux critères alternatifs permettant de caractériser l'existence d'une confusion des patrimoines pour étendre la procédure à un débiteur bien qu'il ne remplisse pas les conditions d'éligibilité : d'une part, l'imbrication des comptes et, d'autre part, l'existence de flux financiers anormaux. Dans les deux cas, les faits doivent être antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure, sinon, l'extension ne se justifiera pas et n'aura pas lieu d'être²⁹.

²⁶ Cass. com., 19 avril 2005, n°05-10.094, JCPE, 2005, n°271

²⁷ COQUELET (M.L.), *Entreprises en difficulté*, « instruments de paiement et de crédit », Dalloz, 4^{ème} éd., 2011, p.87

²⁸ REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, Litec, 2006

²⁹ Cass. com., 8 nov. 2000, Rev. Droit des Affaires, 2001, AJ. 309

En premier lieu, en ce qui concerne l'imbrication des comptes, elle se révèle par l'entremêlement des masses actives ou passives c'est-à-dire par un désordre dans l'établissement des comptes rendant impossible la répartition des droits de chacune des personnes concernées. Les éléments d'actif et de passif des deux personnes, qu'elles soient physiques ou morales, sont mélangés de sorte qu'il n'est pas possible de les rattacher à l'un ou l'autre des patrimoines. On ne peut pas répartir les opérations de comptabilité à l'une ou l'autre des personnes. Plus globalement, les deux personnes ont agi comme s'il n'existait qu'un seul patrimoine.

En second lieu, concernant les flux financiers anormaux, ils peuvent être caractérisés par le transfert d'actif d'une personne à une autre, sans que ce transfert ne soit plausiblement expliqué ou explicable. Il peut encore s'agir d'une personne qui supporte les charges appartenant à l'autre personne, d'une surfacturation de l'une au détriment de l'autre ou, à l'inverse, d'une mise à disposition gratuite de moyens humains ou matériels.

On parle alors de « flux financiers anormaux » ou de « flux financiers illogiques » ou même encore de « l'absence d'un flux financier logiquement attendu »³⁰. La réalisation de flux financiers anormaux a pour finalité d'avantager un patrimoine au détriment d'un autre. Inversement, on pourra constater l'appauvrissement d'un patrimoine au bénéfice d'un autre. Le caractère « anormal » d'un flux financier s'apprécie à travers l'existence du préjudice qu'il cause aux créanciers de la personne morale, résultant de l'absence de contrepartie entre les sociétés.

Aujourd'hui, la tendance de la Cour de Cassation en la matière est de parler expressément de « relations financières anormales », notamment depuis la célèbre affaire *Metaleurop* pré-évoquée. Or, l'imbrication des comptes consistant pour deux personnes à se comporter comme s'il n'existait, non pas deux, mais un seul patrimoine, au point de rendre difficile la détermination de la consistance de chacun d'eux, correspond tout à fait à une relation financière anormale. De même que la notion de « flux financiers anormaux » qui s'en rapproche non seulement par les termes mais aussi par ce qu'ils caractérisent : un transfert d'actif de l'une à l'autre ou le support d'un passif de l'une par l'autre, sans que cela soit logiquement justifié.

De fait, il semble que le terme désormais adopté par la jurisprudence de « relations financières anormales » regroupe les deux critères de la confusion des patrimoines que sont l'imbrication des comptes et les flux financiers anormaux. De sorte qu'il n'existerait plus qu'un critère

³⁰ LE CORRE (P.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Memento Dalloz, 5^{ème} éd., 2013, p.41

caractérisé par les relations, directes ou indirectes, qu'entretiennent les deux personnes intéressées dans leur aspect patrimonial.

Sur le fond, l'idée du transfert de fonds sans contrepartie demeure. La relation financière anormale concerne toujours le fait d'appauvrir un patrimoine pour en enrichir un autre, sans contrepartie, et dans le but d'échapper aux créanciers. On peut d'ailleurs parler d'un aspect frauduleux de la relation puisqu'on a un enrichissement sans cause et un préjudice subi par les créanciers à qui l'on cherche à échapper.

Toutefois, sous cette terminologie qui regroupe l'imbrication des comptes et le flux financier anormal, la jurisprudence pose des contours. En effet, elle fait une appréciation littérale du caractère « anormal » des relations financières. Ainsi, dans l'affaire *Metaleurop* précitée, la société mère injectait de manière considérable de l'argent à sa filiale. Qui plus est, elle échangeait également du personnel. Mais la Haute juridiction établit une nette distinction entre les « relations financières anormales » et le « soutien abusif » entre une société mère et sa filiale. Elle met fin au litige en refusant l'extension de procédure dans la mesure où il n'est pas anormal qu'une société mère soutienne sa filiale. Elle évoque en effet l'existence d'un soutien abusif mais refuse d'admettre que ce soutien est anormal.

Par contre, plus récemment, elle a apprécié encore le critère de relations financières anormales en disant qu'il peut être établi même en l'absence de mouvements de fonds entre les personnes intéressées. Le seul fait de supporter les charges d'une autre société sans contrepartie suffirait à dire que la relation financière est anormale³¹. Pour admettre l'extension de procédure, on ne peut s'attacher qu'au fait pour une personne d'accorder des avantages en nature à une autre, sans qu'il soit nécessaire d'établir un transfert de fonds.

Pour les créanciers, l'extension de procédure peut représenter une augmentation de leur chance d'être réglés de leur créance. Elle n'en demeure pas moins une exception au principe de subsidiarité qui a pour conséquence de remettre en question l'aspect complémentaire des deux procédures.

Les deux procédures, que sont les procédures commerciales et les procédures consuméristes, présentent des points communs dans leurs conditions d'ouverture. En effet, elles prennent toutes deux en considération la qualité du débiteur, par le biais du principe de subsidiarité. Mais, censé être comme on l'a vu une clé de répartition des deux procédures, la subsidiarité connaît des limites. Indépendamment de leur qualité, il y a des débiteurs qui sont

³¹ Cass. Com., 13 sept. 2011

totalemment exclus des deux procédures et d'autres qui, au contraire, peuvent se voir étendre une procédure commerciale.

Parmi les similitudes des deux procédures dans leurs conditions d'éligibilité, on a aussi la prise en compte par chacune d'elle du comportement du débiteur. Cependant, les procédures consuméristes semblent beaucoup plus strictes en la matière que les procédures commerciales, et la jurisprudence ne fait que conforter cette pratique.

Chapitre II : Les conditions relatives au comportement du débiteur

L'une des principales différences des conditions d'ouverture des procédures commerciales et consuméristes réside dans l'importance accordée, pour l'une, au comportement du débiteur qui est, pour l'autre, amoindrie. Le Code de la Consommation impose en effet au débiteur d'être de bonne foi (Section I), cette exigence s'impose à tout stade de la procédure de manière stricte.

Alors qu'en matière commerciale, l'ouverture de la procédure collective n'est aucunement subordonnée à la bonne foi du débiteur, à son intention ni même aux raisons qui le conduisent à la solliciter. Elle ne constitue pas une condition d'ouverture et, qui plus est, même quand la mauvaise foi est connue, il y a un refus répété de la prendre en considération (Section II). Ainsi, l'une présente un champ d'application plus réduit que l'autre.

Section 1 : La bonne foi : condition spécifique à la procédure de surendettement des particuliers

La bonne foi est envisagée par le Code de la Consommation comme une condition essentielle et indispensable au bénéfice de la procédure de surendettement. Bien qu'elle soit imprécise et critiquée en cela par la doctrine, elle est un critère d'éligibilité pour le débiteur surendetté.

D'une part, elle s'impose *a priori* au stade de l'ouverture de la procédure, de sorte que si elle fait défaut, le débiteur verra sa demande être rejetée (§1). D'autre part, elle demeure, *a posteriori*, après l'ouverture de la procédure, de sorte que le débiteur pourra être sanctionné si elle n'est pas remplie.

§1. Une condition légale essentielle

L'article L. 330-1 du Code de la Consommation pose l'exigence de la bonne foi du débiteur : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes [...] ». La loi conditionne ainsi l'ouverture de la procédure de surendettement à la bonne foi du débiteur qui en demande le bénéfice. Si l'on observe d'emblée que l'exigence est nettement posée, on peut aussi remarquer qu'elle n'est pas légalement définie. Ce qui va à la fois poser des difficultés jurisprudentielles et susciter des réactions doctrinales.

1. La notion de la bonne foi

Si la bonne foi anime les débats en matière de surendettement, c'est que la loi n'a pas pris peine de la définir. La doctrine a fait des propositions qui se sont révélées être divergentes dans la mesure où certains plaçaient la bonne foi d'un point de vue contractuel, en s'attachant au comportement du débiteur au moment de la conclusion du contrat, alors que d'autres la plaçaient sous un angle procédural, en s'attachant à son comportement au moment du dépôt du dossier et tout au long de la procédure. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas souhaité être précise, bien qu'elle semble retenir la première conception. Malgré ces dissimilitudes, certains aspects de la bonne foi sont toutefois unanimement reconnus.

Tout d'abord, la bonne foi se présume. Il conviendra alors d'établir non pas que le débiteur soit de bonne foi mais qu'il soit de mauvaise foi. Autrement dit, la preuve doit être faite de la mauvaise foi ou, encore, de l'absence de bonne foi du débiteur. On applique ici le droit commun de la preuve qui veut que celui qui se prévaut de la mauvaise foi doit la prouver. Il s'agit d'une présomption légale qui peut être renversée.

Ensuite, la bonne foi est personnelle au débiteur. Le débiteur doit être reconnu personnellement de mauvaise foi. Ce principe entraîne l'impossibilité d'étendre la mauvaise foi à un concubin ou conjoint dont l'absence de bonne foi aurait été établie. Il en va ainsi pour tous les couples déposants, qu'ils soient dépositaires ensemble ou séparément, qu'ils soient mariés, en concubinage ou qu'ils soient liés par un pacte civil de solidarité. Si la mauvaise foi de l'un est établie, cela n'emportera pas mauvaise foi de l'autre. Il appartiendra à la commission ou au juge d'apprécier la bonne foi de chacun, indépendamment l'un de l'autre.

En outre, les éléments qui constituent la mauvaise foi du débiteur doivent être en rapport direct avec son endettement. Il conviendra alors de remonter à l'origine de l'endettement pour apprécier ces éléments.

Enfin, le juge doit apprécier les éléments caractéristiques de la bonne foi, ou de la mauvaise foi, au jour où il statue. Il peut alors déclarer recevable la demande d'un débiteur qui, auparavant, aurait vu sa demande rejetée au motif d'absence de bonne foi. La bonne foi s'apprécie à chaque demande de recevabilité. La mauvaise foi n'est donc jamais définitive.

2. *L'appréciation souveraine des juges du fond*

En l'absence de définition légale de la bonne foi, la Cour de Cassation a souvent rappelé sa décision de laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond la lourde tâche de répondre à cette question de fait³². Ces derniers en font une appréciation *in abstracto*. En effet, il n'existe pas de définition jurisprudentielle précise de la bonne foi mais il conviendrait de ne pas blâmer cette appréhension dans la mesure où les situations d'endettement présentent chacune bien des différences. Une définition précise pourrait alors être trop restrictive à l'égard de la diversité des situations.

Cette appréciation de la bonne foi peut se faire au moment du dépôt du dossier de surendettement auprès de la commission, mais la circulaire du 29 août 2011 émet la possibilité de l'apprécier au moment des faits à l'origine du surendettement, à condition que ces faits laissent paraître qu'il y a eu une volonté du débiteur de ne pas rembourser ses créanciers. Pour pouvoir en juger, les juges du fond prennent en compte les éléments laissés à leur connaissance au jour où ils statuent. Ils s'attachent à la situation actuelle et non pas à une situation antérieure qui aurait déjà pu valoir une irrecevabilité pour cause d'absence de bonne foi. A tout moment de la procédure, les juges du fond peuvent soulever d'office la mauvaise foi.

Les juges vont analyser des éléments précis de la situation personnelle du débiteur afin de caractériser l'existence de la bonne foi ou, *a contrario*, son absence. Ces éléments vont former les motivations de leurs décisions, elles sont indispensables puisqu'elles sont contrôlées par la Haute juridiction. En effet, la Cour de Cassation laisse l'analyse et la caractérisation de la bonne foi à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais elle se réserve le soin de contrôler l'existence de motivations suffisantes. Ils vont, pour ce faire, recourir à un faisceau d'indices.

³² Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 1991, n°90-04.004, *Bull. civ.*, I, n°126

3. *Les éléments permettant de caractériser la bonne foi*

Les juges du fond ont à connaître de comportements très diversifiés, adoptés dans des contextes différents, faisant état de situations relativement variées. Peu à peu, la jurisprudence a dessiné les contours d'une notion qui demeure floue. On peut soupçonner que certains comportements adoptés par le débiteur présentent un caractère de bonne foi qui ne peut être remis en question. A l'inverse, la jurisprudence en a qualifiés d'autres comme étant de mauvaise foi. On peut alors déduire une application de la bonne foi au cas par cas, toutefois, il existe un faisceau de critères auquel le juge va s'attacher.

En premier lieu, le juge va s'intéresser à l'ordre chronologique dans lequel les emprunts ont été souscrits. En deuxième lieu, il va regarder l'importance des fonds empruntés, au regard du montant élevé ou non. En troisième lieu, il va s'adonner à la recherche de l'affectation des prêts à savoir leur utilité pour le débiteur. En quatrième lieu, il va se préoccuper de la nature des dettes, s'il s'agit de prêts immobiliers, de crédits à la consommation, de crédits renouvelables, etc. En cinquième lieu, il va chercher un caractère légitime aux dettes. Enfin, en sixième lieu, le juge va regarder les mobiles qui ont conduit le débiteur à contracter des dettes.

Par ailleurs, à travers la jurisprudence, on a pu, au fil du temps, déceler des comportements caractéristiques de la bonne foi. Ces comportements permettent de ne pas remettre en cause cette condition indispensable à l'ouverture de la procédure de surendettement. Parmi eux, on peut citer la volonté du débiteur de continuer à payer ses créanciers malgré les difficultés financières qu'il rencontre. On a en effet des débiteurs qui laissent entrevoir des efforts de paiements qu'on ne peut pas négliger³³. Au-delà, une importance est accordée à la simple intention du débiteur, au sens général. Ainsi, le débiteur qui fait preuve d'imprudence, de légèreté ou d'imprévoyance peut être de bonne foi.

D'autres fois, à l'inverse, la jurisprudence se prononcera sur des comportements caractéristiques de la mauvaise foi, permettant de déclarer un dossier irrecevable et empêchant l'ouverture de la procédure de surendettement. Parmi eux, on peut voir une sévérité des juges à l'égard des déclarations mensongères sur les charges ou les ressources. Il peut s'agir aussi d'un débiteur qui entend organiser sciemment son insolvabilité. De manière générale, on va s'attacher à un comportement imputable au débiteur. Alors, on peut s'étonner que le débiteur ayant vécu au –dessus de ses moyens en âme et conscience ne soit pas déclaré de mauvaise

³³ Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1996, n°95-04.142, *Bull. civ.*, I, n°147

foi, pas plus que ceux qui vont être considérés comme des « prisonniers d'une spirale d'endettement ».

4. Une condition remise en question

Deux ans après la loi sur le surendettement, en 1991, le sénateur Leron établit un rapport³⁴ à travers lequel il propose la suppression de la condition de bonne foi du débiteur surendetté. La « distorsion entre le sens établi de la notion et son interprétation »³⁵ en est la principale cause.

Dans un premier temps, une critique était formulée concernant la prise en compte de la bonne foi du débiteur uniquement, sans regarder l'attitude du créancier dans l'origine de l'endettement. Aujourd'hui, avec la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010, cette critique n'a plus lieu d'être, puisqu'elle a instauré une obligation de mise en garde obligeant le banquier à vérifier les capacités financières de l'emprunteur profane. L'attitude du créancier n'est donc plus totalement ignorée.

Dans un deuxième temps, on reproche la prise en compte de l'intention du débiteur car celle-ci s'avère particulièrement difficile à prouver. En effet, s'il est vrai qu'on s'attache à l'aptitude du débiteur à évaluer et mesurer l'importance de ses engagements, il n'en est pas moins vrai que la catégorie socioprofessionnelle ne témoigne pas du niveau d'aptitude d'une personne à comprendre la portée de ses engagements. Il ne peut s'agir d'une preuve juridique mais plutôt d'un préjugé condamné à l'époque par les philosophes des Lumières qui distinguaient l'intelligent de l'intellectuel. Aujourd'hui, la formulation de cette critique peut alors paraître tout à fait légitime.

Dans un troisième temps, on conteste la condition de bonne foi à cause des interprétations divergentes qu'elle suscite ayant pour conséquence de traiter les débiteurs de manière inégale. La solution tendrait ici vers une définition précise de la bonne foi pour qu'elle soit appliquée par les commissions de manière identique. Mais on a vu que préciser la bonne foi reviendrait à réduire le champ d'application des procédures de surendettement qui doit répondre à une diversité de situations.

³⁴ LERON (R.), *Surendettement des ménages, Rapport sur l'application de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989*, JORF 1991.

