



Association
Henri Capitant

Journées internationales brésiliennes 2026

L'Insolvabilité

Henri Cas pratique
France

Marie Blondel, Université Picardie Jules-Verne

I. Les choix offerts au dirigeant pour lancer sa restructuration

Une société exploite un fonds de commerce en qualité de franchisé. Cette société connaît d'importantes difficultés de sorte que son dirigeant doit restructurer l'entreprise. Il envisage notamment une cession du fonds de commerce.

Quels choix s'offrent au dirigeant pour lancer sa restructuration ?

Pour guider le dirigeant, il convient de passer en revue les différentes procédures d'insolvabilité.

En droit français, on distingue les mesures de traitement des situations de surendettement du Code de la consommation et les procédures collectives du Code de commerce.

A. Les mesures de traitement des situations de surendettement

La société peut-elle recourir aux mesures de traitement des situations de surendettement ?

Les mesures de traitement des situations de surendettement du Code de la consommation sont réservées aux personnes physiques en application de l'article L.711-1 alinéa 1 du code de la consommation.

En l'espèce, le débiteur en difficulté est une société.

Ainsi, le dirigeant ne peut envisager de se tourner vers les mesures de surendettement du Code de la consommation pour restructurer sa société.

Il faut donc se tourner vers les procédures du Code de commerce.

B. Les procédures collectives

1. Champ d'application

La société peut-elle demander l'ouverture d'une procédure collective ?

Les procédures collectives sont des procédures destinées à permettre à des professionnels de se sortir des difficultés économiques ou financières qu'ils rencontrent. Ces procédures sont réservées aux professionnels comme l'indiquent les articles L620-2, L631-2 et L640-2 du Code de commerce. Précisément, ces articles ouvrent les procédures collectives à « toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole [...] et, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, [...] ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ».

En l'espèce, le débiteur en difficulté est une société spécialisée dans la vente de plantes et de meubles de jardin. Il s'agit donc d'une personne morale de droit privé.

En conclusion, la société en présence peut envisager de recourir aux procédures collectives pour traiter ses difficultés.

2. Le choix de la procédure

Le droit français connaît trois procédures collectives, graduées en considération de l'ampleur des difficultés du débiteur. Il s'agit de la procédure de sauvegarde, du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire.

a) L'exclusion de la procédure de sauvegarde

La société peut-elle se tourner vers la procédure de sauvegarde ?

La notion de cessation des paiements est un premier critère permettant d'orienter le débiteur vers la procédure adaptée à sa situation. En effet, la procédure de sauvegarde est réservée aux débiteurs qui ne sont pas en cessation des paiements (en application de l'article L.620-1 du Code de commerce). A l'inverse, les procédures de redressement et de liquidation judiciaires ne sont ouvertes qu'aux débiteurs qui sont en cessation des paiements (en application des articles L631-1 et L640-1 du Code de commerce).

Selon les termes de l'article L631-1 du Code de commerce, la cessation des paiements correspond à l'état du débiteur qui n'est plus en mesure d'honorer son passif exigible avec son actif disponible. Il convient donc de soustraire le passif exigible de l'actif disponible pour déterminer l'actif net du débiteur. La cessation des paiements est caractérisée lorsque cet actif net est négatif.

Encore faut-il préciser les notions en présence.

Le passif exigible ne comprend que des dettes certaines, liquides et exigibles.

L'actif disponible comprend les biens facilement mobilisables pour payer les dettes du débiteur. Il s'agit donc essentiellement des liquidités et de la trésorerie de ce dernier. A ce titre, l'article L631-1 du Code de commerce précise que les réserves de crédit participent de l'actif disponible. Pour le reste, les biens du débiteur ne constituent son actif disponible que s'ils peuvent être rapidement cédés. Il a donc logiquement été jugé « qu'un fonds de commerce, non encore vendu, ne constitue pas un actif disponible » (Cass. Com. 15 février 2011, n°10-13.625).

En l'espèce, le bilan des actifs disponibles et du passif exigible de la société fait apparaître un état de cessation des paiements.