³⁵ GARDAZ (M.), COUTURIER (I.), *Le surendettement des particuliers*, « La condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers », éd. Anthropos, 1997, p. 74

Enfin, dans un troisième temps, la condition est jugée inutile car elle ne viserait qu'à « rassurer sur la moralité du système posé »³⁶. En effet, la procédure de surendettement est une procédure d'exception qui autorise un contractant à ne pas répondre de ses engagements puisqu'elle peut conduire à un effacement des dettes. La bonne foi serait alors exigée dans le seul but de nuancer une exception à un principe louable et unanimement reconnu. L'inutilité de cette exigence de bonne foi résiderait aussi dans l'aspect utopique de son application : « certes, le débiteur doit être de bonne foi, mais elle est présumée et la jurisprudence n'est pas forcément très exigeante »³⁷.

L'abandon de l'exigence de bonne foi du débiteur est donc souhaité par une partie de la doctrine. Elle suscite en effet des inégalités de traitement entre les débiteurs. Toutefois, elle répond à un souci de moralité au sein d'une procédure qui peut amener à anéantir les obligations contractuelles.

§2. Une absence de bonne foi sanctionnée par la déchéance de procédure

La condition de la bonne foi joue un rôle fondamental dans l'ouverture d'une procédure consomériste. Si bien qu'elle n'est pas seulement exigée *a priori*, elle peut justifier et motiver la prise de sanction lorsqu'elle apparaît *a posteriori*, ce qui emporterait le prononcé de la déchéance, la rendant inéligible à la procédure de surendettement. De telles conséquences qui ne laissent pas la doctrine sans voix.

1. Définition de la déchéance

La condition de la bonne foi est évoquée à plusieurs reprises à l'occasion de la procédure de surendettement, ce qui témoigne encore de l'importance qui lui est accordée. En effet, on a vu qu'elle pouvait être une condition de recevabilité du dossier c'est-à-dire que si elle fait défaut, la demande du débiteur de bénéficiaire de la procédure de surendettement est déclarée irrecevable. Qui plus est, lorsqu'elle est envisagée négativement, sous son pendant qu'est la mauvaise foi, elle constituera un cas de déchéance du bénéfice de la procédure de surendettement. Le résultat est identique, le débiteur sera écarté de la procédure, mais on distingue selon le moment où la mauvaise foi est découverte.

³⁶ Ibidem. p. 86

³⁷ BORGA (N.), *Livre IV du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?*, Bull. Joly entreprises en difficulté, 1er sept. 2012, n°5, p. 318

La bonne foi peut alors être vérifiée à tout moment de la procédure puisque même après avoir reconnu recevable la demande du débiteur, il ne sera jamais trop tard pour rappeler la ferme exigence du législateur que le débiteur soit de bonne foi. La procédure peut tout à fait être engagée, cela n'empêchera absolument pas de remettre en question la bonne foi du débiteur. La bonne foi n'est donc pas soumise à un seul examen qui aurait lieu en amont de la procédure. Elle peut faire l'objet d'un nouvel examen à tout moment et remettre en question le droit de bénéficier du surendettement des particuliers.

Alors, si la mauvaise foi est découverte, le débiteur encourt la déchéance de la procédure, c'est-à-dire qu'il perd le droit de bénéficier de la procédure. On lui retire la faculté de se voir appliquer le traitement du surendettement. La découverte de la mauvaise foi emporte alors une lourde conséquence pour le débiteur. Elle est sanctionnée et la déchéance constitue cette sanction au titre de l'article L. 333-2 du Code de la Consommation.

2. Les causes emportant déchéance

En vertu de l'article L. 333-2 du Code de la Consommation, le débiteur peut être déchu de la procédure de surendettement des particuliers dans trois cas : s'il a sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts ; s'il a détourné ou dissimulé, ou tenter de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ; et s'il a aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou a procédé à des actes de disposition de son patrimoine à tout moment de la procédure et sans l'accord des créanciers, du juge ou de la commission. La déchéance de la procédure semble alors bien encadrée, elle est délimitée par la loi qui prévoit les circonstances dans lesquelles elle peut être prononcée. Elle énonce limitativement trois causes de la déchéance, trois types de comportements sanctionnés à n'importe quel moment de la procédure. Ces comportements caractérisent en réalité la mauvaise foi personnelle du débiteur.

En premier lieu, le débiteur doit avoir « sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts », tel que le dispose expressément l'article précité. Cette locution est claire, le législateur marque la volonté de sanctionner le comportement mensonger du débiteur. Le terme « sciemment » marque encore l'idée de volonté. Un caractère intentionnel ressort de cette exigence légale. Ainsi, la simple négligence d'un débiteur ne peut pas caractériser sa mauvaise foi³⁸. Le débiteur doit avoir volontairement menti, par exemple sur ses ressources, sur ses charges ou encore sur sa situation

³⁸ Cass. 2^{ème} civ., 15 janv. 2009, *Bull. civ.*, II, n°20

professionnelle au sens général. Il convient à cet égard de préciser que les fausses déclarations ou les documents inexacts peuvent avoir été portés à la connaissance des créanciers qui auraient alors été trompés lors de la souscription d'emprunts. Il peut également s'agir du débiteur qui ne déclare pas un de ses créanciers à la commission de surendettement, dès lors que l'omission est volontaire. Le juge semble intraitable lorsqu'il a à connaître de cette première cause évoquée par le Code. Ce qui peut se comprendre par le fait que la véracité des déclarations du débiteur n'est pas vérifiée, elles suffisent à apprécier l'application du traitement du surendettement, comme le rappelle entre autres la circulaire du 29 août 2011. La sévérité des juges en la matière se justifie tout à fait.

En deuxième lieu, la déchéance est prononcée lorsque le débiteur a « détourné ou dissimulé, ou tenter de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ». Ici, le fait du débiteur ne doit pas nécessairement avoir abouti, la seule tentative suffit à mettre en œuvre la sanction à son encontre. Là encore, on retrouve le caractère intentionnel dans la détermination de la mauvaise foi puisque seule la tentative constitue une cause de déchéance de la procédure, on n'attend pas que le fait aboutisse, on se contente qu'il ait été tenté. Le fait de détourner ou de dissimuler ses biens, en partie ou en totalité, peut être caractérisé dans le fait de ne pas déclarer son patrimoine, le débiteur peut dissimuler une résidence secondaire dans le but de ne pas se voir imposer la vente de celle-ci, par exemple. Ce peut être aussi le cas du débiteur qui dissimule frauduleusement un héritage³⁹.

En troisième lieu, peut être déchu de la procédure le débiteur qui « sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, aura aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou aura procédé à des actes de disposition de son patrimoine », et ce à tout moment du traitement du surendettement. Il ressort de cette dernière cause de déchéance prévue par le Code de la Consommation que le débiteur qui souscrit un nouvel emprunt, en sachant qu'on se situe *a posteriori* de la recevabilité, aggrave son endettement, dès lors qu'il n'a sollicité ni l'accord de la commission, ni celui du juge, ni même celui de ses créanciers. Il ne sera pas reconnu de mauvaise foi s'il a demandé et obtenu l'accord de l'une de ces parties. La commission peut parfaitement autoriser le débiteur surendetté à contracter un nouveau prêt bien qu'un traitement de sa situation soit en cours d'application. Elle prend alors en compte le mobile et l'affectation du prêt demandé. Il est difficilement envisageable de refuser à un débiteur surendetté de souscrire un prêt pour acheter un bien indispensable à la vie courante, tel qu'un réfrigérateur par exemple. La législation en matière de surendettement revêt un

³⁹ CA Douai, 26 février 2004

aspect humaniste qui doit toutefois être encadré. C'est pourquoi à défaut d'accord obtenu par la commission, le juge ou les créanciers, la souscription d'un nouvel emprunt est une cause de déchéance en ce qu'elle constitue une aggravation de l'endettement.

Ces trois cas prévus par la loi autorisant le juge à prononcer la déchéance de la procédure à l'encontre du débiteur sont, en réalité, des cas de fraude. La Cour de Cassation le rappelle dans un arrêt en date du 12 avril 2012 : « la déchéance du bénéfice des dispositions légales relatives au surendettement suppose que soit caractérisée la volonté de frauder du débiteur ».

3. Les conséquences de la déchéance

La déchéance a pour conséquence de faire perdre au débiteur le droit de bénéficier du traitement du surendettement. Elle constitue une sanction à la mauvaise foi du débiteur. Dès son prononcé, le débiteur est déchu c'est-à-dire qu'il ne peut plus prétendre au bénéfice de la procédure de surendettement. La déchéance survient après que la recevabilité du dossier ait été déclarée, c'est-à-dire que la procédure de surendettement peut avoir déjà commencé. Dans ce cas, la déchéance emporte l'interruption de la procédure en cours. Il sera mis fin à toutes les procédures engagées à cet égard. Ainsi, les créanciers retrouvent leur droit de poursuite. Le débiteur ne peut plus se prévaloir des dispositions du Code de la Consommation relatives au surendettement. De fait, le débiteur est de nouveau obligé de s'acquitter de ses dettes. C'est pourquoi l'on peut dire que la déchéance est une sanction qui emporte de lourdes conséquences.

La mauvaise foi étant personnelle, la sanction qu'est la déchéance l'est aussi. Elle ne s'étend pas au conjoint, concubin ou partenaire lié par un PACS. Elle est prononcée à titre personnelle pour le débiteur de mauvaise foi uniquement.

Il faut également préciser que le prononcé de la déchéance du débiteur ne fait pas obstacle au dépôt d'un nouveau dossier de surendettement, ultérieurement à la sanction du juge. Le débiteur peut en effet, malgré avoir été déchu auparavant, présenter de nouveau un dossier de surendettement à la commission qui n'emporte pas la déchéance. Elle peut être prononcée une fois, elle ne le sera pas nécessairement la seconde. La seule condition qui est imposée à cela est qu'il y ait de nouveaux éléments qui ont fait changer sa situation et que, cette fois, il soit indubitablement de bonne foi.

Notons enfin que la déchéance de procédure est prononcée uniquement par le juge. Autrefois, il ne pouvait pas se saisir d'office pour décider de la déchéance après une

découverte de la mauvaise foi. Aujourd'hui, cela a été abandonné, le juge peut désormais soulever cette sanction de la mauvaise foi d'office et à tout moment de la procédure.

Section 2 : La bonne foi : critère écarté des procédures collectives commerciales

La bonne foi est une condition *a priori* indispensable à l'ouverture, et, *a posteriori*, à la poursuite, de la procédure de surendettement. Pourtant affirmée et réaffirmée avec fermeté en matière consumériste, elle est ignorée du Code de Commerce qui ne fait pas de la mauvaise foi un obstacle à la mise en œuvre des procédures collectives.

§1. L'indifférence des mobiles du débiteur

Le droit actuel des entreprises en difficulté refuse de s'attacher à la bonne foi du débiteur pour en faire une condition d'ouverture d'une procédure collective. Aucunement prévue par la loi, la jurisprudence l'ignore totalement même quand elle a connaissance d'un comportement de mauvaise foi. Elle manifeste son refus réitéré de prendre en considération la bonne foi, offrant alors l'opportunité d'une instrumentalisation des procédures.

1. *La bonne foi ignorée par la loi*

Le Code de Commerce de 1807 introduisait l'idée de bonne foi à travers la notion de « débiteur malchanceux », par opposition au débiteur malhonnête. Aujourd'hui, le législateur fait primer la finalité des procédures sur l'intention du débiteur, à savoir, le maintien de l'emploi, la poursuite de l'activité et l'apurement du passif. C'est ainsi que parmi les conditions d'ouverture des procédures du Code de Commerce ne figure pas l'exigence de la bonne foi du débiteur. De surcroît, il ne fait aucune allusion au comportement du débiteur au sens général. Les seules conditions qui apparaissent sur le plan personnel tiennent à sa qualité juridique ou à l'activité économique qu'il exerce.

A contrario, s'il n'est pas nécessaire que le débiteur soit de bonne foi, cela signifie que le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure malgré sa mauvaise foi. Sa demande d'ouverture pourrait directement émaner de l'intention malveillante qui l'habite.

Pour aller plus loin encore, on peut de ce fait se demander s'il est utile ou encore s'il est autorisé, de s'interroger sur les intentions du débiteur, sur ses mobiles qui le poussent à

solliciter le juge en vue de l'ouverture d'une procédure. A priori, puisque la bonne foi n'est pas une condition d'éligibilité, on suppose que la mauvaise foi ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure. Auquel cas alors il ne serait pas nécessaire de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le débiteur sollicite l'ouverture d'une procédure. Dès lors qu'il remplirait les conditions prévues, il serait éligible, indépendamment de sa bonne foi ou de l'absence de sa bonne foi. La Cour de Cassation résolve le problème dans un arrêt rendu en sa chambre commerciale le 8 mars 2011 : l'incontournable arrêt « Cœur Défense »⁴⁰.

2. Une appréciation extensive des conditions d'ouverture par la jurisprudence

Le débiteur, pour se voir répondre favorablement à la demande d'ouverture d'une procédure collective prévue par le Code de Commerce, n'est pas soumis à la condition de bonne foi. L'arrêt Cœur Défense du 8 mars 2011 montre que les conditions énumérées par le Code de Commerce pour être éligible aux procédures collectives sont limitatives, elles sont exhaustives, sans que nul n'ait besoin d'en ajouter, quelles qu'elles soient. On en déduit que la bonne foi ne sera pas une condition exigée par la jurisprudence qui décide de s'en tenir *stricto sensu* aux conditions légales énoncée limitativement dans le Code de Commerce. De même, elle va plus loin en ne permettant pas d'invoquer le mobile malveillant du débiteur pour contester sa demande d'ouverture d'une procédure, notamment une procédure de sauvegarde. En l'occurrence, le mobile était, selon les créanciers formant tierce opposition, d'échapper aux obligations contractuelles.

Pour mieux comprendre la décision de ne pas tenir compte d'une éventuelle mauvaise foi du débiteur, il convient dans un premier temps de rappeler les faits.

Une société, Cœur Défense, souhaitait acquérir un bien immobilier dans le but de le louer, dans le quartier de La Défense, à Paris. Pour financer l'achat de l'immeuble, elle a emprunté à la banque à l'aide de plusieurs sûretés afin de garantir le prêt, en sachant que les stipulations dudit prêt prévoyaient un taux variable. De fait, pour couvrir le risque de variation de ce taux d'intérêt, a été conclu un contrat de couverture. La créance a ainsi été cédée à un autre créancier. A la suite de la faillite de la banque, le créancier demande la conclusion d'un nouveau contrat de couverture de risque, faute de quoi le contrat de prêt initial deviendra immédiatement exigible. C'est dans ce contexte que la société Cœur Défense demande l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, considérant que le coût d'un tel contrat est à la fois disproportionné et introuvable au vu de la conjoncture économique. Le 25 février 2009, le

⁴⁰ Cass. Com, 8 mars 2011, 10-13.988

Tribunal de Commerce de Paris fait droit à sa demande en acceptant l'ouverture d'une sauvegarde.

Le jugement fait cependant l'objet d'une tierce opposition du créancier qui conduit à un arrêt de la Cour d'Appel de Paris rendu un an plus tard, le 25 février 2010. A travers cet arrêt, le créancier appelant expose au moins trois raisons pour lesquelles, selon lui, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut pas être ouverte : en premier lieu, on remarque qu'il avance un argument tenant aux conditions économiques ; en deuxième lieu, il invoque la possibilité de poursuite de l'activité ; enfin, en troisième lieu il évoque un argument pertinent en matière de bonne foi puisqu'il prétend que la procédure de sauvegarde ne peut pas être ouverte dans la mesure où la société débitrice, Cœur Défense, n'en sollicitait l'ouverture que dans le but d'échapper à ses obligations contractuelles à l'égard de ses créanciers. En cela, l'arrêt Cœur Défense présente un intérêt à la question de la place de la bonne foi, la place de l'intention du débiteur, dans les procédures des entreprises en difficulté. La décision de la Cour d'Appel sera infirmative, elle accueille l'appel formé par le créancier. De là, la question est remise au goût du jour puisque la Cour d'Appel prend en considération le mobile du débiteur, la raison pour laquelle il sollicite la procédure de sauvegarde. Elle se sert du mobile, de l'intention qui se cache derrière la demande du débiteur, pour rejeter l'ouverture de la sauvegarde. Un pourvoi en cassation est formé par la société débitrice. A ce stade, la décision que la Cour de Cassation prendra se fait attendre.

Le 8 mars 2011, la Haute Juridiction se prononce : elle casse l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris. Bien qu'elle admette l'existence du moyen propre au créancier lui permettant de justifier de la tierce opposition qu'il a formé, elle décide d'accorder le bénéfice de la procédure de sauvegarde à la société Cœur Défense. En effet, elle justifie l'éligibilité à la procédure par le fait que la société remplisse toutes les conditions requises. On voit alors que la Cour fait une application stricte de la loi dans le sens où elle n'admet pas qu'on puisse ajouter une condition qu'elle n'exige pas. La Cour ne permet pas qu'on s'attache à un aspect que la loi ne prévoit absolument pas en droit des entreprises en difficulté. Pour elle, dès lors que la situation du débiteur réunit toutes les conditions envisagées par le Code de Commerce, il n'y a pas lieu de refuser l'ouverture d'une procédure. Elle ne tient absolument pas compte du mobile qui est invoqué à savoir que le débiteur cherchait à échapper à ses obligations contractuelles. Cette appréciation de la Cour de Cassation est extensive, elle permet de ne pas réduire le champ d'application des procédures collectives. Sa position s'avère louable dans la mesure où elle répond à l'esprit de la loi et à la volonté même du législateur d'étendre les possibilités de bénéficier des procédures collectives. Elle ne s'en tient alors qu'aux conditions

légales et refuse toute autre démarche qui viserait à réduire leur champ d'application. Dès lors que les conditions sont réunies, la boucle est bouclée et le mobile ne fera pas obstacle à l'ouverture d'une procédure, quel qu'il soit.