En effet, au titre de son actif disponible, la société dispose de 5 000 euros sur son compte courant et d'une autorisation de découvert à hauteur de 10 000 euros. Pour rappel, son fonds de commerce ne peut pas être comptabilisé ici, s'agissant d'un actif non disponible.

Au total, l'actif disponible de la société est de 15 000 euros.

En face, le passif exigible de la société est constitué de diverses dettes :

- plusieurs d'entre elles, bien que liquides, sont d'un montant non indiqué : les dernières échéances des deux emprunts bancaires demeurées impayées, les deux dettes à l'égard du franchiseur : la première relative à la redevance et la seconde relative au prix des marchandises achetées auprès de la centrale d'achat.

- 30 000 euros au titre des salaires du mois dernier et charges sociales afférentes restés impayés

- il faudrait par ailleurs demander davantage d'informations sur deux dettes dont l'exigibilité est incertaine au regard des informations communiquées : la dette de 27 300 euros relative au reversement de la TVA et la créance fournisseur de 80 000 euros.

Au total, le passif exigible de la société est difficile à déterminer précisément. Néanmoins la seule dette dont le montant est connu et dont l'exigibilité est certaine s'élève à 30 000 euros et dépasse par son montant l'actif disponible du débiteur évalué à 15 000 euros. Ainsi, la cessation des paiements du débiteur ne fait pas de doute.

En conclusion, la société débitrice est en cessation des paiements et ne pourra donc pas se tourner vers la procédure de sauvegarde.

b) Le choix du redressement ou de la liquidation judiciaire

La société doit-elle se tourner vers la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ?

Le débiteur en cessation des paiements peut encore se tourner soit vers la procédure de redressement judiciaire, soit vers celle de la liquidation judiciaire. Ces deux procédures ne poursuivent pas les mêmes finalités bien qu'elles permettent toutes deux de procéder à la cession de l'entreprise. Le redressement judiciaire vise la poursuite de l'activité (article L631-1 du Code de commerce) alors que la liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité (article L640-1 du Code de commerce). Ainsi l'article L640-1 du Code de commerce réserve la liquidation judiciaire aux débiteurs dont la situation est irrémédiablement compromise (art. L.640-1 c. com.).

En l'espèce, la situation du débiteur ne semble pas irrémédiablement compromise. En effet l'expert-comptable intervenu propose des solutions de restructuration de l'entreprise qui permettraient à la société de poursuivre son activité.

Ainsi, la procédure de liquidation judiciaire doit être écartée puisque la situation de la société n'est pas irrémédiablement compromise. A l'inverse, la procédure de redressement judiciaire est adaptée à la volonté du débiteur de redresser son entreprise

c) La possibilité de sortir de la cessation des paiements

Reste que le dirigeant a reçu une somme en héritage qu'il pourrait réinjecter dans sa société.

Le dirigeant a-t-il intérêt à réinjecter des sommes dans la société ?

Pour rappel, la procédure de sauvegarde accueille les débiteurs qui ne se trouvent pas en cessation des paiements. Précisément, selon l'article L620-1 du Code de commerce, le débiteur qui ne se trouve pas en cessation des paiements mais connaît des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter seul peut se tourner vers la procédure de sauvegarde.

En l'espèce, la procédure de sauvegarde a été écartée en raison de l'état de cessation des paiements que connaît la société. Mais le dirigeant de la société a la possibilité, parce qu'il vient d'hériter, de réinjecter de l'argent dans la société. Ce faisant, il augmenterait l'actif

disponible de la société de 100 000 euros ce qui devrait permettre à la société de sortir de l'état de cessation des paiements dans lequel elle se trouve. (Pour rappel le montant exact du passif exigible n'a pas pu être déterminé).

En conclusion, il semble que la société pourrait demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde si le dirigeant utilisait l'argent de son héritage pour augmenter les capitaux de la société.

En droit français, les licenciements sont facilités en redressement judiciaire ce qui n'est pas le cas en procédure de sauvegarde.

En effet, un régime spécifique est prévu pour les licenciements économiques réalisés en redressement judiciaire. Ces licenciements sont possibles pendant la période d'observation s'ils sont autorisés par le juge commissaire et présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable selon les termes de l'article L631-17 du Code de commerce. Ils sont encore possibles en exécution du plan de redressement ou du plan de cession. A l'inverse, en procédure de sauvegarde, les licenciements restent soumis au droit commun (livre II du Code du travail).

L'absence de régime simplifié vise à éviter que les professionnels instrumentalisent la procédure de sauvegarde pour licencier plus facilement.

En l'espèce, des licenciements sont envisagés. Si la société sortait de l'état de cessation des paiements grâce aux sommes réinjectées par son dirigeant, elle n'aurait plus accès au redressement judiciaire ni à la procédure de licenciement simplifié.

On conseillera donc au dirigeant de se garder d'investir de nouvelles sommes dans la société et de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire.

II. La position du franchiseur

Un redressement judiciaire est finalement ouvert. D'une part, le franchiseur souhaite obtenir la résiliation du contrat de franchise. D'autre part, le franchiseur souhaiterait revendiquer les marchandises qu'il a vendues au débiteur sous clause de réserve de propriété.

A. Concernant la résiliation du contrat :

Un franchiseur peut-il obtenir la résiliation du contrat qui le lie à son franchiseé alors que ce dernier est placé en redressement judiciaire ?

En droit français, les contrats en cours sont protégés dès lors que le débiteur est placé en redressement judiciaire. Par « contrat en cours » il faut entendre le contrat en cours d'exécution qui n'a pas été résolu au jour du jugement d'ouverture. Précisément, selon l'article L.622-13 I du Code de commerce (rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L.631-14), il devient impossible, à compter de l'ouverture du redressement judiciaire, de résilier un contrat en cours pour défaut d'exécution d'obligations pécuniaires antérieur à son ouverture.

En l'espèce, le contrat de franchise doit être qualifié de contrat en cours dès lors qu'il était en cours d'exécution et n'a pas été résolu avant l'ouverture de la procédure collective. Or, le franchiseur se plaint d'un défaut de paiement de la redevance. Il s'agit bien là d'une obligation pécuniaire et le défaut de paiement en cause est bien antérieur au jugement d'ouverture de la procédure.

Ainsi, le franchiseur ne pourra résilier le contrat de franchise pour ce motif.

B. Concernant la revendication des marchandises :

Le franchiseur ayant vendu au débiteur des marchandises sous clause de réserve de propriété peut-il les revendiquer malgré le redressement judiciaire ouvert à l'encontre de l'acquéreur ?

En droit, l'ouverture d'un redressement judiciaire ne fait pas obstacle à la revendication des biens vendus au débiteur sous clause de réserve de propriété à condition que la clause ait été convenue avant la livraison des marchandises et que les biens se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure (article L.624-16 alinéa 2 rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L.631-18 c. com.).

En outre, le même article L.624-16 dans son alinéa 3 précise que la fongibilité des biens ne fait pas obstacle à la revendication lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur. Les choses fongibles sont des choses qui ne sont pas individualisées, de sorte qu'elles se définissent par leur espèce et leur quantité : il en va ainsi des choses fabriquées en série.

Il est probable en l'espèce que la clause de réserve de propriété ait été inscrite dans un contrat régissant l'ensemble des relations commerciales liant le franchisé et le franchiseur, de sorte qu'elle serait bien convenue avant la livraison. Reste à savoir si les marchandises étaient encore présentes entre les mains de la société au jour de l'ouverture du redressement judiciaire, ou, en présence de marchandises fongibles, si des biens de même nature et de même qualité se trouvaient alors dans les mains du débiteur. S'il s'agit de meubles pour le jardin, les marchandises pourraient être fongibles. En effet, ces meubles peuvent être fabriqués en série et être alors interchangeables.