La Cour Suprême se montre indifférente quant au mobile du débiteur car la loi ne fait pas du mobile une condition d'ouverture. Mais encore, la procédure de sauvegarde a pour but même de faire échapper le débiteur à ses obligations contractuelles. En effet, la période d'observation qui s'ensuit entraîne l'interdiction des paiements ainsi que l'arrêt des poursuites. Elle fait donc de la sauvegarde un outil, un instrument, une technique juridique offrant au débiteur un temps de répit censé lui permettre de réorganiser son entreprise. Le but poursuivi par le débiteur ne doit donc pas être sanctionné. Le législateur cherche le maintien des emplois, la poursuite de l'activité de l'entreprise et l'apurement du passif. Cette recherche prévaut sur l'échec de la force obligatoire des contrats.

3. L'échec de la force obligatoire des contrats

L'ignorance par la loi d'une exigence de bonne foi du débiteur et l'indifférence de la jurisprudence quant à un mobile déloyal amènent à l'échec de la force obligatoire des contrats auxquels ce dernier est normalement tenu. La décision de la Cour de Cassation d'être indifférente au but poursuivi par le débiteur d'échapper à ses obligations contractuelles peut paraître excessive pour les créanciers. Le débiteur est autorisé à échapper à ses obligations, sa volonté peut être dévoilée au grand jour, la jurisprudence se montre ferme et volontariste. Du point de vue des créanciers, il est vrai que l'absence totale de considération quant à l'intention personnelle du débiteur semble excessive.

Cependant, ils n'ignorent pas que la période d'observation qui fait suite à l'ouverture de la procédure entraîne l'arrêt des poursuites et l'interdiction des paiements. Le risque court donc toujours pour eux, d'une certaine manière, de subir un manquement aux obligations contractuelles à leur égard.

En outre, on peut penser qu'une telle position jurisprudentielle est trop opportuniste pour le débiteur. Toutefois, il convient encore d'apporter une nuance dans la mesure où cette position répond tout à fait à la volonté du législateur de faire de la sauvegarde un outil de réorganisation, de restructuration des entreprises.

Enfin, la Cour Suprême n'a fait qu'appliquer la loi qui prévoit des conditions d'ouverture, qui les encadre et qui les améliore, notamment avec l'ordonnance du 18 décembre 2008. De sorte que la jurisprudence n'ait pas à en ajouter ni à confondre le but

poursuivi avec ces conditions. Par ailleurs, la Cour précise qu'il existe légalement un obstacle à l'ouverture de la procédure : la fraude. Ce qui est sûrement un moyen de rappeler que la mauvaise foi, l'intention malveillante, le mobile discutable, n'est pas envisagée par la loi comme un obstacle et qu'il n'est donc pas justifié de le considérer comme tel. On peut alors parler d'une présomption de mobile bienveillant puisque, comme le dit la Cour de cassation, « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Nul besoin de rappeler que l'arrêt Cœur Défense n'est pas un arrêt opportuniste, il a, certes, été publié mais a surtout été confirmé le 3 juillet 2012 par l'arrêt « Sodimédical ». En l'espèce, la société Sodimédical a demandé l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire en raison de ses difficultés. Alors que la société mère pouvait sauver Sodimédical, elle a opté pour la liquidation qui présentait l'avantage de licencier sans grande contrainte. En la matière, contrairement à la procédure consumériste, le régime est largement favorable au débiteur.

§2. Les limites à l'indifférence du comportement du débiteur

La loi n'exige pas que le débiteur soit de bonne foi, pas plus que la jurisprudence qui apprécie les conditions d'ouverture d'une procédure sans tenir compte du mobile du débiteur qui se cache derrière sa demande. Cependant, la loi prévoit des cas dans lesquels le débiteur s'expose à une sanction en raison du comportement qu'il adopte.

1. La fraude, obstacle à l'ouverture d'une procédure

Contrairement à la procédure de surendettement des particuliers, les procédures applicables aux entreprises en difficulté n'imposent pas au débiteur d'être de bonne foi. Ainsi, il n'est accordé aucun intérêt à s'attacher au mobile du débiteur lors de sa demande d'ouverture d'une procédure. Cependant, si on ne s'intéresse pas à l'intention dans laquelle il a sollicité le bénéfice d'une procédure collective, cela ne signifie pas pour autant qu'il peut adopter tout type de comportement sans limite. En effet, la loi prévoit le cas de la fraude, qu'elle sanctionne par l'irrecevabilité de la demande d'ouverture du débiteur. La Cour de Cassation reprend également cette volonté législative en ne manquant pas de rappeler dans les deux arrêts précités, Cœur Défense et Sodimédical, que le cas de la fraude constitue un obstacle à l'ouverture d'une procédure.

Tout d'abord, il convient de préciser la distinction qui est faite. En effet, le mobile n'est pas pris en compte même s'il est discutable car il n'est que supposé. Or, le comportement frauduleux n'est pas incertain, il peut être prouvé matériellement. On ne se situe donc pas ici dans l'appréciation d'une notion floue, on sanctionne un comportement caractérisant une fraude.

En effet, la fraude du débiteur à l'égard des créanciers est encadrée par la loi. Elle est constituée dès lors que le débiteur a organisé son insolvabilité pour échapper aux poursuites. Ainsi, la cession d'un bien entraînant l'appauvrissement du patrimoine du débiteur peut caractériser une fraude. Il faut, en outre, que le débiteur ait agi en toute connaissance de cause. Même s'il n'a pas cédé le bien dans la pure intention de nuire à ses créanciers, dès lors qu'il avait eu connaissance de l'éventuel préjudice que pourrait causer cette cession, cela suffit à dire qu'il y a eu fraude. Les comportements frauduleux sont réalisés dans une intention malveillante et dans un but bien pensé. Tout comme pour la mauvaise foi en droit du surendettement, on retiendra pour la fraude le fait de donner des informations inexactes au créancier en vue d'obtenir la conclusion du contrat, ou encore la dissimulation d'une partie de l'actif. La fraude est encore définie comme tout « acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive ». ⁴¹.

La fraude peut être sanctionnée par le biais de l'action paulienne. Les créanciers peuvent ici agir à titre personnel pour sanctionner le débiteur d'avoir agi en fraude de leurs droits. Quoiqu'il en soit, le cas de la fraude est la seule possibilité offerte aux créanciers pour faire obstacle à l'ouverture d'une procédure. Dès lors que toutes les conditions pour être éligible sont remplies, il n'y a que l'existence de la fraude qui pourra contrarier la volonté du débiteur.

2. *La sanction du dirigeant d'entreprise*

L'évolution du droit des entreprises en difficulté montre bien que l'on va vers une atténuation de l'aspect répressif dans ce domaine. Certains diront d'ailleurs que dans le monde des affaires, l'efficacité économique a pris le pas sur la morale. ⁴²

⁴¹ Cass. Com., 2 oct. 2012, n°11-23213

⁴² SOINNE (B.), *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 2^e éd., 1991 n°2538, p. 2093

Les recours possibles des créanciers contre les demandes d'ouverture d'une procédure par un débiteur sont restreints. Le sort réservé au dirigeant d'entreprise semble alors être une exception.

En effet, en principe, l'ouverture d'une procédure collective ouverte à l'égard d'une personne morale n'a pas d'incidence sur le dirigeant. Cela répond à la volonté d'établir enfin une distinction entre le sort de l'entreprise et le sort de son dirigeant. Cependant, si ce dernier a adopté un comportement fautif, il pourra se voir encourir certaines sanctions.

En premier lieu, l'article L. 653-2 du Code de Commerce prévoit la faillite personnelle. Elle est prononcée par le Tribunal de Commerce dans quatre cas énoncés par la loi : lorsque l'intéressé a poursuivi abusivement une exploitation déficitaire ne pouvant que conduire à la cessation des paiements, lorsqu'il n'a pas respecté les exigences en matière de tenue de la comptabilité ou qu'il a fait disparaître des documents comptables, lorsqu'il a détourné ou dissimulé une partie de l'actif, et lorsqu'il n'a pas déclaré l'état de cessation des paiements dans les 45 jours. La prononciation de la faillite personnelle entraîne l'interdiction du dirigeant de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler toute entreprise ou exploitation agricole. Cette interdiction de gérer peut aussi être prononcée indépendamment de la faillite. Le but de cette sanction est d'évincer le dirigeant fautif de toute gestion économique, on veut éviter qu'il réitère sa faute et conduise de nouveau une autre entreprise à l'ouverture d'une procédure collective. Ces sanctions peuvent être assimilées à la déchéance de la procédure de surendettement dans leurs effets.

En deuxième lieu, il existe le comblement de passif, ou comblement pour insuffisance d'actif. Il s'agit ici, lors de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, de faire payer les dettes sociales au dirigeant. Ici, c'est souvent le cas pour le dirigeant qui a, par sa faute, entraîné ou contribué à accroître l'insuffisance de l'actif de l'entreprise. Ici, il s'agit plus d'une sanction patrimoniale. Elle concerne tous les dirigeants, de droit comme de fait qui ont commis des fautes de gestion ou d'imprudence, ou encore des négligences. La jurisprudence retient parmi elles le recours abusif au crédit, la gestion hasardeuse ou encore la rémunération inconsidérée du dirigeant malgré les pertes.

Enfin, en troisième lieu, le dirigeant fautif s'expose à une sanction pénale prononcée par le tribunal correctionnel : la banqueroute. L'article L. 654-2 du Code de Commerce énumère les comportements qui peuvent entraîner une telle sanction. Elle est notamment prononcée lorsque le dirigeant a détourné ou dissimulé une partie du passif, lorsqu'il a augmenté frauduleusement le passif du débiteur ou encore lorsqu'il a tenu une comptabilité

incomplète ou irrégulière. Il s'agit d'un délit puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000€ d'amende. La banqueroute peut être cumulée avec la faillite.

3. *L'instrumentalisation des procédures collectives*

Le droit des entreprises en difficulté est un droit évolutif en fonction de la conjoncture économique de l'époque. Le législateur manifeste sa volonté de manière progressive et le dernier objectif qu'il a souhaité fixer est le maintien de l'emploi et de l'activité ainsi que l'apurement du passif. Aujourd'hui, il semble que les conditions d'ouverture aux procédures répondent à ce triple objectif. C'est pour cette raison qu'on peut penser qu'ajouter une exigence de bonne foi serait en contrariété avec le but poursuivi par le législateur à travers la loi de sauvegarde de 2005.

L'évolution des procédures collectives témoigne de l'abandon de la perception du débiteur comme un coupable. Le but n'est plus de punir le débiteur comme ce fut, jadis, le cas. « L'évolution a toujours été une réduction progressive des sanctions notamment depuis le Code de Commerce »⁴³.

Aujourd'hui, on ne s'intéresse qu'aux conditions légales à savoir à l'activité exercée par le débiteur et aux difficultés qu'il rencontre. Dès lors que les conditions relatives à ces deux aspects sont réunies, l'ouverture d'une procédure ne peut être rejetée. Quand bien même le mobile de sa demande serait discutable, tant qu'aucune fraude n'est caractérisée, il n'est pas possible de refuser sa demande. Le débat en la matière se nourrit par la jurisprudence qui maintient sa position d'apprécier de manière extensive les conditions d'ouverture sans les confondre avec le but poursuivi par le débiteur. Il peut vouloir échapper à ses obligations contractuelles, cela ne fera pas obstacle à sa demande. C'est pourquoi la critique surgit et la question se pose de savoir ce qu'il en est de la force obligatoire des contrats. Le débiteur peut se servir de la procédure de sauvegarde pour manquer à ses obligations envers ses créanciers, ce qui amène à dire qu'il a « le droit de ne pas payer ses dettes »⁴⁴. La Cour de Cassation légitime et valide l'instrumentalisation que le débiteur entend faire de la sauvegarde, comme en témoigne l'arrêt *Cœur Défense*.

De même, l'arrêt *Sodimédical* en date du 3 juillet 2012⁴⁵ a eu à connaître d'un problème de droit similaire. En l'espèce, la société *Sodimédical* connaissait des difficultés qui auraient pu

⁴³ *ibidem* p. 2276

⁴⁴ DERRIDA, *La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, *Rev. Sc. Crim.* 1989 p. 658

⁴⁵ Cass. Com., 3 juillet 2012, n°11-18026

être redressées par la société mère. Mais elle demande l'ouverture d'une procédure de liquidation afin de pouvoir licencier avec peu de contrainte. La question de la fraude était au cœur de l'arrêt, comme l'a formulé le conseiller rapporteur à l'égard de cette décision. La Cour rappelle qu'on ne peut pas rejeter l'ouverture d'une procédure en raison des mobiles du débiteur. Ici, le mobile n'était pas négligeable, il s'agissait de pouvoir licencier pour motif économique : « cette demande a pour seul but...de permettre des licenciements », pour autant, la Cour suprême a appliqué la loi *stricto sensu*, admettant l'ouverture d'une liquidation judiciaire en dépit de ce mobile qui entraîne de lourdes conséquences. Toutefois, il faut nuancer la critique en rappelant que la procédure de sauvegarde a été conçue dans le but d'offrir un temps au débiteur pour se rétablir et réorganiser sa structure en difficulté. Elle entraîne d'elle-même l'interdiction des paiements et l'arrêt des poursuites. La jurisprudence actuelle montre alors qu'elle a pris acte de la volonté du législateur, qu'elle fait primer. On comprend que pour les salariés de Sodimédical, profane au monde du droit des entreprises en difficulté, la consternation et l'injustice se fassent ressentir. Mais les juristes ne peuvent qu'approuver une appréciation extensive des conditions d'ouverture d'une procédure collective.

Les conditions d'ouverture des procédures de traitement des difficultés, en matière consumériste et commerciale, sont d'une part relatives à la situation personnelle du débiteur. En ce sens, elles s'intéressent toutes les deux à la qualité de ce dernier, à son statut juridique et à son activité. En vertu du principe de subsidiarité, le débiteur qui n'est pas éligible à l'une des procédures devrait automatiquement être éligible à l'autre. Toutefois, les éléments auxquels s'attachent les deux types de procédures divergent quelque peu, portant atteinte au principe de subsidiarité. Ainsi, certains débiteurs se trouvent exclus des deux procédures. L'idée de complémentarité est alors remise en cause.

En outre, elles ne peuvent pas être complémentaires lorsque l'une attache une importance considérable au comportement de bonne foi du débiteur, alors que l'autre ne fait pas de la mauvaise foi un obstacle à l'ouverture d'une procédure collective. La bonne foi marque une divergence certaine entre les deux procédures. Néanmoins, elles condamnent toutes les deux les comportements frauduleux.

Les conditions d'ouverture de ces deux types de procédures sont, d'autre part, relatives à la situation économique du débiteur. Là encore, elles divergent dans la mesure où le critère fondamental des procédures commerciales est la cessation des paiements, tandis que cette notion est ignorée des procédures consuméristes. En revanche, les procédures ultimes que sont la liquidation judiciaire et la procédure de rétablissement personnel sont, quant à elles, conditionnées par un élément qui leur est commun.

PARTIE II : LES CONDITIONS RELATIVES A LA SITUATION ECONOMIQUE DU DEBITEUR

Les procédures d'insolvabilité, qu'elles soient consuméristes ou commerciales, s'appliquent avant tout en raison de la situation économique du débiteur. Elles consistent à apporter une réponse aux difficultés financières auxquelles il fait face. Certes, le débiteur est éligible à l'une de ces deux procédures en fonction de sa qualité et de son comportement. Mais leur application résulte des difficultés économiques que rencontre ce dernier.

Ainsi, « la condition d'ouverture fondamentale se rapporte donc à la situation financière »⁴⁶. C'est cette même situation qui conditionne le choix de la procédure puisque le droit du surendettement des particuliers comme le droit des entreprises en difficulté prévoient des procédures en fonction de l'importance des difficultés, de leur intensité, de leur caractère plus ou moins grave. Ici encore, on retrouve un aspect commun aux deux types de procédures qui conditionne leur ouverture.

Chacun des deux domaines, en réponse à la conjoncture économique, ont fait place à des procédures destinées à agir en amont, lorsque l'on considère qu'il est encore possible pour le débiteur de se sortir de cette situation difficile. Les conditions relatives à la situation économique vont déterminer l'importance, de moindre ampleur, des difficultés. A ce stade, elles vont justifier de l'application d'une procédure préventive (Chapitre I).

Alors que d'autres critères vont permettre de conditionner les autres procédures, destinées non pas à agir en amont mais à remédier ou à mettre fin à des difficultés financières plus importantes et aux situations les plus obérées (Chapitre II).

Chapitre I : Les conditions d'ouverture des procédures préventives

Dans les deux domaines de traitement du passif, commercial et consommériste, ressort une idée de graduation des procédures. Avant la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, il n'existait que des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires. Aujourd'hui, la procédure de sauvegarde instituée par ladite loi permet au débiteur de ne pas rester seul face à des difficultés croissantes, en attendant une aggravation de la situation pour, enfin, pouvoir bénéficier de mesures de traitement. La sauvegarde est donc perçue comme une procédure

⁴⁶ JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, Litec, 7^{ème} éd., 2011, p.91

préventive, elle agit en amont pour inciter une entreprise à se placer sous l'œil de la justice avant même que ses difficultés ne deviennent irréversibles.