En définitive, il n'est pas possible de conclure fermement que la revendication sera possible ou impossible en l'espèce. La réussite de la revendication dépend de la présence des biens vendus ou de biens interchangeables entre les mains du débiteur au jour de l'ouverture du redressement judiciaire.

III. Le plan de cession de l'entreprise

A. La reprise par le dirigeant

Le dirigeant de la société peut-il candidater pour être le repreneur de l'entreprise à travers une société qu'il constituerait avec ses enfants ?

L'article L.642-3 du Code de commerce rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L.631-22 du même code interdit au dirigeant de la personne morale en procédure collective, directement ou par personne interposée, de présenter une offre d'acquisition de l'entreprise. Le non-respect de cette règle serait une cause de nullité de la cession.

Pour comprendre cette interdiction, il faut rappeler que la procédure collective française va entraîner une purge partielle des dettes du débiteur. Ainsi, le législateur a souhaité éviter que le dirigeant d'une société en difficulté se débarrasse des dettes sociales en passant par la procédure collective et récupère l'entreprise purgée en proposant de la racheter.

L'interdiction posée par le texte dépasse le cadre de la reprise de la société par son dirigeant. Sont interdits de présenter une offre de reprise : le débiteur lui-même, le dirigeant de la personne morale débitrice, leurs parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement ainsi que les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure. Cette interdiction vaut pour les personnes directement visées mais aussi pour les personnes qui seraient interposées.

Ici le dirigeant de la personne morale débitrice souhaiterait créer une société avec ses enfants pour qu'elle reprenne l'entreprise en difficulté. Il s'agirait d'une reprise par le dirigeant et la nouvelle société serait seulement une personne interposée.

Cette reprise n'est pas autorisée et si elle était conclue, elle serait susceptible d'être annulée.

B. La reprise par un tiers

Un tiers est intéressé pour reprendre l'entreprise. L'issue de cette opération est néanmoins incertaine en raison des exigences respectives du candidat à la reprise et du dirigeant actuel.

1. La cession du contrat de franchise

Le plan de cession permet-il de transférer le contrat de franchise comprenant une clause d'agrément ?

La cession globale de l'entreprise à un repreneur est possible en redressement judiciaire en application de l'article L631-22 du Code de commerce.

L'article L642-2 II du Code de commerce rendu applicable au redressement judiciaire prévoit que la cession globale de l'entreprise emporte la cession de différents biens, droits et contrats qui doivent être désignés dans l'acte de reprise. Ainsi, la désignation des contrats transmis dans l'offre de reprise est une condition de leur transmission. La jurisprudence a précisé que cette désignation restait obligatoire en présence d'une cession forcée de certains contrats en application de l'article L.642-7 alinéa 1 du Code de commerce (v. en ce sens : Cass. com. 15 déc. 2009, n°1191 : D. 2010, act. jurispr. P. 11, obs. A. Lienhard).

Les contrats visés à cet article sont « les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services ». L'article précise que ces contrats ne sont obligatoirement cédés que s'ils sont nécessaires au maintien de l'activité.

Le législateur déroge ici au droit commun des contrats selon lequel la cession de contrat ne peut se faire qu'avec l'accord du cocontractant (article 1216 du Code civil) dans le but de rendre matériellement possible la poursuite de l'exploitation par le repreneur de l'entreprise.

Faisant application de cet article, la cour d'appel de Versailles a admis que le contrat de franchise était un contrat de fourniture de biens ou de services (CA Versailles, 23 juin 1988).

En l'espèce, le contrat de franchise est un contrat en cours. Ce contrat sera visé dans l'offre de reprise dès lors que le potentiel candidat à la reprise indique qu'il ne souhaite racheter le fonds de commerce que si l'affiliation au réseau demeure intacte. En outre, le contrat de franchise entre, au regard de la jurisprudence, dans la catégorie des contrats de fourniture de biens ou de services et est évidemment nécessaire au maintien de l'activité de la société débitrice puisque la société a été créée pour devenir franchisée.

Ainsi, les conditions de la cession forcée sont réunies.

Reste à savoir si la présence d'une clause d'agrément est de nature à faire obstacle à cette cession forcée.

La clause d'agrément du contrat de franchise fait-elle obstacle à la cession forcée ?

Aucun arrêt n'affirme spécifiquement que la présence d'une clause d'agrément ne fait pas obstacle au jeu de l'article L.642-7 du Code de commerce. Néanmoins plusieurs arrêts le laissent penser.

D'abord la Cour de cassation a admis, à propos d'un contrat de bail, que la cession judiciaire forcée du contrat « n'est pas soumise aux exigences de forme prévues par ce contrat » (Cass. com. 1^{er} mars 2016, n°14.14-716). Ainsi, pour la Cour de cassation, la clause présente dans le contrat ne pouvait pas faire obstacle à l'application des règles d'ordre public de la procédure collective. Cet arrêt témoigne de la possibilité d'écarter les stipulations contractuelles qui feraient obstacle à la cession forcée des contrats.

Par ailleurs, la cour d'appel de Paris a affirmé que le caractère *intuitu personae* du contrat ne faisait pas obstacle à la cession forcée lorsque le contrat pouvait être exécuté par un tiers. Dans le même arrêt, elle a précisé que tel était le cas de la cession du contrat de franchise à un nouveau franchisé (CA Paris, n°19/17892, 23 janvier 2020). Ainsi, dès lors que la clause d'agrément insérée dans un contrat de franchise vise à renforcer *l'intuitu personae* intrinsèquement présent, on peut penser cette clause ne fera pas obstacle à la cession forcée, tout comme *l'intuitu personae* lui-même a été écarté. La seule limite posée par la cour d'appel concerne l'hypothèse du contrat qui ne pourrait être exécuté par un autre que le débiteur, ce qui n'est pas le cas du contrat de franchise à l'égard du franchisé.

En l'espèce, le contrat de franchise concerné par la cession forcée comporte une clause d'agrément.

Au regard de la jurisprudence, la clause d'agrément restera sans effet et n'empêchera pas la cession forcée du contrat.

La cession du contrat de franchise, condition posée par le repreneur potentiel sera remplie. Qu'en est-il des conditions posées par le cédant ?

2. Les conditions imposées par le cédant

Les parties trouveront-elles un accord concernant la cession de l'entreprise ?

a) La décharge du cautionnement

La cession globale de l'entreprise du débiteur n'entraîne pas de libération de la caution. La décharge de la caution ne peut avoir lieu sans l'accord du créancier et, en pratique, le créancier n'acceptera de libérer la caution que s'il obtient un autre moyen d'être payé suite au plan de cession.

Pour décharger la caution dirigeante il est possible de recourir à la délégation. Selon les termes de l'article 1336 du Code civil, la délégation suppose que le délégant obtienne du délégué qu'il s'engage envers le délégataire qui l'accepte comme débiteur. La délégation suppose donc l'accord des trois parties en présence. En outre, selon l'article 1337 du même code, l'accord exprès du délégataire, inscrit dans l'acte, est nécessaire pour opérer une délégation parfaite, seule à même de libérer le délégant.

En l'espèce, la société en difficulté a souscrit un emprunt bancaire de 100 000 euros en garantie duquel son gérant s'est porté caution. Le gérant souhaite être déchargé de son cautionnement et le potentiel candidat à la reprise ne semble pas s'y opposer. Le gérant caution pourra proposer au repreneur potentiel une délégation parfaite par laquelle le

repreneur s'engagerait à payer le créancier qui, de son côté, accepterait le nouveau débiteur et consentirait expressément à libérer la caution initiale.

En conclusion, à condition que le créancier et que le repreneur y consentent, la délégation pourrait être utilisée ici et servir de cadre à la « reprise » de l'engagement du dirigeant par le repreneur. Il faudrait alors veiller à ce que la banque consente expressément à la libération du dirigeant.

b) Le prix de la cession

Le débiteur en difficulté n'a pas le pouvoir de refuser une offre de reprise dont le prix ne lui conviendrait pas.