En matière de surendettement des particuliers, une procédure s'en rapproche. Appelée « procédure classique », « plan conventionnel », ou encore « plan de redressement conventionnel », elle a lieu en phase amiable et aboutit à un accord sur les modalités d'apurement, sur un échelonnement, ou sur un report des dettes. Elle est, en ce sens, également perçue comme une procédure préventive dans la mesure où elle dépend de l'organe administratif qu'est la commission de surendettement et qu'elle agit en amont des procédures judiciaires, lorsque la situation laisse encore place à un espoir de remédier au surendettement.

Section 1 : Les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde

L'article L. 620-1 du Code de Commerce dispose : « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur [...] qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ».

A la lecture de cet article, l'ouverture de la procédure préventive qu'est la sauvegarde est, dans son aspect économique, soumise à une double condition : l'absence de cessation des paiements et l'existence de difficultés que le débiteur ne peut pas surmonter.

§1. L'absence de cessation des paiements

La cessation des paiements est une notion propre aux procédures collectives commerciales, en effet, le Code de la consommation n'en faisant pas mention, elle est inexistante au droit du surendettement des particuliers. Tandis qu'elle est prévue par le Code de commerce, il convient de s'y référer pour puiser les éléments qui animent cette notion fondamentale en droit des entreprises en difficulté.

1. La notion de cessation des paiements

L'article L. 631-1 relatif à la procédure de redressement judiciaire qui, elle, exige la cessation des paiements, en donne une définition : le débiteur est en cessation des paiements dès lors qu'il se trouve « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». Il semble que l'on se situe entre le fait de nature à compromettre l'exploitation et la situation irrémédiablement compromise. Il convient néanmoins de préciser les deux

éléments que sont l'actif disponible et le passif exigible afin de mieux comprendre le sens de cette notion spécifique au droit des entreprises en difficulté.

D'une part, concernant l'actif disponible, celui-ci a tendance à s'identifier à la trésorerie de l'entreprise. On entend par actif disponible l'actif immédiatement utilisable, on parle encore d'actif « mobilisable ». Plus précisément, c'est l'ensemble des sommes que l'on peut facilement utiliser.

Parmi elles, on a les soldes des comptes bancaires, les effets de commerce à vue, mais aussi les chèques à encaisser, dès lors que l'on en connaît les provisions, tels que les chèques de banque⁴⁷. La jurisprudence a décidé d'inclure dans l'actif disponible les réserves de crédit, c'est-à-dire les sommes que les créanciers sont disposés à prêter au débiteur⁴⁸. La doctrine s'était déjà prononcée en la matière en considérant les réserves de crédit comme une somme dont le débiteur peut immédiatement bénéficier, constituant ainsi un « élément décisif de son actif disponible, permettant d'écarter son état de cessation des paiements »⁴⁹. Cette jurisprudence a d'ailleurs été reprise par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et consacrée à l'article L. 631-1 qui dispose : « Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ».

En reprenant cette jurisprudence qui fait entrer certains éléments dans l'actif du débiteur, l'ordonnance de 2008 n'entend pas réduire la notion d'absence de cessation des paiements qui a, de fait, tendance à concerner un plus grand nombre de débiteurs. Elle témoigne par là de sa volonté à inciter ces débiteurs à solliciter l'ouverture d'une sauvegarde sans attendre que leur situation ne soit davantage critique.

Cependant, on ne peut pas tout inclure dans l'actif disponible. Pour la même raison que pour les chèques bancaires, un bien qui est sur le point d'être vendu ne peut pas faire partie de l'actif utilisable, puisqu'à ce stade, nul ne connaît le prix auquel il sera réellement vendu. On ne pourrait que se baser sur une prévision, ce qui ne permettrait pas d'apprécier objectivement l'absence de cessation des paiements.

D'autre part, concernant le passif exigible, on considère qu'il est constitué par le passif échu. Cela signifie que même si le passif n'est pas encore exigé, il doit être pris en compte. On établit ici une distinction entre le passif exigé et le passif exigible, et on fait en l'occurrence une interprétation littérale de la loi. Concrètement, on s'intéresse à l'échéance de

⁴⁷ Cass. Com., 18 déc. 2007

⁴⁸ Cass. Com., 27 fév. 2007

⁴⁹ La notion de « réserves de crédit » en droit des entreprises en difficulté, *La semaine juridique Entreprises et Affaires*, n°6, 9 fév. 2012, 1102

la dette et non pas à l'action, entreprise ou non, par le créancier en vue de la recouvrir. Le passif exigible est le passif qui est arrivée à échéance et que les créanciers sont donc en droit de réclamer. Même s'ils ne le réclament pas, il demeure échu et entre donc dans le passif exigible en ce sens qu'ils ont la possibilité de l'exiger immédiatement. Par conséquent, pour un emprunt, on prend en compte les échéances arrivées à terme au moment où le juge statue. On ne s'intéresse pas aux échéances à venir mais uniquement à celles dont le terme est survenu.

Ainsi, pour la créance qui fait l'objet d'un moratoire, l'échéance n'est pas encore survenue puisqu'elle a été reportée, la Cour de Cassation exclut donc légitimement les moratoires du passif exigible⁵⁰.

L'ordonnance de 2008, au même titre que pour les réserves de crédit, consacre cette jurisprudence dans le Code de Commerce. Ce qui témoigne encore de la volonté du législateur de favoriser l'ouverture de la procédure de sauvegarde, puisqu'en enlevant une créance du passif exigible, cela étend encore la faculté d'y faire face.

Si le passif exigible suppose que les dettes soient échues, celui-ci impose également que les dettes qui en font partie soient liquides et certaines. Le critère de la liquidité impose que l'on ait connaissance du montant des dettes. Quant au caractère certain, il suppose que la dette ne soit pas litigieuse, elle ne doit pas faire l'objet d'une contestation.

La notion de cessation des paiements est une notion qui s'est précisée au fil du temps. On s'attache à sa définition juridique, indépendamment du sens comptable de l'actif et du passif. Ici, la notion ne correspond effectivement pas tout à fait à celle de « trésorerie ». En ce qui concerne la nature de la dette, elle est ici indifférente. La dette peut être civile ou commerciale, elle entrera dans le passif exigible dès lors qu'elle est échue, liquide et certaine.

2. La détermination de l'absence de cessation des paiements

Dès lors que l'on a pu déterminer l'actif disponible et le passif exigible du débiteur, on va procéder à une comparaison des deux masses. Normalement, les sommes caractérisant l'actif disponible devraient pouvoir suffire à faire face au passif exigible. A défaut, l'ouverture d'une sauvegarde ne serait pas admise. Après avoir soumis les deux masses à l'épreuve de la balance, on va pouvoir avoir connaissance de l'état de cessation des paiements ou de son absence. De deux choses l'une : soit, l'actif disponible est plus important que le passif exigible ; soit, il y a une disproportion entre les deux et c'est le passif exigible qui

⁵⁰ Cass. Com., 15 fév. 2011, n°10-13625

prend le dessus sur l'actif disponible. Dans le premier cas, il n'y a pas cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut être accordée. Dans le second cas au contraire, l'actif ne permet pas de répondre au passif, il y a alors cessation des paiements. Le débiteur n'est toutefois pas démuné face à cette disproportion, il n'est simplement plus éligible à la procédure de sauvegarde, ce qui le conduira à bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire.

L'établissement de la consistance de l'actif et la réalisation de l'état du passif permet de montrer si le bilan est, ou non, positif. Il constitue une preuve face à un créancier qui contesterait l'absence de cessation des paiements pour faire obstacle à l'ouverture d'une sauvegarde. En sachant que la preuve incombe au débiteur mais que le défaut de paiement d'une seule créance ne suffit évidemment pas à établir l'existence d'une cessation des paiements. Notons que son appréciation est objective, elle est propre à chaque société, indépendamment du groupe.

3. Une condition nécessaire à l'instauration d'une procédure préventive

La loi de sauvegarde de 2005 a entendu faire bénéficier d'une procédure préventive les débiteurs qui connaissaient des difficultés sans pour autant être en cessation des paiements. On ne peut que se réjouir de cette innovation qui permet d'inciter le débiteur à prendre des initiatives en amont, sans avoir à attendre de ne plus pouvoir payer ses dettes pour être placé sous l'oeil de la justice. On peut dire que le législateur répond clairement à la volonté de « déconnecter l'ouverture d'une procédure collective volontaire de toute condition d'insolvabilité »⁵¹. Avant l'ordonnance de 2008, la condition était exposée de la manière suivante : il fallait que le débiteur connaisse des difficultés « de nature à le conduire à la cessation des paiements ». Implicitement, on pouvait comprendre que cette formulation supposait que le débiteur ne soit pas encore en situation de cessation des paiements. Néanmoins, elle pouvait susciter des débats auxquels l'ordonnance a mis fin en explicitant cette condition négative d'absence de cessation des paiements.

Il semble que la condition d'absence de cessation des paiements se justifie très bien par le caractère préventif de la procédure de sauvegarde à laquelle on ne peut que consentir. Le débiteur doit également répondre à une seconde condition tenant aux difficultés qu'il

⁵¹ LIENHARD (A.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, D. 2009, chron. p. 110

rencontre. De telle sorte que l'on pourrait dire que la condition est que le débiteur ne soit pas « encore » en cessation des paiements.

§2. Des difficultés que le débiteur ne peut pas surmonter

Outre l'absence de cessation des paiements, le Code de Commerce prévoit une autre condition : l'existence de difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter. Une condition tout à fait similaire existe également pour les particuliers.

Cette disposition suscite l'interrogation, quant aux éléments qui permettent de déterminer les difficultés en question, quant à l'incapacité du débiteur à les surmonter mais encore quant à la récente intervention du législateur dans l'élaboration de cette condition.

1. Les critères de détermination des difficultés

Les difficultés que le débiteur rencontre et dont il doit justifier ne sont pas définies par la loi. C'est donc la jurisprudence qui se doit de faire vivre ce critère. A travers ses arrêts, elle laisse apparaître plusieurs éléments auxquels il conviendrait de s'attacher.

Tout d'abord, la loi ne précise pas de quelle difficulté il s'agit, elle ne dit rien quant à leur nature. On en a alors déduit que les difficultés justifiant de l'ouverture d'une sauvegarde pouvaient être de toute nature. De plus, en matière de conciliation, la loi encadre son champ d'application en évoquant que le débiteur peut justifier de « toutes difficultés, de nature économique, juridique ou financière, ou de toute autre nature ». On suppose qu'il en va de même pour être admissible à la procédure de sauvegarde. Dès lors, on ne s'intéresse pas particulièrement à la nature des difficultés que rencontre le débiteur.

En outre, il n'est pas non plus exigé que les difficultés aient un rapport avec l'activité de l'entreprise. La jurisprudence s'est clairement exprimée sur le sujet, notamment dans l'arrêt de principe Cœur Défense, où elle censure la décision de la Cour d'Appel de Paris selon laquelle la société Cœur Défense ne prouvait pas l'existence de difficultés de nature à affecter la poursuite de son activité de bailleuse mais faisait simplement état de « circonstances imprévues lui rendant plus onéreuse l'exécution de l'obligation contractuelles imposée par le contrat de prêt ayant originellement financé son acquisition ». La Cour d'Appel, par la solution qu'elle retient, semble vouloir exiger que les difficultés compromettent la poursuite de l'activité de l'entreprise, or, cette exigence n'est pas prévue par la loi. Le Haute Juridiction va alors casser cet arrêt en disant que la réunion des conditions

légales d'ouverture de la procédure de sauvegarde se suffisent à elles-mêmes, sans qu'il ne soit justifié qu'on ajoute un autre critère. Ainsi, le fait que les difficultés ne soient pas de nature à affecter l'activité économique de l'entreprise ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une sauvegarde. Elle justifie cela en disant que, certes, le but de la sauvegarde est de faciliter la réorganisation de l'entreprise, mais elle précise « afin notamment de poursuivre l'activité économique de l'entreprise ». L'adverbe « notamment » montre bien la position volontariste de la Cour d'apprécier les conditions d'un point de vue global, en prenant en compte non pas un seul des objectifs mais tous les objectifs poursuivis par le législateur à travers la loi de sauvegarde. La Cour de Cassation fait une interprétation stricte des dispositions légales qui ne prévoient pas que « l'ouverture de la procédure de sauvegarde soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité ». Les juges du fond n'ont pas à rechercher les éventuelles conséquences des difficultés sur l'activité. L'arrêt Cœur Défense présente une conception large des difficultés à prendre en compte, puisqu'elle interprète strictement la loi et que la loi est imprécise en la matière.

Par ailleurs, les difficultés rencontrées par le débiteur doivent être avérées. On ne peut se contenter de difficultés prévisibles, ce qui amène à affirmer de nouveau qu'on pourrait dire que la procédure de sauvegarde est instituée au débiteur qui n'est « pas encore » en cessation des paiements et qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Certains disent encore que la sauvegarde est prévue pour les débiteurs qui « sont sur le point » d'être en cessation des paiements. Les difficultés prévisibles ne sont pas prises en compte, elles sont incertaines et une fois survenues, si elles surviennent, le débiteur serait peut être en mesure de les surmonter. Cela laisse place à trop de suppositions. Les difficultés doivent être avérées.

Ensuite, elles doivent présenter un caractère durable. On exclut alors les difficultés qui seraient simplement conjecturées, temporaires, passagères. Ce qui traduit quand même ici une certaine importance des difficultés. Le débiteur ne peut pas demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en raison de simples difficultés passagères. Ce qui, on l'a vu, ne permet pas pour autant de dire que ces difficultés doivent être de nature à affecter l'activité de l'entreprise.

On a, enfin, un autre élément qui permet de délimiter les contours de la condition tenant aux difficultés que rencontre le débiteur, c'est le caractère sérieux de celles-ci. En effet, puisque le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements et que la loi n'apporte pas de précision quant aux difficultés à considérer, la jurisprudence a au moins posé la condition que ces difficultés doivent présenter un caractère sérieux. Ce critère semble être en adéquation

avec l'exigence de l'incapacité du débiteur à surmonter ses difficultés. Cette incapacité laisse supposer que les difficultés sont, *a priori*, sérieuses.

La jurisprudence a alors permis de dire que les difficultés peuvent être de toutes natures, elles ne doivent pas nécessairement affecter l'activité de l'entreprise, elles présentent un caractère durable, avéré et sérieux.

2. *L'incapacité du débiteur à surmonter les difficultés*

La loi nous dit que le débiteur ne doit pas être en mesure de surmonter les difficultés qu'il rencontre. La plus grande complexité dans ce critère réside dans la difficulté d'apporter la preuve de l'incapacité du débiteur à surmonter ces difficultés. La condition tenant à cette incapacité du débiteur a été, elle aussi, précisée par la jurisprudence.

D'une part, il s'agit d'une incapacité à surmonter, seul, les difficultés qu'il rencontre. En effet, il doit être incapable dans le sens où il ne s'en sortirait pas seul, sans intervention judiciaire. Les difficultés qu'il rencontre doivent être telles qu'elles nécessitent la mise en œuvre d'une procédure pour y faire face. Toutefois, le débiteur ne doit pas prouver l'échec d'une éventuelle conciliation pour démontrer qu'il n'est pas capable de surmonter les difficultés. D'autant plus que la conciliation suppose l'état de cessation des paiements alors que les difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter s'accompagnent inévitablement de l'absence de cessation des paiements.

D'autre part, les difficultés doivent être irrésistibles pour le débiteur dans la gestion libre de son entreprise. C'est-à-dire que même s'il peut compter sur le groupe ou la société-mère, les difficultés ne vont s'apprécier qu'au regard de la seule situation du débiteur. Ainsi, la situation de la société s'apprécie indépendamment de celle de ses associés ou encore de celle du groupe, comme le rappelle l'arrêt Photoservices rendu par la Cour de Cassation le 26 juin 2007⁵². En l'espèce, la société connaissait des difficultés mais le groupe auquel elle appartenait était florissant. La Cour est alors intervenue pour lever le doute en affirmant que les difficultés s'apprécient au regard des seules ressources de la société, sans considérer l'éventuel soutien du groupe. Les difficultés doivent donc être personnelles au débiteur. Cependant, le juge peut prendre en compte l'impact du groupe pour apprécier les difficultés d'une filiale, comme il l'a fait dans l'arrêt Eurotunnel en étendant la procédure à plusieurs sociétés du même groupe. L'appréciation des difficultés est alors une appréciation objective, pour chacune des sociétés à titre personnel, sans prendre en compte la situation économique

⁵² Cass. Com., 26 juin 2007, n°06-20.820, *Bull. civ.*, IV, n°177

du groupe. Plus récemment, dans l'arrêt Sodimédical du 3 juillet 2012, la Cour réaffirme sa position, en matière de liquidation cette fois, en disant que la loi ne fait pas obligation à la société mère de soutenir financièrement sa filiale. Pourtant, apparemment, la filiale ne disposait d'aucune autonomie par rapport à la société mère. Mais dans l'arrêt précité, la Cour se situe dans le prolongement de l'arrêt Cœur Défense et s'en tient aux conditions légales uniquement, qu'elle interprète, certes, de manière stricte mais elle se prononce en adéquation avec la volonté que laisse paraître le législateur à travers les réformes du droit des entreprises en difficulté.