L'absence de consentement du cédant concernant le prix de cession serait inconcevable en dehors de la procédure collective, mais elle fait sens ici puisque le débiteur n'a pas directement vocation à toucher le prix de la cession qui sert à apurer son passif.

Il appartient au tribunal d'accepter ou de refuser l'offre de reprise formulée.

Les tribunaux ont déjà accepté des cessions pour un prix symbolique alors même que la cession isolée des différents actifs du débiteur aurait permis un meilleur désintéressement de ses créanciers.

En l'espèce, le cédant entend céder son fonds de commerce pour 200 000 euros alors que le repreneur potentiel envisage de formuler une offre pour un prix symbolique. Le tribunal pourra accepter ou refuser l'offre formulée par le candidat à la reprise.

L'absence d'accord du cédant et du candidat à la reprise concernant le prix n'est pas un obstacle à la cession.

C. La comparaison du sort des créanciers en présence d'un redressement et d'une liquidation judiciaire.

Quelle issue est préférable pour les créanciers entre le redressement avec plan de cession et la liquidation avec cession des actifs ?

Les deux options seront envisagées successivement.

1. L'adoption d'un plan de cession en redressement judiciaire

Dans le cadre de la cession globale de l'entreprise, le prix de cession sert notamment à l'apurement du passif c'est-à-dire au désintéressement des créanciers (article L.642-1 du Code de commerce auquel renvoie l'article L.631-13 du Code de commerce).

Néanmoins le prix de cession ne permet pas toujours un paiement intégral des différents créanciers. Il est à noter que :

- le tribunal retient l'offre de cession qui répond le mieux aux critères posés à l'article L.642-5 du Code de commerce qui sont multiples, le plan retenu n'est donc pas nécessairement celui proposant le prix de cession le plus élevé.

- la valeur du fonds est dépréciée lorsque la vente est réalisée dans le cadre d'une procédure collective.

En outre, par principe, les dettes ne sont pas reprises par le cessionnaire (art. L.642-12 al. 2 et 3). Donc même s'ils ne sont pas entièrement désintéressés, les créanciers de la société débitrice ne pourront agir contre le repreneur. Ils devront se contenter du prix de cession partagé entre eux.

En l'espèce, le candidat à la reprise envisage de proposer un prix symbolique. Ainsi, il est probable que la somme perçue au titre du prix, soit insuffisante pour apurer tout le passif. Les créanciers non payés à l'occasion de la cession ne pourront pas réclamer de paiement au cessionnaire.

De ce point de vue, la situation des créanciers demeurant impayés suite à la cession semble peu favorable.

Par exception néanmoins, certains créanciers conservent leur créance à l'encontre du cessionnaire. Il s'agit des créanciers disposant de sûretés réelles spéciales portant sur un bien dont le financement a été permis par le crédit garanti (article L.642-12 al. 4 du Code de commerce).

En l'espèce, une banque a octroyé un prêt nécessaire à l'acquisition du fonds de commerce et garanti par un nantissement de ce fonds. Cette banque conservera son droit de suite sur le bien et surtout un droit de créance contre le cessionnaire.

En conséquence, la banque concernée sera dans une meilleure situation que les autres créanciers de la société débitrice.

2. La cession des actifs en liquidation judiciaire

En liquidation judiciaire, les actifs de la société débitrice peuvent être cédés par le liquidateur. Les sommes récupérées permettent alors le paiement des créanciers dans l'ordre prévu à l'article L.643-8 du Code de commerce. Les trois premiers rangs de ce classement sont attribués aux subsides prévus à l'article L631-11 du même code, à certaines créances salariales et aux frais de la procédure.

La valeur des éléments de son fonds de commerce est inconnue. Néanmoins, le produit de leur vente pourrait être plus important que le prix de rachat de l'entreprise puisque le candidat à la reprise globale propose un prix symbolique.