3. L'intervention extensive du législateur

En 2008, par le biais de l'ordonnance du 18 décembre, le législateur a quelque peu modifié les termes de la condition d'ouverture de la sauvegarde tenant aux difficultés rencontrées par le débiteur. Auparavant, la loi de sauvegarde avait prévu que la procédure qu'elle a instituée soit ouverte au débiteur « qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

Bien que, comme on l'a vu précédemment, cette formulation supposait l'absence de cessation des paiements, la difficulté se présentait tout de même en matière de la preuve. En effet, le débiteur n'avait pas à prouver, contrairement à aujourd'hui, l'absence de cessation des paiements, mais il devait prouver que les difficultés qu'il rencontrait étaient de nature à le conduire à cette cessation des paiements. D'emblée, on voit la difficulté qui pouvait se présenter puisqu'il fallait prouver un fait prévisible, non pas avéré. Le débiteur devait démontrer que la cessation des paiements était inéluctable. Bien qu'étant un fait juridique, sa preuve pouvant être apportée par tout moyen, on devine qu'il n'était toutefois pas évident de prouver un fait prévisible par le débiteur, un fait simplement envisageable. De plus, s'il fallait que les difficultés soient de nature à le conduire à la cessation des paiements, l'aspect préventif de la procédure de sauvegarde pouvait être mis à mal dans la mesure où le débiteur aurait attendu d'être proche de la cessation des paiements pour solliciter l'ouverture d'une procédure. Or, cette dernière a pour but d'agir en amont, dans la prévention, non pas dans l'empressement. Le débiteur ne pouvait en réalité pas vraiment prendre les devants de la même manière qu'il le peut aujourd'hui.

L'intervention du législateur apparaît alors comme une facilité offerte au débiteur de demander l'ouverture d'une sauvegarde. En effet, il n'a plus à préparer la preuve d'un fait simplement prévisible. La procédure est devenue plus accessible, conformément à la volonté

du législateur. Au lendemain de la réforme, on s'est réjoui de l'abandon de cette condition en ayant à l'esprit la disparition d'une telle difficulté de la preuve qui était, en effet, « souvent ardue à rapporter et dont la complexité s'accroît à mesure de la précocité de sa demande d'ouverture »⁵³. Au fil du temps, les interventions du législateur en matière de droit des entreprises en difficulté ont toujours en vue l'accessibilité des débiteurs à ses procédures, et il semblerait qu'elles y répondent favorablement.

Section 2 : Les conditions d'ouverture de la procédure de redressement classique

La procédure classique est la procédure de redressement, encore appelée « procédure amiable » puisqu'elle aboutit à l'élaboration d'un plan conventionnel proposé aux créanciers qui décident, ou pas, de l'accepter. L'article L. 330-1 du Code de la Consommation dispose que la situation de surendettement est caractérisée par « l'impossibilité manifeste pour le débiteur [...] de faire face à ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Ce sont les conditions relatives à la situation financière du débiteur pour l'ouverture d'une procédure classique de redressement, lorsque sa situation n'est pas, ou pas encore, irrémédiablement comprise. L'article précité laisse ressortir deux types de conditions : l'impossibilité manifeste de faire face à ses dettes échues et à échoir, d'une part, et l'exclusion des dettes professionnelles, d'autre part.

§1. L'impossibilité manifeste pour le débiteur de faire face à ses dettes

Pour être recevable, la demande du débiteur doit faire apparaître l'existence de difficultés. La question se pose alors de savoir à quel moment on peut considérer que les difficultés économiques caractérisent un endettement. De la même manière que la notion de cessation des paiements sert à déterminer les difficultés du débiteur en matière commerciale, ici, l'état d'endettement va permettre d'évaluer l'incapacité du débiteur à honorer ses dettes.

En outre, certains critères entourent la notion de difficultés car l'existence de difficultés financières ne suffit pas à être éligible au surendettement des particuliers.

⁵³ Rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 18 décembre 2008, Titre I, Chap. II, 1.

1. Les éléments d'appréciation de l'incapacité du débiteur à honorer ses dettes

Considérer que le débiteur se trouve dans une impossibilité manifeste de faire face à ses dettes revient à dire qu'il est en incapacité d'honorer les engagements qu'il a contractés. La Cour de Cassation dit que le débiteur surendetté est celui dont la charge globale de remboursement échue et non échue excède ses capacités de remboursement.⁵⁴

Il n'y a pas de définition claire de la situation d'endettement, de l'impossibilité de faire face à ses dettes, ce qui se justifie par la diversité des situations. Il ne peut pas exister de profil type de personnes surendettées, chaque demande doit faire l'objet d'une analyse. L'on sait également qu'il n'y a pas de critère quantitatif pour caractériser l'impossibilité du débiteur de faire face à ses dettes.

Ainsi, il conviendra de s'attacher à la comparaison de l'actif avec le passif du débiteur. En cela, l'impossibilité manifeste du débiteur de faire face à ses dettes peut se rapprocher de la notion de cessation des paiements qui conditionne l'ouverture des procédures commerciales. En effet, pour caractériser l'état de cessation des paiements d'un débiteur éligibles aux procédures du Code de Commerce, on établit une comparaison de son actif disponible avec son passif exigible. Ici, pour déterminer l'incapacité du débiteur à honorer ses engagements, on procède de la même manière, en comparant son actif avec son passif. Globalement, il peut sembler que l'on soit dans le même ordre d'idée. Toutefois, les deux notions se distinguent par ce qu'elles incluent dans chacune des catégories que sont l'actif et le passif. En effet, en matière de surendettement des particuliers, on a une vision plus large de l'actif et du passif.

D'une part, l'actif inclut ici l'ensemble des ressources, sans avoir à distinguer selon qu'elles soient imposables ou non, saisissables ou non, et quelle que soit leur origine. L'actif comprend alors aussi bien la rémunération du débiteur que les prestations sociales qui lui sont octroyées. Ainsi, la jurisprudence a fait cesser les discussions à propos de l'allocation personnalisée au logement (A.P.L) qui n'était pas toujours prise en compte sous prétexte que le débiteur n'en avait pas la libre disposition. Aujourd'hui, la Cour a tranché en faveur de la prise en compte de l'A.P.L dans les ressources faisant partie de l'actif. En résumé, l'actif correspond à l'ensemble des ressources actuelles et futures mais aussi à l'ensemble des capitaux du débiteur. En sachant que l'absence de ressource ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de surendettement des particuliers.

⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1993, 91-04.136, *Bull. civ.*, I, n°18

La grande différence avec l'actif pris en compte pour déterminer la cessation des paiements est qu'ici l'actif n'est pas uniquement l'actif mobilisable. En effet, on a ici une interprétation globale et extensive de l'actif, on considère l'actif dans sa totalité même s'il est immobilisé. C'est-à-dire que l'actif comprend également le patrimoine immobilier du débiteur, on va considérer ici la valeur du bien comme un élément de l'actif. En matière commerciale, on exclut, on l'a vu, les biens qui sont en vente car on ignore le montant du prix auquel le bien sera réellement vendu. On estime que ce n'est en effet pas très réaliste de prendre en compte un bien dont on ignore la valeur qui reviendra au débiteur après sa vente. Mais en matière de surendettement des particuliers, il en va autrement. Pour un bien immobilier, par exemple, on prendra en compte l'estimation réalisée par un professionnel tel qu'un notaire. Auparavant, le fait d'être propriétaire de sa résidence principale était un obstacle à la recevabilité de la demande du débiteur. Depuis la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010, on a supprimé cette disposition mais on a considéré qu'il fallait prendre en compte le patrimoine pour connaître l'étendue du surendettement. L'actif est donc constitué, outre de l'ensemble des ressources du débiteur quelles qu'elles soient, de son patrimoine, immobilisé.

D'autre part, en ce qui concerne le passif du débiteur, on peut se faire la même remarque en ce que l'interprétation est plus globale qu'en matière commerciale. En effet, la loi dit expressément que les dettes à prendre en compte sont les « dettes exigibles et à échoir ». Le passif du débiteur comprend alors l'ensemble des dettes échues et à échoir. Les dettes exigibles sont celles dont le terme est passé, l'approche est la même qu'en matière de cessation des paiements puisque le terme « exigible » considéré *stricto sensu* inclut les dettes qui n'ont pas été exigées par le créancier mais dont celui-ci serait en mesure de réclamer leur recouvrement. La grande distinction avec le droit des entreprises en difficulté est que la loi prévoit ici la prise en compte des dettes à échoir. Même si le terme de la dette n'est pas encore survenu, elle entre dans le passif du débiteur, ce qui inclut les moratoires alors qu'elles sont exclues pour l'ouverture d'une procédure commerciale. Pour être recevable au bénéfice du Code de la Consommation, les dettes peuvent être de toute nature : civiles, privées, domestiques, on ne distingue pas selon celles relatives aux charges courantes et celles provenant du remboursement de prêts. On veut en effet un traitement global des difficultés, la circulaire du 29 août 2011 précise d'ailleurs que la demande n'est pas irrecevable lorsque les dettes émanent uniquement de charges courantes. Le passif prend en compte toutes les dettes, même celles qui ne feront pas l'objet d'un réaménagement.

Une fois que l'actif et le passif ont été établis, on va apprécier la capacité de remboursement de ce passif, en fonction des charges du débiteur c'est-à-dire de ses dépenses

régulières et indispensables à la vie quotidienne. La procédure classique ne pourra s'ouvrir qu'après l'étude de sa capacité de remboursement. Sinon, on estimera que sa situation est irrémédiablement compromise et il ne sera pas éligible à cette procédure de redressement.

2. *Les éléments encadrant les difficultés du débiteur*

Pour être éligible à la procédure de surendettement des particuliers, il ne suffit pas de connaître des difficultés quelconques. Il existe en effet des éléments, dessinés peu à peu pour encadrer les circonstances dans lesquelles le débiteur peut demander le bénéfice des dispositions du Code de la Consommation.

S'il n'existe pas de seuil mathématique permettant de dire à quel stade le débiteur est surendetté, on peut quand même constater que « l'apparition d'incidents de paiement ne saurait ici suffire pour caractériser une situation de surendettement »⁵⁵. En effet, on distingue le taux d'impayés du taux d'endettement. Ce qui peut nous amener à dire que les difficultés qui ne sont que passagères ne sont pas admises, notamment quand elles peuvent être réglées par le délai de grâce prévu à l'article 1244-1 du Code Civil. Cela ne signifie pas pour autant que le débiteur qui a été en mesure d'honorer ses engagements sans incident jusqu'au moment du dépôt du dossier auprès de la commission de surendettement doit être exclu.

En effet, les difficultés du débiteur peuvent ne pas être effectives au moment de sa demande à bénéficier de la procédure de surendettement des particuliers. Toutefois, elles doivent au moins être prévisibles. C'est une interprétation extensive qui s'applique ici et qui a pour but de prévenir les difficultés du débiteur, la loi veut lui permettre de bénéficier d'une procédure avant qu'il ne connaisse de difficultés plus profondes. Le débiteur peut avoir honoré ses dettes, il sera éligible dès lors qu'il présente un risque à ne plus pouvoir les honorer dans l'avenir. C'est aussi la raison pour laquelle on prend en compte les dettes à échoir, et pas seulement les dettes exigibles. Le législateur a par là voulu prévenir la survenance des difficultés financières. C'est en cela notamment que la procédure classique est vue comme une procédure préventive. Cependant, les difficultés ne doivent pas être aléatoires, le risque de dégradation des difficultés doit au moins être réel.

En pratique, l'appréciation des difficultés n'est pas la tâche la plus importante de la commission. La controverse la plus laborieuse demeure celle de l'exclusion des dettes

⁵⁵ FERRIERE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^{ème} éd., 2012/2013, p.70

professionnelles, aussi bien du côté de la jurisprudence que du côté de la doctrine, elle pose de nouveau la question de la répartition des deux procédures.

§2. L'exclusion des dettes professionnelles

L'article L.330-1 du Code de la Consommation pose la condition que les dettes du débiteur doivent être non professionnelles : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». *A contrario*, les dettes professionnelles du débiteur sont exclues du traitement du passif des particuliers.

1. La définition de « dettes professionnelles »

Dès l'origine de la loi sur le surendettement, le législateur a affirmé l'exclusion des dettes professionnelles. La jurisprudence a nuancé cette exclusion en admettant que les dettes professionnelles pouvaient faire l'objet d'un aménagement à la condition que l'endettement personnel suffise à lui seul à caractériser la situation de surendettement. Ainsi, même si la majorité des dettes est professionnelle, cela ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de surendettement dès lors que les dettes non professionnelles suffisent à caractériser l'état de surendettement du débiteur. Elles sont exclues de l'appréciation de l'état de surendettement au stade de l'ouverture de la procédure mais sont prises en compte au stade du traitement du passif, faisant l'objet d'un réaménagement et rééchelonnement.

La jurisprudence s'est vue contrainte de remédier au silence de la loi quant à la définition des dettes professionnelles et a décidé, trois ans après la loi Neiertz, de considérer comme étant une dette professionnelle la « dette contractée pour les besoins ou à l'occasion d'une activité professionnelle »⁵⁶. Cette première définition posait des difficultés quant à la formulation « à l'occasion d'une activité professionnelle » qui était jugée trop globale, ce qui avait pour conséquence d'exclure un trop grand nombre de débiteurs de la procédure de surendettement. Le caractère professionnel d'une dette pouvait être retenu indépendamment du statut du débiteur. Ainsi, une personne qui s'est porté caution d'un commerçant a une dette professionnelle. La même solution était retenue pour celui qui s'endettait en vue de racheter l'entreprise dont il était employé. La formulation était trop large. Peu à peu, il a été précisé que la nature de la dette devait s'apprécier en fonction de l'activité du débiteur, sans pouvoir

⁵⁶ Cass, 1^{ère} civ, 31 mars 1992, *Bull. civ.*, I, n°107

« se déduire de ce qu'elle a été contractée pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle de son conjoint »⁵⁷.

La circulaire ministérielle du 24 mars 1999 avait par la suite évoqué la notion de dette professionnelle mais n'avait rien apporté d'innovant. Au contraire, elle a défini les dettes professionnelles comme étant les dettes ayant un rapport direct ou indirect avec l'activité économique du débiteur.

Aujourd'hui, la notion a été resserrée par la jurisprudence dans un arrêt rendu par la 2^{ème} chambre civile le 8 avril 2004, qui définit les dettes professionnelles comme celles nées, non plus « pour les besoins ou à l'occasion d'une activité professionnelle », mais « pour les besoins et au titre de l'activité professionnelle du débiteur ». Cette nouvelle définition a permis d'admettre au bénéfice de la procédure de surendettement des particuliers le débiteur, salarié, qui avait pour dette principale une condamnation au paiement de marchandises non représentées à son employeur. La Cour a refusé de caractériser cette dette comme une dette professionnelle. Si elle est née à l'occasion de l'activité, elle n'est toutefois pas née au titre de celle-ci puisqu'elle résulte d'une condamnation.

On a certaines dettes qui peuvent être considérées comme des dettes hybrides et il appartient à la Cour d'interpréter leur caractère, soit professionnel, soit personnel, en sachant que le caractère professionnel d'une dette s'apprécie au jour où elle a été contractée. Les divergences vont conduire à écarter certains débiteurs, bien que le juge doive caractériser nettement la dette professionnelle et non pas se contenter d'une impression. L'existence d'une dette professionnelle peut écarter un débiteur de la procédure de surendettement des particuliers, ce qui n'implique pas pour autant son éligibilité aux procédures commerciales. Les exclusions impliquées par la condition de dettes non professionnelles sont difficilement acceptables⁵⁸. Elles nourrissent une controverse doctrinale, non pas seulement quant à leur acceptations mais aussi et surtout quant à la justification d'un tel critère.

2. Une exigence particulièrement discutée

Le Code de la Consommation impose que le débiteur soit surendetté par des dettes non professionnelles. Il exclut les dettes professionnelles de la prise en compte de l'état d'endettement. Pour autant, les procédures collectives commerciales n'imposent pas que les dettes soient professionnelles. Ainsi, le principe de subsidiarité que l'on trouve concernant la

⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 octobre 1992

⁵⁸ CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises*, Rev. des proc. coll. n°4, juillet 2009, étude 17

qualité du débiteur n'existe pas en ce qui concerne le caractère des dettes. C'est pourquoi un débiteur éligible aux procédures du Code de Commerce par sa qualité pourra se voir ouvrir une procédure collective même si ses dettes sont personnelles. Tandis qu'un débiteur non éligible aux procédures commerciales qui a principalement des dettes professionnelles sera écarté des procédures consuméristes. Comme on l'a vu précédemment, certains débiteurs sont exclus d'une procédure en raison de sa qualité alors qu'ils sont également exclus de l'autre procédure en raison du caractère de leurs dettes. C'est le cas des dirigeants et des associés. Mais c'est aussi le cas des débiteurs retirés d'affaire, retraités, inactifs, qui ne peuvent bénéficier des procédures collectives commerciales que si tout ou partie de leur passif provient de leur ancienne activité professionnelle. A défaut, ils bénéficient de la procédure consumériste. Or, si en cours de procédure de surendettement, ils voient apparaître une ancienne dette professionnelle, ils en seront exclus. La critique faite par la doctrine notamment par Pierre Cagnoli semble tout à fait juste, celui-ci s'étonne de l'inconvenance de cette solution par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur qui sont le maintien de l'activité et de l'emploi.⁵⁹

On a encore le cas avec les époux communs en biens. Une épouse s'est ainsi vue refuser le bénéfice d'une procédure de surendettement car les dettes étaient incorporées au passif de la procédure commerciale de son conjoint. La Cour a souligné qu'il n'y avait pas lieu de rechercher le caractère professionnel ou personnel des dettes. On a donc un régime particulier d'exclusion concernant les époux communs en bien pour qui la question se pose de savoir si la dette professionnelle du conjoint présente également le caractère professionnel pour son époux. Dans un premier temps, cela exclut le conjoint du professionnel commercial mais, dans un deuxième temps, si l'on retient la solution inverse, on aurait un double traitement pour des dettes identiques. Une nuance doit donc être apportée à toute critique formulée à l'égard de cette exclusion du conjoint commun en biens d'un professionnel puisqu'elle évite la coexistence des deux procédures.⁶⁰ Cependant, on pourrait considérer que le conjoint du professionnel puisse être, lui aussi, éligible aux procédures collectives commerciales en raison d'une confusion des patrimoines des époux. Mais on peut regretter que ce ne soit pas prévu.

En outre, si le cas des gérants de S.A.R.L est désormais réglé sur la question de leur éligibilité aux procédures consuméristes, il sera toutefois rare qu'ils ne présentent pas de

⁵⁹ *ibidem*

⁶⁰ MARIANI-RIELA (M.C), *Les frontières des procédures de surendettement des particuliers*, Rev. de Droit bancaire et financier n°3, Mai 2012, dossier 19

dettes professionnelles. La discussion demeure à leur égard concernant les dettes à l'égard du régime social des indépendants. Seuls les professionnels peuvent y cotiser, ce qui amène à penser que la dette est en rapport avec l'activité professionnelle. Toutefois, elle est contractée pour la personne du débiteur, c'est une cotisation personnelle qui lui bénéficiera à lui seul et non à l'entreprise, ce qui peut amener à dire que c'est une dette de nature personnelle. La commission écartait ces dettes en considérant qu'elles étaient d'origine professionnelle alors que le tribunal de commerce les écartait également en considérant qu'elles étaient de nature personnelle. Le 21 janvier 2010, la Cour de Cassation a levé l'ambiguïté en rendant éligible à la procédure consomériste le gérant d'une S.A.R.L qui avait une dette à l'égard du R.S.I.

La condition posée par le Code de la Consommation de ne prendre en considération que les dettes non professionnelles suscite un vif débat doctrinal en raison des exclusions qu'elle entraîne, mais aussi en raison de l'imprécision de la notion de « dette professionnelle ». Certains débiteurs, par leur qualité, se trouvent entre les deux frontières de chacune des procédures alors que d'autres, par la nature de leurs dettes, peinent tout autant à se trouver une place. Néanmoins, l'existence de dettes professionnelles rend le débiteur inéligible à la procédure de surendettement que lorsqu'elles sont majoritaires. Les dettes personnelles, ou non professionnelles, doivent suffire à caractériser l'état d'endettement. En outre, la règle de l'exclusion des dettes professionnelles ne s'applique qu'au stade de l'ouverture de la procédure de surendettement des particuliers. Elles sont exclues dans l'appréciation de l'endettement du débiteur mais doivent être prise en compte dans le plan de redressement conventionnel. La condition ne s'applique qu'au stade de l'ouverture et disparaît lors de la phase des recommandations. Lorsque le débiteur sera dans une situation irrémédiablement compromise, le critère réapparaîtra pour faire échapper la dette professionnelle à l'effacement. Une partie de la doctrine voit en cela une inutilité du critère. Borge va jusqu'à évoquer une « nécessité » de revenir sur la condition d'exclusion des dettes professionnelles dans la caractérisation de l'état de surendettement⁶¹, pendant que Cagnoli propose de « définir le surendettement quelle que soit l'origine des dettes »⁶². Une tentative timide a été effectuée par le législateur qui a décidé de permettre aux cautions d'un entrepreneur individuel ou d'une société de bénéficier de la procédure consomériste alors qu'il s'agit ici de dettes professionnelles au sens de la définition jurisprudentielle. C'est alors une exception à la condition de la nature des dettes qui a été consacrée. Puisqu'une entorse est

⁶¹ BORGA (N.), *Livre VI du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?*, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 1er sept. 2012 n° 5, p. 316

⁶² CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises*, Rev. des proc. coll. n°4, juillet 2009, étude 17

faite à une condition d'éligibilité de la procédure de surendettement concernant des garants, on pourrait penser que la solution, pour que tout le monde puisse bénéficier d'au moins une des deux procédures, résiderait dans l'abandon total de cette condition qui apparaît peu appropriée et remet en cause la complémentarité des procédures.

Chapitre II : Les conditions d'ouvertures des procédures de redressement, de liquidation et de rétablissement

Les procédures qui agissent en amont, avant que les difficultés ne rendent la situation plus difficile à appréhender, permettent d'éviter l'intensification des difficultés rencontrées par le débiteur. En fonction de l'intensité de ces difficultés, d'autres procédures sont offertes au débiteur. En matière commerciale, on a le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. Pour le premier, comme l'indique sa dénomination, elle a vocation à redresser la situation du débiteur à un stade où ses difficultés sont de taille sans toutefois être complètement irrémédiables. C'est, en quelque sorte, une procédure de second degré. Alors qu'en dernier ressort, lorsque les difficultés ne permettent plus d'espérer un redressement, le débiteur aura recours à la liquidation judiciaire.

En matière consumériste, l'endettement ou l'insolvabilité peuvent être réglés par la procédure classique. Si les mesures prévues par cette dernière ne suffisent pas à redresser la situation du débiteur qui continue de se trouver face à ses difficultés, une procédure ultime est prévue, dans les conditions identiques à la liquidation judiciaire : la procédure de rétablissement personnel.

Section 1 : Le redressement judiciaire conditionné par une notion phare : l'état avéré de la cessation des paiements

L'article L. 631-1 du Code de Commerce dispose que la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte à tout débiteur qui, « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements ». A la différence de la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement ne semble pouvoir s'ouvrir qu'à la condition où le débiteur se trouve en état de cessation des paiements. Ce n'est que cet état qui peut déclencher l'ouverture d'un redressement, celui-ci doit donc être établi de manière certaine.

Toutefois, elle peut être une notion fondamentale en matière de redressement judiciaire, elle n'en présente pas moins des limites et suscite même l'interrogation de certains auteurs quant à sa place et son devenir.

§1. La preuve de la cessation des paiements

La cessation des paiements doit être déclarée par le débiteur à peine de sanction. Elle doit être prouvée selon le droit commun de la preuve, ce qui n'est pas aisé pour toutes les parties à la procédure. Elle suscite des critiques, de par les inégalités de traitement que provoque son régime.

1. Une déclaration obligatoire à valeur quasi-probatoire

Alors que la procédure de sauvegarde présente un aspect facultatif, le redressement judiciaire, quant à lui, revêt un caractère obligatoire dans la mesure où il s'ouvre en cas de cessation des paiements et que le débiteur a une obligation de déclarer cette cessation.

Pour procéder à cette déclaration, le débiteur dispose de quarante cinq jours à compter de la date de cessation des paiements, sauf s'il a sollicité une procédure amiable à savoir la conciliation. Dans tous les cas, le débiteur qui se trouve en cessation des paiements ne doit pas rester passif et l'on peut considérer que cela résulte du premier objectif poursuivi par la procédure de redressement judiciaire : poursuivre l'activité de l'entreprise. Il serait difficilement concevable de parvenir à redresser une entreprise qui se trouve en cessation des paiements déjà depuis une longue période. L'obligation du débiteur de déclarer son état de cessation des paiements se justifie par la volonté législative de prendre en main l'entreprise qui connaît des difficultés avant qu'elle ne se trouve dans une situation irrémédiablement compromise. Tout l'intérêt du redressement judiciaire serait bafoué. D'où l'importance d'une telle obligation encadrée par un délai suffisant pour laisser le temps de prendre conscience de la situation. C'est également ce qui peut expliquer que la notion de cessation des paiements n'existe pas dans les procédures consuméristes qui ne poursuivent pas le même but que les procédures commerciales. En effet, la finalité de la procédure de surendettement des particuliers est surtout d'éviter l'exclusion sociale du débiteur défaillant. C'est pourquoi aucune obligation n'incombe à ce dernier de déposer un dossier de surendettement en cas d'impayés. Les conséquences pèseraient sur lui seul alors qu'en matière commerciale, les difficultés engendrent une cessation de l'activité et donc des pertes d'emploi conséquentes sur

le plan de l'économie. La notion de cessation des paiements est, certes, « un critère central et traditionnel »⁶³ dans l'ouverture d'une procédure collective, mais n'a pas de raison d'être en matière consumériste.

Pour procéder à cette déclaration, le débiteur va, en pratique, s'adresser au greffe du tribunal de commerce s'il est commerçant ou artisan, ou au greffe du tribunal de grande instance, dans les autres cas. Communément, on dit que le débiteur « dépose le bilan ». Ainsi, ce dernier devient demandeur de l'ouverture d'une procédure de redressement. S'il échappe à cette obligation, il encourt une interdiction de gérer puisque l'absence de déclaration par le débiteur de la cessation des paiements dans les quarante cinq jours constitue une faute de gestion pouvant entraîner sa responsabilité.

Outre la sanction comme élément dissuasif de ne pas déclarer la cessation des paiements, on a un élément incitatif puisque le débiteur bénéficie d'un régime de preuve allégé. L'on considère que sa déclaration est une sorte d'aveu de faillite qui reflète la véracité de la déclaration du débiteur⁶⁴. C'est d'ailleurs ce qui est retenu en matière de surendettement des particuliers pour les débiteurs qui déposent un dossier auprès de la commission puisque leurs déclarations font foi et suffisent, en principe, à ouvrir une procédure.

La déclaration de cessation des paiements est une obligation qui pourrait avoir valeur probatoire, comme c'est encore le cas en droit belge. Toutefois, il ne suffit pas que le débiteur déclare la cessation, il lui appartient de démontrer la date à laquelle la cessation a eu lieu.

2. *La charge de la preuve*

L'obligation du débiteur de déclarer l'état de cessation des paiements dans les quarante cinq jours à compter de la survenance de l'impossibilité de payer implique qu'il soit demandeur à l'ouverture d'une procédure de redressement. Toutefois, elle n'exclut pas la possibilité pour une autre personne que le débiteur de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire. En effet, un créancier, ou même encore le ministère public, peuvent être à l'initiative de la procédure par le biais d'une assignation ou d'une requête au Tribunal, en vertu de l'article L. 631-5 du Code de Commerce. Dès lors, il appartiendra à celui qui demande l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de prouver l'état de cessation des paiements dans lequel se trouve l'entreprise intéressée. Ainsi, il est fait application du régime de droit commun de la preuve. On se réfère au Code Civil en son article 1315 qu'on

⁶³ VALLENS (J.L.), *La preuve de la cessation des paiements*, Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Sept-Oct. 2009, n°5, p. 19

⁶⁴ *ibidem*, p 20

applique au droit des entreprises en difficultés, ainsi qu'à un célèbre adage : « *actor incumbit probatio* », la charge de la preuve incombe au demandeur. C'est un principe traditionnel dont l'application en matière commerciale se justifie par le fait que « le droit de la preuve n'est pas seulement un ensemble de règles de procédure, mais touche aussi au fond du droit : ce n'est pas un hasard si ses règles figurent au Code civil et non au Code de procédure civile »⁶⁵. Il n'est donc pas surprenant qu'en matière de procédures collectives, le demandeur à l'ouverture d'une procédure de redressement à l'égard d'une entreprise se doit de prouver que cette dernière est en situation de cessation des paiements.

Toutefois, la charge de la preuve apparaît plus ou moins lourde selon la qualité du demandeur. S'il s'agit du débiteur, il existe en effet une sorte de présomption légale de cessation des paiements. Ainsi, on peut rattacher la fermeture de l'exploitation⁶⁶ ou la fuite du débiteur⁶⁷ à son aveu. Le tribunal estime parfois que certains faits constituent des indices à valeur probatoire.

En ce qui concerne le créancier qui sollicite l'ouverture d'une procédure de redressement, il se heurtera à la difficulté d'apporter la preuve de la cessation des paiements de l'entreprise en difficulté, alors même que les éléments en sa possession seront le plus souvent peu nombreux, le principe traditionnel de la charge de la preuve s'applique à lui.

Le ministère public, quant à lui, pourra s'appuyer sur le registre du commerce et des sociétés, les registres des gages, les salaires impayés portés à sa connaissance, etc. Il devra fournir des éléments de preuve qui feront présumer un état de cessation des paiements qui suffira au tribunal dès lors qu'il n'y a pas d'éléments qui seraient contraires.

Dans tous les cas, le débiteur peut contester la demande d'ouverture d'une procédure de redressement à son encontre. Il lui incombera alors de prouver qu'il n'est pas en cessation des paiements.

La constatation de la cessation des paiements entraîne un arrêt des poursuites, un étalement voire un effacement du passif du débiteur. C'est pourquoi la preuve de cet état de cessation des paiements est importante, il est difficilement concevable que de telles mesures soient adoptées sans que cette cessation n'ait été préalablement constatée. Une telle constatation passe ainsi par la caractérisation de l'état de cessation des paiements mais encore par la fixation de sa date.

⁶⁵ *ibidem* p. 19.

⁶⁶ Cass. Com., 30 octobre 1967 : *Bull. civ.* 1967, IV, n°345

⁶⁷ Cass. Com., 19 mars 1958 : *D.* 1958, *somm.* p. 75

3. Le contenu de la preuve

La cessation des paiements est un fait juridique pouvant être prouvée par tout moyen. La preuve est donc libre. Toutefois, une difficulté se pose car il ne s'agit pas uniquement pour le demandeur de prouver l'état de cessation des paiements, encore faut-il en fixer la date.

Tout d'abord, lorsque la procédure est sollicitée par le débiteur lui-même, il lui sera aisément possible de fournir des éléments comptables et commerciaux justifiant la cessation des paiements de l'entreprise. Au demeurant, l'article R.631-1 du Code de Commerce énumère les pièces qui doivent être rapportées lors de la déclaration de la cessation des paiements, notamment une situation de trésorerie datant de moins d'un mois. Lorsque c'est le créancier qui sollicite l'ouverture d'une procédure de redressement, il devra avant tout apporter la preuve de sa qualité de créancier, ce qui détermine en réalité son intérêt à agir, ainsi que la preuve du caractère exigible de sa créance. Celle-ci doit être échue, liquide et certaine, en sachant qu'il n'y a pas de montant minimum exigée pour introduire une action. En outre, il convient de préciser que le défaut de paiement d'une créance ne suffit pas à déterminer l'état de cessation des paiements. Il faut pouvoir justifier de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, comme cela a été défini précédemment.

Dès lors où la cessation des paiements est caractérisée, il faut encore en fixer la date. La tâche de la fixation de la date de cette cessation appartient au tribunal, qui n'est pas tenu par la date que le débiteur aurait éventuellement déclarée. Toutefois, ce dernier peut contester la date retenue par le tribunal. La date a en effet une incidence sur la possibilité d'annuler des actes qui auraient été accomplis au cours de la période suspecte, ladite période s'étendant de la cessation des paiements au prononcé du jugement d'ouverture du redressement judiciaire. En outre, la date fixée par le tribunal peut ne pas entrer dans le délai de déclaration de quarante cinq jours, ce qui entraînerait un manquement du débiteur sanctionné par une interdiction de gérer. Ainsi, la possibilité du débiteur de contester la date fixée par le tribunal n'est que la traduction de son intérêt à agir, comme l'a rappelé la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt en date du 5 octobre 2010. Il appartiendra alors au débiteur de fonder sa contestation.

La cessation des paiements est une notion fondamentale, elle est la clé qui ouvre la porte du redressement judiciaire. Malgré son importance, elle présente des limites notamment sur le plan pratique.

§2. Les limites à la notion phare du redressement judiciaire

La cessation des paiements, bien que définie par certains auteurs comme le « pivot des procédures »⁶⁸, présente des limites. Dès l'abord, elle révèle des incohérences en matière de preuve, puis elle laisse une porte ouverte au phénomène d'instrumentalisation des procédures pour, enfin, devenir inutile dans le cadre d'une conversion de sauvegarde en redressement.

1. *Des exigences probatoires inadéquates*

En matière de preuve de cessation des paiements dans le but d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire, le régime de la preuve diffère selon le mode de saisine. En effet, selon que ce soit le débiteur qui soit à l'initiative du redressement, un créancier, le ministère public ou encore, que ce soit le tribunal qui se saisisse d'office, la charge de la preuve sera un fardeau plus ou lourd. Les exigences probatoires ne seront pas perçues de la même façon par chacun des demandeurs potentiels.

De prime abord, lorsque le débiteur est à l'initiative de la procédure de redressement, on observe dès l'abord qu'il bénéficiera d'un régime allégé de la preuve de sa cessation des paiements. En effet, l'état de cessation traduisant un échec personnel pour le débiteur, la déclaration qu'il en fait est perçue comme un aveu. Bien que sa seule déclaration ne suffise pas, il semble évident qu'il possède tous les éléments nécessaires à sa disposition pour établir son état de cessation des paiements. La charge de la preuve paraît légère à l'égard du débiteur, « de plus, le Code de commerce comme les tribunaux reconnaissent aujourd'hui encore qu'un débiteur qui fournit des éléments comptables caractérisant selon lui son incapacité de faire face au passif exigible avec son actif disponible est en cessation des paiements »⁶⁹. Qui plus est, s'il est possible à un créancier ou au ministère public de contester la déclaration de cessation des paiements du débiteur, il leur appartiendra néanmoins d'apporter la preuve du caractère mensonger des déclarations de ce dernier. Ce fardeau de la preuve n'est pas lourd à porter à l'épaule du débiteur, ce qui vaut à certains auteurs de dire que le débiteur est dans une position plus que favorable⁷⁰.