Quant à la répartition des recettes, la société débitrice n'a pas payé le dernier mois de salaire de ses six salariés et il est probable que les frais de la procédure n'aient pas non plus été payés. Ces créances, bien classées dans le cadre de la liquidation judiciaire, pourraient être payées avec les fonds récoltés grâce à la vente des actifs de la société.

En somme, le recours à la liquidation judiciaire pourrait permettre d'honorer les créances salariales et de payer les frais de la procédure elle-même. En revanche les créanciers moins bien classés pourraient ne recevoir aucun paiement dans le cadre de la liquidation judiciaire envisagée.

Reste que, en dehors du classement évoqué, certains créanciers pourraient être avantagés par l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

En droit, l'action contre les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle est suspendue à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, mais elle est de nouveau possible en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire. (L'article L.622-28 du Code de commerce - rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L631-14 du même code - précise que la suspension est effective « jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation »).

La volonté du législateur est ici d'inciter les dirigeants cautions, fréquents en pratique, à se tourner vers les procédures collectives avant que la situation de leur société soit irrémédiablement compromise. En effet leur sort personnel, en tant que caution, est préférable en sauvegarde ou en redressement.

Ainsi en l'espèce, le créancier ayant obtenu un cautionnement du dirigeant profiterait de la conversion de la procédure en liquidation judiciaire qui lui permettrait d'agir contre la caution, ce qu'il ne peut faire en redressement judiciaire.

En conclusion, le sort du créancier bénéficiant du cautionnement serait favorisé par la conversion de la procédure en liquidation judiciaire.

A l'opposé, d'autres créanciers pourraient voir spécifiquement leur sort aggravé par l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

Par exemple, le nantissement de fonds de commerce ne joue qu'en cas de cession du fonds de commerce dans sa globalité et pas en cas de cession isolée de ses éléments. Ainsi, cette sûreté serait rendue inefficace par la cession isolée des éléments du fonds. Par ailleurs, même

dans l'hypothèse d'une cession du fonds de commerce dans sa globalité, le créancier nanti serait classé 13^e sur 15 selon le classement propre à la liquidation judiciaire prévu à l'article L643-8 du Code de commerce.

En l'espèce, l'un des créanciers bénéficie d'un nantissement sur le fonds de commerce.

La conversion de la procédure en liquidation judiciaire lui serait particulièrement préjudiciable.

Finalement, la comparaison des sorts des créanciers pris dans leur globalité n'est pas évidente car les créanciers ont des intérêts distincts.

IV. Le cautionnement :

A. L'enjeu de la déclaration de la créance principale

Un doute existe quant à la déclaration de la créance à la procédure collective du débiteur.

Quel est l'enjeu de la déclaration de sa créance par le créancier bénéficiant d'un cautionnement ?

En droit, il appartient au créancier de prouver que sa créance a été admise à la procédure collective du débiteur. Cette preuve est aisée à apporter puisque le juge-commissaire a reçu la liste des créances vérifiées et a dressé l'état des créances en application de l'article R.624-2 du Code de commerce.

En l'espèce, le dirigeant caution affirme que la créance cautionnée n'a pas été déclarée à la procédure collective du débiteur et le créancier conteste cette affirmation. Ne pouvant consulter l'état des créances, nous envisagerons les deux hypothèses.

- Hypothèse 1 : la créance a été déclarée à la procédure collective

Depuis la réforme du 15 septembre 2021, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, doivent se voir notifier la décision d'admission des créances qui les concernent en application de l'article L624-3-1 du Code de commerce. A défaut d'information individuelle, l'article R624-8 du Code de commerce précise que les personnes visées ne peuvent se voir opposer l'état des créances et conservent donc le droit de contester leur créance afin d'échapper à leur engagement. Ainsi, l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance ne peut pas leur être opposée.

Or, en l'espèce il semblerait que la caution ne se soit pas vue notifiée l'admission de la créance puisqu'elle affirme que la créance n'a pas été admise.

Dans cette hypothèse, la caution ne pourrait se voir opposer l'état des créances, elle conserverait donc le droit de contester la créance.

- Hypothèse 2 : la créance n'a pas été déclarée à la procédure collective

En application de l'article L.622-26 alinéa 2 du Code de commerce (rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L631-14 du même code), l'inopposabilité de la créance non déclarée joue dans les mêmes conditions à l'égard du débiteur et des garants personnes physiques. Ainsi, les garants peuvent invoquer l'inopposabilité de la créance au débiteur pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, mais aussi après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Cette protection des garants n'existe pas dans la liquidation judiciaire.

En l'espèce, on envisage l'hypothèse où la créance n'aurait pas été déclarée.

Dans ce cas, la caution pourra se prévaloir de l'inopposabilité de cette créance à son égard tant que le débiteur se trouve en redressement judiciaire. Elle pourra ainsi s'opposer à l'action

du créancier exercée à son encontre. Le créancier ne retrouvera ses droits contre la caution que si le plan échoue ou si la procédure est convertie en liquidation judiciaire.

B. La procédure de surendettement profitant à la caution

Le dirigeant caution envisage de se tourner vers les procédures de surendettement pour échapper à la saisie de sa maison.

La caution peut-elle bénéficier d'une procédure de surendettement pour éviter la saisie de sa maison ?

L'insaisissabilité de la résidence principale de l'article L.526-5 du Code de commerce est réservée aux entrepreneurs individuels.

En l'espèce, n'étant pas un entrepreneur individuel, le dirigeant caution ne peut se prévaloir de cet article pour empêcher la saisie de sa maison.

Reste donc pertinente la question de savoir si le dirigeant a la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de surendettement.

Depuis la loi du 14 février 2022, les mesures de traitement du surendettement des articles L.711-1 et suivants du Code de la consommation sont ouvertes aux personnes physiques de bonne foi se trouvant dans « l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir ».

Il est possible de noter que, avant cette loi, le débiteur en difficulté devait être dans « l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Cette formulation aurait pu empêcher l'admission du dirigeant caution, mais l'article était complété par un second alinéa précisant que « l'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ». Ainsi, la Cour de cassation avait logiquement admis que le dirigeant caution profite des mesures de surendettement en cas d'impossibilité de faire face à son cautionnement (Cass. 2^e civ. 6 juin 2019, n°18-16.228).

En l'espèce, l'origine de l'endettement n'est pas de nature à priver le dirigeant de la possibilité de recourir aux mesures de traitement du surendettement.

Par ailleurs, rien ne permet de penser que le débiteur n'est pas de bonne foi en l'espèce.

Reste à déterminer si le dirigeant se trouve vraiment dans l'impossibilité manifeste, c'est-à-dire évidente, de faire face à l'ensemble de ses dettes exigibles et à échoir. Les éléments connus ne permettent pas d'arriver à cette conclusion. En effet, le dirigeant s'est porté caution à hauteur de 100 000 euros, mais il a par ailleurs hérité de la somme de 100 000 euros.

En conclusion, les éléments connus sont insuffisants pour affirmer que le dirigeant caution pourra se prévaloir des mesures de traitement du surendettement.

Dans l'hypothèse où le dirigeant pourrait s'en prévaloir, les mesures de traitement du surendettement empêcheraient-elles la saisie de sa maison ?

Les mesures de traitement du surendettement peuvent prendre la forme de l'adoption d'un plan conventionnel négocié entre le débiteur et ses créanciers (articles L.732-2 et suivants du

Code de la consommation) ou de mesures imposées aux créanciers par la commission de surendettement sur demande du débiteur (article L733-1 du Code de la consommation). Il s'agira par exemple de rééchelonnement de dette, d'imputation prioritaire sur le capital ou de suspension de l'exigibilité de certaines dettes. En revanche, les mesures de surendettement ne prévoient aucune protection spécifique et automatique du logement du débiteur.

En l'espèce le dirigeant caution souhaite bénéficier des mesures de traitement du surendettement dans le but de mettre à l'abri sa maison.

Il conviendra de l'informer que son admission au surendettement ne suffira pas en elle-même à assurer la protection de son logement.