De même, lorsque la demande d'ouverture de la procédure émane du ministère public, le poids de la preuve n'est pas plus lourd à supporter pour ce dernier puisque, d'une part, il

⁶⁸ COQUELET (M.L.), THULLIER (B.), Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, n°3, Mai-Juin 2012, p.78

⁶⁹ VALLENS (J.L.), *La preuve de la cessation des paiements*, Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Sept-Oct. 2009, n°5, p. 20

⁷⁰ *ibidem*

détient par sa qualité des informations sur la situation économique du débiteur et que, d'autre part, le tribunal se contentera de simples présomptions en l'absence d'éléments contraires à ceux requis par le ministère public.

Quant au pouvoir du tribunal de se saisir d'office sur l'ouverture d'une procédure de redressement, l'inadéquation du principe légal de la preuve s'impose comme une évidence. Le tribunal qui se saisit lui-même est demandeur et doit donc supporter la charge de la preuve, mais ce même tribunal est également la juridiction qui statue sur cette ouverture de procédure. Autrement dit, le tribunal a une double casquette : il est à la fois demandeur et juge, ce qui emporte qu'il doive prouver un fait pour le juger ensuite. C'est tout le système en la matière qui est à remettre en cause. La situation apparaît d'emblée inappropriée.

La charge de la preuve varie ainsi selon le sujet sur qui elle pèse. Pour le débiteur, le ministère public ou même le tribunal lui-même, elle est largement allégée. Mais la même remarque n'est pas à faire lorsque le demandeur à l'ouverture d'une procédure est un créancier. En effet, lorsque le créancier assigne son débiteur en redressement, la charge de la preuve lui incombe aussi en tant que demandeur à l'action. Pourtant, *a contrario* du débiteur, le créancier ne possède que peu ou prou d'éléments comptables ou commerciaux qui permettraient de caractériser l'état de cessation des paiements de son débiteur. Il est vrai que la législation française en la matière, contrairement à certains droits étrangers, ne conditionnent pas l'action du créancier à un montant minimum de sa créance ni même à un nombre minimum de créanciers lésés. Qui plus est, la preuve de la cessation invoquée par le créancier peut être rapportée par tout moyen, s'agissant d'un fait juridique. Cependant, ces semblants de faveurs apparaissent utopiques dans la mesure où « le créancier n'a pas les moyens matériels et juridiques de démontrer l'insolvabilité de son débiteur »⁷¹. Extérieur à l'entreprise, il n'a qu'une facilité pour démontrer un impayé à son égard, or, des défauts de paiements ne valent pas cessation des paiements, encore faut-il prouver que le débiteur est dans l'impossibilité réelle de s'acquitter de ses dettes. Le créancier qui entend assigner son débiteur en redressement judiciaire se heurte ainsi à une difficulté. L'exigence de la preuve en application du principe traditionnel ne semble pas adaptée lorsque c'est le créancier qui sollicite l'ouverture d'une procédure. On peut parler d'une certaine inégalité de traitement entre le débiteur et le créancier, le premier se trouvant dans une situation bien plus confortable. D'autant plus qu'il est permis au débiteur de rester passif devant la difficulté du créancier, dans la mesure où il n'a pas à démontrer qu'il n'est pas en cessation des paiements,

⁷¹ *ibidem*, p.21

à l'inverse de la procédure de sauvegarde, ici, « il peut échapper à l'assignation de son créancier sans devoir fournir cette preuve »⁷². La réalité de la difficulté devant laquelle se trouve le créancier est d'autant plus mise en évidence que le législateur a la possibilité de lui venir en aide au moyen d'une enquête préalable, qui permettra au tribunal de compléter les informations dont dispose le créancier. Cette possibilité confirme encore qu'il n'est pas seulement difficile mais « impossible d'exiger du créancier la preuve nécessaire ».⁷³

Ce manque de cohérence représente une limite au « pivot » des procédures collectives. Il est le principal élément à reconsidérer sans pour autant être le seul.

2. *L'opportunité d'une instrumentalisation*

L'état de cessation des paiements d'un débiteur est avant tout la condition indispensable pour solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Toutefois, la cessation des paiements peut être un instrument au service du débiteur.

En premier lieu, le débiteur qui est en cessation des paiements peut œuvrer dans le but de bénéficier d'une procédure d'anticipation malgré son état de cessation. En effet, on a vu à la fois que les réserves de crédit constituent un élément de l'actif mobilisable et que les moratoires excluent du passif exigible les impayés afférents. Le débiteur peut alors parfaitement avoir recours au crédit pour retarder ou échapper à la cessation des paiements et ainsi se rendre éligible aux procédures d'anticipation, notamment la procédure de sauvegarde qui exige une absence de cessation des paiements du débiteur : « les moratoires décalent dans le temps l'exigibilité du passif. Les réserves de crédit augmentent d'autant le montant de l'actif »⁷⁴. Par ailleurs, le principe d'irresponsabilité en matière d'octroi du crédit n'est pas pour dissuader de l'instrumentalisation de la notion de cessation des paiements.

En second lieu, le débiteur peut, au contraire, chercher à restructurer sa situation financière en déposant le bilan de manière prématurée afin de bénéficier de la procédure de redressement et donc d'échapper aux contraintes effectives d'un plan de sauvegarde.

Cette faculté offerte au débiteur de faire de la cessation des paiements un véritable outil de restructuration de sa situation économique en vue de choisir une procédure plutôt qu'une autre pourrait justifier qu'un regard particulier soit porté sur l'aveu ou la preuve que fait le débiteur de la cessation des paiements. En comparaison, le droit américain, réputé pour

⁷² *ibidem*

⁷³ *ibidem*

⁷⁴ COQUELET (M.L.), THULLIER (B.), *rev. des proc. coll.*, Lexis Nexis, n°3, Mai-Juin 2012, p. 78

être également favorable aux débiteurs, impose désormais de nouvelles exigences pour éviter ces opportunités de détourner la loi.

3. Une condition ignorée en cas de conversion d'une sauvegarde

Depuis la première loi en matière de procédures applicables aux entreprises en difficulté, la cessation des paiements a été un élément majeur conditionnant leur ouverture. C'est une notion phare dans la mesure où c'est elle qui sert de cadre, elle est la condition essentielle et indispensable à l'ouverture des procédures, ce qui justifie les qualifications que la doctrine lui attribue, notamment en tant que « pivot ».

Si elle est indispensable à l'ouverture d'un redressement judiciaire, malgré la difficulté d'en établir la preuve pour certains acteurs de la procédure, la cessation des paiements s'avère volontairement ignorée lorsqu'il s'agit de convertir une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire. En effet, la sauvegarde est permise en cas d'absence de cessation des paiements alors que le redressement, à l'inverse, n'est possible que lorsque cet état de cessation est avéré. Dès lors, dans l'hypothèse où la cessation des paiements intervient pendant une sauvegarde, il conviendra de convertir la procédure en redressement. Mais cette hypothèse est en réalité également envisageable lorsque la cessation des paiements n'a pas, ou pas encore, eu lieu. Le caractère essentiel de la cessation des paiements trouve en cela sa limite, il est largement amoindri. On assiste en effet à une rupture avec la « règle traditionnelle »⁷⁵ qui peut paraître surprenante mais qui justifie néanmoins une souplesse procédurale indiscutable. Elle permet à une entreprise en difficulté de tenter une solution de redressement « sans attendre, inutilement, que la cessation des paiements soit officiellement constatée »⁷⁶. Dès lors que le plan de sauvegarde n'apparaît pas envisageable, il peut ainsi toujours exister une « solution technique souple et rapide »⁷⁷ sans attendre.

Cette possibilité dérogatoire n'est cependant pas appliquée à la légère. Le tribunal effectue en effet un sérieux contrôle afin d'évaluer si la situation ne justifie pas plutôt une conversion en liquidation plutôt qu'en redressement, si la cessation est avérée.

⁷⁵ SAINTOURENS (B.), Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, n°2, Mars-Avril 2010, p.44

⁷⁶ *ibidem*

⁷⁷ *ibidem*

Section 2 : La condition commune aux procédures consuméristes et commerciales ultimes : une situation irrémédiablement compromise

Les procédures de rétablissement personnel et de liquidation judiciaire, respectivement prévues par le Code de la consommation et le Code de commerce, exigent des conditions d'ouverture parfaitement similaires. Pour la première, l'article L. 330-1 impose que « le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement » classiques. Alors que pour la seconde, l'article L. 640-1 du Code concerné prévoit qu'elle puisse s'ouvrir pour « tout débiteur [...] en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible ».

§1. Les éléments caractéristiques de la situation irrémédiablement compromise

La situation est irrémédiablement compromise quand il n'existe plus de solution pour la redresser. Les procédures de rétablissement personnel et de liquidation judiciaire présentent ainsi un caractère subsidiaire. Elles s'appliquent à défaut de pouvoir appliquer une procédure préventive, de redressement ou d'apurement. Devant des difficultés d'une extrême intensité, seules les procédures ultimes trouvent à s'appliquer en tant que dernier recours. Si aucune définition légale ne définit la situation irrémédiablement compromise, on sait donc qu'elle se caractérise subsidiairement par l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures d'apurement du passif. Mais encore faut-il tenter de lever le voile sur les éléments qui permettent de dire que la mise en œuvre de mesures d'apurement est impossible.

1. Les particuliers face à l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures ordinaires de traitement du passif

Les mesures ordinaires de traitement du passif, prévues par le Code de la consommation, sont à la fois le plan conventionnel en phase amiable, les mesures recommandées et les mesures imposées. Toutes ont vocation à redresser la situation du débiteur. Elles sont prédestinées à s'appliquer au débiteur qui se trouve dans une situation d'insolvabilité et ce, en tout premier lieu. Le caractère subsidiaire de la procédure de rétablissement personnel suppose que ces mesures soient les premières envisagées et qu'uniquement dans le cas où elles ne peuvent pas être mises en œuvre ou respectées, la procédure de rétablissement trouvera à s'appliquer. C'est cette impossibilité à les mettre en

application à l'égard du débiteur qui va caractériser la situation irrémédiablement compromise conditionnant l'ouverture de ladite procédure. En l'absence de définition légale, la jurisprudence pointe certains éléments comme caractérisant l'impossibilité de remédier au surendettement.

En premier lieu, le caractère irréversible de la situation de surendettement tient compte de la capacité de remboursement du débiteur qui doit être nulle. Avoir une capacité de remboursement permet d'apurer les dettes, au moins en partie. Si le débiteur n'a pas cette capacité, on aura un premier critère qui sera pris en considération. Toutefois, il ne sera pas le seul dans la mesure où il est possible d'envisager que le débiteur puisse avoir, dans l'avenir, une capacité de remboursement. C'est pourquoi pour caractériser l'existence ou l'absence d'une telle capacité sur le long terme, on va prendre en compte les ressources actuelles mais également les ressources futures, prévisibles, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Douai le 20 janvier 2011⁷⁸. Ainsi, si une perspective d'évolution, d'amélioration de la situation, est envisagée à court terme, la procédure de rétablissement personnel ne s'appliquera pas dans la mesure où la situation ne sera pas irrémédiablement compromise, elle pourrait être réversible dans l'avenir. Néanmoins, si aux termes des mesures ordinaires mises en place, la situation ne s'est guère améliorée, la procédure ultime pourra être ouverte. La seule possibilité d'évolution empêche la caractérisation de la situation irrémédiablement compromise.

Le second lieu va rejoindre le premier puisque la situation personnelle du débiteur va être prise en compte. En effet, une amélioration de la situation sera inenvisageable en fonction d'éléments fondés sur la vie privée du débiteur, en fonction notamment « de son âge, de sa qualification professionnelle, de son état de santé, de sa situation familiale, de l'état du marché de l'emploi, etc. »⁷⁹. Concrètement, si l'absence de ressource du débiteur se justifie par le fait qu'il n'a pas d'emploi, la commission et le juge vont, entre autres, prendre en compte son âge afin d'évaluer ses chances de retour à l'emploi. Ce qui ne signifie pas pour autant que la jeunesse du débiteur empêche l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel, le tout étant de démontrer que malgré son jeune âge, une amélioration à court terme n'est pas envisageable. Ce sera le cas le plus fréquemment pour le jeune débiteur qui aura déjà bénéficié vainement de mesures de redressement au terme desquelles aucune évolution de sa situation n'est constatée. En outre, la circulaire du 29 août 2011 précise que

⁷⁸ CA Douai, 20 janvier 2011, n°10/06964 : JurisData n°2011-001181

⁷⁹ GJIDARA-DECAIX (S.), *Surendettement des particuliers*, Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Sept-Oct 2011, n°5, p. 44

l'âge ne peut être retenu comme seul critère pour dire que la situation n'est pas irrémédiablement compromise, ce qui autorise la commission et les juges à prononcer l'ouverture d'une procédure de rétablissement à l'égard d'un débiteur en dépit de son jeune âge. Mais il semble que la jurisprudence s'attachait déjà, plus qu'à l'âge, à la « compatibilité avec les exigences du marché du travail et des possibilités, eu égard à sa formation, à se procurer des revenus »⁸⁰. De même, si l'état de santé ne permet pas au débiteur d'entreprendre une activité professionnelle, cet élément va peser dans la balance. Idem quant à la situation familiale, si le débiteur ne vit pas seul au foyer, les ressources d'un conjoint, concubin, ou partenaire de PACS vont être évaluées pour réaliser une estimation de la capacité de remboursement du ménage qui soit au plus proche de la réalité, quand bien même ce conjoint, concubin ou partenaire n'est ni déposant ni débiteur.

En troisième lieu, la situation irrémédiablement compromise va être caractérisée par l'absence d'actif cessible. Le patrimoine du débiteur va être évalué et mis en évidence pour déterminer l'opportunité d'une procédure de rétablissement personnel. En effet, si le débiteur possède des éléments d'actif qui peuvent être cédés moyennant une somme d'argent et que cette somme est suffisante pour s'acquitter de ses dettes, sa situation financière ne sera pas considérée comme irrémédiablement compromise. Le montant global des dettes doit être suffisamment important pour ne pas être recouverts par le biais d'une cession d'éléments de l'actif du débiteur.

La jurisprudence s'attache à ces trois éléments sans qu'un seul d'eux puisse être suffisant pour caractériser l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures de redressement : « en réalité, aucun de ces critères d'ordre personnel ou patrimonial n'est à lui seul déterminant, les juges privilégiant certains plus que d'autres selon les circonstances »⁸¹. Par ailleurs, la circulaire évoque bien une combinaison entre ces éléments.

Enfin, si la jurisprudence retient en particulier ces trois critères, la circulaire relative au traitement des situations de surendettement quant à elle insiste encore sur la subsidiarité de la procédure de rétablissement personnel, en soulignant que la situation irrémédiablement compromise est également caractérisée en cas de dépôts successifs d'un dossier de surendettement auprès de la commission, et de l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures d'apurement ou de report dans le délai maximum prévu par la loi, à savoir, huit ans.

⁸⁰ CA Paris, 22 mars 2011, n°09/00131 : JurisData n°2011-008284.

⁸¹ GJIDARA-DECAIX (S.), *Surendettement des particuliers*, Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Sept-Oct 2011, n°5, p. 44

2. *L'impossibilité de mettre en œuvre un plan de redressement judiciaire*

Commune aux procédures consuméristes et commerciales, la condition tenant au redressement manifestement impossible a ici également été précisée par la jurisprudence pour caractériser la situation irrémédiablement compromise justifiant l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Deux éléments principaux sont mis en avant par la jurisprudence : d'une part, la cessation de l'activité et d'autre part la disproportion du passif par rapport au chiffre d'affaires.

Avant la loi du 10 juin 1994 sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises,⁸² on avait deux critères alternatifs qui permettaient d'ouvrir une liquidation judiciaire : le débiteur devait, soit, avoir cessé son activité, soit se trouver dans l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures de redressement. Aujourd'hui, le législateur a abandonné la condition de cessation de l'activité, ce qui n'emporte pas pour autant une ignorance de la jurisprudence à l'égard d'un tel élément. Elle continue, à juste titre semble-t-il, à s'en servir pour caractériser le redressement comme étant impossible. Mais l'article L. 640-1 du Code de commerce l'a abandonné au profit de deux critères cumulatifs que sont la cessation des paiements et le redressement impossible. Si l'état de cessation des paiements est un leitmotiv en matière de droit des entreprises en difficulté, la notion de redressement impossible n'est, quant à elle, pas définie par le législateur. Il convient alors de s'en remettre, ici encore, à la jurisprudence qui semble s'attacher à deux critères : l'absence d'actif et la cessation d'activité. Mais quelques précisions demeurent néanmoins utiles.

Tout d'abord, il convient de rappeler que le débiteur doit se trouver face à des difficultés insurmontables. On peut alors supposer que la cessation des paiements soit indispensable à l'ouverture d'une liquidation. D'autant plus que le choix des procédures dépend de la gravité des difficultés et que, rappelons-le, la liquidation est la procédure ultime aux entreprises en difficulté. Dès lors, la cessation des paiements est indispensable et quand bien même la liquidation interviendrait après un redressement qui suppose lui-même un état avéré de cessation des paiements, il appartient aux juges de vérifier que cet état de cessation se poursuit au moment de l'ouverture de l'ultime procédure. Il paraît clair que l'impossibilité de redressement aille de paire avec une cessation des paiements, le contraire serait tout à fait incohérent, mais la Cour de cassation prend soin de rappeler, notamment dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 16 juin 2004, que les juges ne doivent pas se contenter de

⁸² loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises

constater que le redressement est impossible, ils doivent également vérifier que le débiteur se trouve dans un état de cessation des paiements avéré.

En outre, le redressement doit être impossible au regard du débiteur et non pas à l'entreprise. En effet, la liquidation judiciaire peut donner lieu à un plan de cession de l'entreprise, ce qui serait évidemment contradictoire avec l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures de redressement puisque la cession est, en quelque sorte, un instrument de redressement de l'entreprise qui est cédée à une personne solvable. Il convient alors de s'attacher au débiteur lui-même pour qualifier d'impossible ce redressement.

Quant à l'élément patrimonial, il se traduit par une disproportion importante entre le montant du passif et les ressources du débiteur, ces dernières pouvant être établies par le chiffre d'affaires. Au demeurant, les ressources alléguées par le débiteur ne doivent pas être simplement hypothétiques, « un plan d'apurement du passif viable ne saurait être adopté sur la base d'une estimation aléatoire du passif réel et des ressources espérées »⁸³ ce qui diffère quelque peu des critères consuméristes où l'on s'appuie sur la situation personnelle du débiteur pour tenter de déterminer une capacité de remboursement éventuelle et à venir, permettant d'écarter la situation irrémédiablement compromise. Ici, on peut faire valoir des éléments précis tels qu'un chiffre d'affaires important pour un bénéfice très faible et en forte baisse, l'établissement inévitable d'un plan social prévoyant des licenciements pour motif économique, ou encore un déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes.

En ce qui concerne la cessation de l'activité, il s'agit désormais de rendre compte de l'incompatibilité entre l'établissement d'un plan de redressement et la cessation de l'activité par le débiteur. Ce dernier ayant cessé l'activité n'a donc plus de ressources et il n'est pas possible de mettre en œuvre un plan de redressement sans ressources. Mais alors, comme le laisse penser l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 27 mai 2008⁸⁴ le critère de la cessation d'activité signifierait que le débiteur qui a cessé son activité mais qui a désormais une activité salariée qui lui procure de nouvelles ressources ne se heurterait pas à une impossibilité de mettre en œuvre des mesures de redressement.

⁸³ FRAIMOUT (J.J.), *Conditions préalables à l'adoption du plan*, Rev des proc. coll., Lexis Nexis, Janv.-fév. 2009, n°1, p.21

⁸⁴ CA Colmar, 1^{ère} chambre civile A, 27 mai 2008 : JurisData n°2008-367662

§2. L'appréciation de la situation irrémédiablement compromise

La situation irrémédiablement compromise est une situation d'insolvabilité irréversible, qui traduit un déclin de l'entreprise ou une défaillance du débiteur, à laquelle des mesures de redressement, d'apurement ou de report des dettes, ne peuvent pas répondre. Cette condition d'ouverture des procédures ultimes vit à travers la jurisprudence qui a établi des éléments permettant de la caractériser. Mais, l'appréciation de la situation irrémédiablement compromise, bien que présentant quelques généralités ordinaires, est aussi l'objet de divergences qu'il convient de préciser.

1. Les critères généraux d'appréciation de la situation irrémédiablement compromise

La situation irrémédiablement compromise est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond mais également à la commission de surendettement pour les particuliers, sous le contrôle du juge. Ils utilisent, certes, des éléments caractéristiques préétablis par la jurisprudence, mais on a vu que les juges privilégiaient certains critères plus que d'autres. Toutefois, certaines généralités dans l'appréciation sont à considérées.

De prime abord, l'appréciation de la situation irrémédiablement compromise, comme pour toutes les conditions d'ouverture des procédures, s'effectue au jour où les juges ou la commission statuent. Ce critère traditionnel emporte des conséquences en cas d'appel, notamment. En effet, la Cour d'appel saisie d'une contestation relative à la situation irrémédiablement compromise, se doit d'effectuer un nouvel examen au fond afin de connaître la situation au jour où elle statue. Ainsi, « la Cour d'appel doit se placer à la date à laquelle elle statue en considération des éléments dont elle dispose à ce moment et non pas tenter d'examiner la situation telle qu'elle était censée être lorsque la juridiction du premier degré s'est prononcée »⁸⁵. En outre, cela va conduire parfois à abandonner le redressement judiciaire d'une entreprise prononcé en première instance dès lors qu'une reprise des paiements est constatée, par exemple. De même qu'un jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel peut être infirmé en appel lorsqu'entre les deux décisions une succession a été ouverte au profit du débiteur, qui permettrait un retour à meilleure fortune. Ainsi la Cour d'appel de Douai a jugé qu'une attestation notariale faisant état d'un bien immobilier dont le débiteur est héritier est un élément permettant d'écarter la situation irrémédiablement compromise, alors que la commission de surendettement avait statué plus

⁸⁵ SAINTOURENS (B.), *Conditions d'ouverture des procédures*, rev. des proc. coll. n°2, mars-avril 2012, Lexis Nexis, p.54

d'un an avant la date de ladite attestation du notaire. Elle rappelle, pour juger ainsi, l'article L. 332-12 du Code de la consommation : « à tout moment de la procédure, le juge peut, s'il estime que la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise, renvoyer le dossier à la commission ».⁸⁶

Par ailleurs, en vertu de l'article R. 661-1 du Code de commerce, l'exécution provisoire de plein droit qui s'applique aux décisions rendues en matière de procédures applicables aux entreprises en difficulté, peut entraîner une cessation de l'activité et un engagement rapide des opérations de liquidation, ce qui va bouleverser la situation du débiteur dont les éléments seront en réalité « façonnés par les premiers juges »⁸⁷. Sur ce point, la Cour suprême s'est exprimée avec brio, notamment dans un arrêt de la chambre commerciale du 10 janvier 2012⁸⁸, si l'appréciation se fait au jour où les juges statuent, ils doivent néanmoins faire abstraction des effets suscités par l'exécution provisoire du premier jugement. Le travail attaché à l'appréciation est ici laborieux, mais l'exigence de la Cour de cassation est légitimée par les principes généraux.

Alors que la preuve de la situation irrémédiablement incombe au demandeur, la commission de surendettement, en matière consumériste, apprécie la situation sous le contrôle du juge et décide en fonction des éléments qui lui sont soumis, les mesures les plus adaptées à une telle situation. Ainsi, le débiteur qui cherche à obtenir l'effacement total des dettes en contestant une décision qui ne le place pas dans une situation irrémédiablement compromise, doit prouver une baisse ou une absence de capacité de remboursement. Un manquement à l'obligation de la preuve fera obstacle à l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel. La marge d'appréciation en la matière est alors restreinte puisque le juge ne prononcera pas l'ouverture d'une telle procédure en l'absence de preuve tangible.

2. Les divergences dans l'appréciation de la condition

L'appréciation souveraine des juges du fond ou de la commission de surendettement des particuliers peut laisser apparaître quelques divergences. En effet, en matière commerciale, les divergences se ressentent moins qu'en matière consumériste. La liquidation judiciaire d'une entreprise implique une cessation des paiements et une impossibilité de redressement. Or, le travail qu'a réalisé la jurisprudence autour de la notion de cessation des

⁸⁶ CA Douai, 20 janvier 2011, n°10/06964 : JurisData n°2011-001181

⁸⁷ SAINTOURENS (B.), *Conditions d'ouverture des procédures*, rev. des proc. coll. n°2, mars-avril 2012, Lexis Nexis, p.55

⁸⁸ Cass.com., 10 janvier 2012, n°10-26.682 : JurisData n°2012-000205

paiements est remarquable et il est largement reconnu par la doctrine⁸⁹. De même les critères établis pour caractériser l'impossibilité de mettre en place des mesures de redressement sont précis et objectifs. Alors qu'en matière de traitement du surendettement des particuliers, les critères permettant de dire que le débiteur est dans une situation irrémédiablement compromise sont beaucoup moins objectifs. En effet, on prend en compte un critère objectif, qui est la capacité de remboursement du débiteur, mais on le base sur des éléments subjectifs, qui sont relatifs à la situation personnelle de ce dernier. Dès l'abord, cela laisse entendre que des divergences d'appréciation vont apparaître.

Un désaccord peut naître entre l'organe administratif, à savoir la commission de surendettement, et l'organe judiciaire, à savoir le juge. Dans une telle hypothèse, le juge de l'exécution, dont l'appréciation ne converge pas avec celle de la commission, peut décider de renvoyer le dossier de surendettement à cette dernière qui va réévaluer les difficultés. Elle va devoir procéder à un nouvel examen complet et profond de la situation du débiteur. La Cour d'appel d'Angers a eu à exprimer une divergence d'appréciation à propos de deux époux déposants qui ont contesté la mise en œuvre d'un plan d'apurement que la commission de surendettement avait élaboré, arguant que les ressources de l'épouse avait baissé, se trouvant ainsi dans une situation irrémédiablement compromise et pouvant alors être éligibles à une procédure de rétablissement personnel en vue de l'effacement de leurs dettes⁹⁰. Or, les juges du fond retiennent bien un changement dans les ressources de l'épouse sans toutefois en établir une réduction ou une absence à prévoir. L'effacement des dettes, qu'il soit partiel ou total, étant conditionné par la preuve d'une situation irrémédiablement compromise, les juges renvoient l'affaire à la commission à défaut de preuve d'une aggravation de la situation.

Afin de démontrer l'importance des divergences dans l'appréciation de cette condition, il convient de souligner que 82.9% des rejets d'ouverture des procédures de rétablissement personnel par le juge ont pour motif la situation non irrémédiablement compromise⁹¹. Par ordre de refus, les raisons de ces rejets tiennent aux revenus et au patrimoine souvent trop élevés, aux perspectives futures d'emploi, à une amélioration possible des revenus ou encore à la jeunesse du débiteur. Les juges du fond et la commission de surendettement évaluent les situations des débiteurs de manière différente. Bien qu'ils s'attachent aux mêmes critères et que les dispositions de la circulaire facilitent l'harmonie entre l'organe administratif et l'organe judiciaire, il semble que les juges soient moins cléments que les commissions.

⁸⁹ COQUELET (M.L), THULLIER (B.), rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Mai-juin 2012, n°3, p. 79

⁹⁰ CA Angers, 1^{ère} chambre A, 17 déc. 2009, n°09/00941 : JurisData n°2009-022408

⁹¹ BOURREAU-DUBOIS (C.), CHOPARD (B.), ZIANE (Y.), *Analyse du traitement du surendettement des particuliers*, Revue française d'économie, 2010/3, volume XXV, p.17

Conclusion

Après analyse des conditions d'ouverture des procédures de traitement des difficultés des entreprises et des particuliers, on peut faire état d'un constat : les frontières de chacune d'elles ne permettent pas de délimiter leur champ d'application de manière exacte. Certains débiteurs se trouvent exclus des deux procédures, notamment en raison de leur qualité juridique ou de la nature de leur endettement. Appréciées plus ou moins différemment selon le domaine dans lequel on se situe, les conditions d'ouverture ne rendent pas les procédures complémentaires entre elles. En outre, « l'évolution juridique favorisant l'extension sans cesse croissante des procédures collectives, joue, *a contrario*, en défaveur des procédures de surendettement et aboutit à une restriction de leurs frontières »⁹².

Par ailleurs, le cumul des procédures est interdit car un éventuel choix offert au débiteur entre l'une et l'autre est prohibé. Mais la possibilité de changer de procédure, de passer d'une procédure commerciale à une procédure consumériste et inversement, montre bien que la complémentarité est imparfaite. En effet, par le phénomène d'extension, il est possible qu'un débiteur se voie étendre une procédure collective commerciale pendant qu'il bénéficie d'une procédure de surendettement, ce qui l'obligera à passer de l'une à l'autre. De même, un professionnel à la retraite qui entreprend une procédure de surendettement des particuliers alors qu'une dette professionnelle apparaît va finalement probablement changer de procédure au profit d'une procédure commerciale. Mais encore, comme on l'a vu avec la loi de sauvegarde qui incluait tout à coup les professionnels libéraux dans la catégorie de débiteurs éligibles aux procédures commerciales, ceux qui étaient en cours de procédure de surendettement ont pu changer de domaine⁹³.

Finalement, la question peut se poser de savoir si les conditions auxquelles on s'attache pour dire qu'un débiteur est éligible à une procédure plutôt qu'à l'autre ne sont pas à reconsidérer. La qualité du débiteur, la nature de son endettement et les difficultés qu'il rencontre sont tant d'éléments pris en compte actuellement mais qui ne permettent toutefois pas une complémentarité parfaite. Peut être le législateur devrait-il se diriger « vers une redéfinition

⁹² MARIANI-RIELA (M.C.), *Les frontières des procédures de surendettement des particuliers*, Revue de droit bancaire et financier n°3, mai 2012, dossier 19.

⁹³ CAGNOLI (P.) et SALHI (K.), *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises*, Revue des procédures collectives n°4, juillet 2009, étude 17.

des domaines de compétence » plutôt que de se diriger « vers une harmonisation des solutions techniques que le droit français nous semble devoir s'engager »⁹⁴.

Ou peut-être faut-il « revoir l'architecture globale du régime de l'insolvabilité » en se prononçant en faveur d'une procédure unique au sein de laquelle on distinguerait « entre petits et grands acteurs de la vie économique : les premiers, indépendamment de leur qualité, relèveraient d'une sorte de droit commun de l'insolvabilité, alors que les seconds seraient, en revanche, soumis aux procédures collectives proprement dites ».

La question se pose alors de savoir s'il ne conviendrait pas d'adopter une procédure unique. Les deux types de procédures ont été adoptées distinctement à des périodes différentes, il en irait autrement de l'adoption d'une procédure unique sur l'insolvabilité qui pourrait prendre en compte les imperfections que nous connaissons désormais. Toutefois, ce serait une lourde entreprise en considération de la diversité des débiteurs et des situations toutes différentes les unes des autres. Une procédure d'insolvabilité pour tous paraît difficilement envisageable et peu cohérente. Par contre, une procédure pour les professionnels et une autre pour les particuliers, sans considération pour la nature des dettes, paraît plus appropriée. L'évolution du droit communautaire qui manifeste une volonté d'instaurer un droit uniforme au niveau européen apportera peut-être la solution dans l'avenir. Puisque la priorité du droit français semble plutôt s'orienter vers une simplification des procédures collectives comme en témoigne la réforme prévue pour 2014 en matière d'entreprises.⁹⁵

⁹⁴ BORGA (N.), *Livre IV du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?*, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 01 septembre 2012 n°5, p. 316.

⁹⁵ MENJUCQ (M.), *La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficulté*, Revue des procédures collectives, Lexis Nexis, mai-juin 2013, p.87-96.

Bibliographie

A) Ouvrages généraux, Manuels et Traités

COQUELET (M.L), *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2011, p.87.

FERRIERE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 4^{ème} éd., 2012/2013, p.70.

GARDAZ (M.) et COUTURIER (I.), *Le surendettement des particuliers, « la condition de bonne foi pour le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers »*, édition Anthropos, 1997, p. 74.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, Litec, 7^{ème} éd., 2011, p.91.

JANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit Commercial, entreprises en difficulté*, Michel Jantin et Paul Le Cannu, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2007, p. 149.

LE CORRE (P.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Memento, Dalloz, 5^{ème} édition, 2013, p.41.

REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, Litec, 2006.

SOINNE (B.), *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 2^e édition, 1991 n°2538, p. 2093.

VIGNEAU (V.), BOURIN (G.X.), CARDINI (C.), *Droit du surendettement des particuliers*, Vincent Vigneau, Guillaume-Xavier Bourin et Cyril Cardini, Lexis Nexis, 2^{ème} édition, 2012, p. 19.

B) Revue, chroniques et études doctrinales

ARBELLOT (F.), *La notion de « réserves de crédit » en droit des entreprises en difficulté*, La semaine juridique Entreprises et Affaires, n°6, 9 fév. 2012, 1102.

BORGA (N.), *Livre IV du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?*, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 01 septembre 2012 n°5, pp. 316-319.

BOURREAU-DUBOIS (C.), CHOPARD (B.), ZIANE (Y.), *Analyse du traitement du surendettement des particuliers*, Revue française d'économie, 2010/3, volume XXV, p.17.

CAGNOLI (P.) et SALHI (K.), *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises*, Revue des procédures collectives n°4, juillet 2009, étude 17.

COQUELET (M.L.), THULLIER (B.), Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, n°3, Mai-Juin 2012, p.78.

DERRIDA, *La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Rev. Sc. Crim., 1989, p. 658.

FRAIMOUT (J.J.), *Conditions préalables à l'adoption du plan*, Rev des proc. coll., Lexis Nexis, Janv.-fév. 2009, n°1, p.21.

GJIDARA-DECAIX (S.), *Surendettement des particuliers*, Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Sept-Oct 2011, n°5, p. 44.

LIENHARD (A.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, D. 2009, chron. p. 110.

MARIANI-RIELA (M.C.), *Les frontières des procédures de surendettement des particuliers*, Revue de Droit bancaire et financier n°3, Mai 2012, dossier 19.

MENJUCQ (M.), *La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficulté*, Revue des procédures collectives, Lexis Nexis, mai-juin 2013, p.87-96

SAINTOURENS (B.), *Conditions d'ouverture des procédures*, rev. des proc. coll. n°2, mars-avril 2012, Lexis Nexis, pp44-54.

VALLENS (J.L.), *La preuve de la cessation des paiements*, Rev. des proc. coll., Lexis Nexis, Sept-Oct. 2009, n°5, p. 19.

C) Rapports

Rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 18 décembre 2008, Titre I, Chap. II, 1

LERON (R.), *Surendettement des ménages, Rapport sur l'application de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989*, JORF 1991.