

Université Robert Schuman de Strasbourg.  
Mémoire de DEA Droit des affaires.

**LES ATTEINTES DE LA PROCEDURE COLLECTIVE  
A LA LIBERTE CONTRACTUELLE**

Par

Nathalie Stagnoli

Sous la direction de  
M. le Professeur Jean-Luc Vallens.

Année universitaire 2002-2003.

**Remerciements :**

à Monsieur le Professeur Jean-Luc Vallens.

*« Le droit de contracter n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur. »*

Cambacérès, dans son rapport fait à la Convention nationale sur le deuxième projet de Code civil.

## **PLAN GENERAL :**

PREMIERE PARTIE : Une pluralité d'atteintes prises au nom de la sauvegarde de l'entreprise.

Titre 1 : Des atteintes afin de protéger les contrats utiles.

Chapitre 1 : Les entraves au principe de l'autonomie de la volonté.

Chapitre 2 : Les entraves au principe de la force obligatoire du contrat.

Titre 2 : Des atteintes afin de faciliter la rupture des contrats inappropriés.

Chapitre 1 : La remise en cause du contrat : une dérogation à la résolution judiciaire de droit commun.

Chapitre 2 : Les nullités de la période suspecte.

DEUXIEME PARTIE : Des atteintes limitées.

Titre 1 : La résurgence du droit commun des obligations.

Chapitre 1 : La persistance du droit commun des contrats.

Chapitre 2 : L'adaptation de procédés du droit commun.

Titre 2 : L'évolution de la conception classique du contrat.

Chapitre 1 : Une mutation sous l'influence du droit des procédures collectives.

Chapitre 2 : Les intérêts économiques attachés au sort du contrat.

## Liste des principales abréviations :

- Act. Proc. Coll.	Actualités des Procédures Collectives.
- Bull. civ.	Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation.
- Civ 1, 2, 3	Chambre civile 1, 2 ou 3 de la Cour de cassation.
- Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
- Cons. Const.	Conseil constitutionnel.
- D.	Recueil Dalloz Sirey.
- D. aff.	Dalloz affaires.
- Dico. Perm. Diff. Des entreprises	Dictionnaire Permanent des Difficultés des Entreprises.
- JCP éd. G, E, N	La semaine juridique édition Générale, Entreprise ou Notariale.
- JO	Journal officiel.
- Op. cit.	Option citée.
- Préc.	Précité.
- Rec. Leb.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat « Lebon ».
- Rép. Civ. Dalloz	Encyclopédie Dalloz.
- Rev. Proc. Coll.	Revue des Procédures collectives.
- RTD civ	Revue Trimestrielle de Droit civil.
- RTD com	Revue Trimestrielle de Droit commercial.

## INTRODUCTION

Le contrat est l'instrument de la liberté contractuelle, de l'initiative individuelle<sup>1</sup>. Le contrat, loi des parties<sup>2</sup>, est un instrument juridique d'échange des richesses au centre de la vie économique. C'est la norme juridique dominante<sup>3</sup> qui permet aux personnes physiques ou morales, publiques ou privées de créer librement, en principe, leurs relations économiques et sociales. Si les parties sont libres de s'engager aux conditions qu'elles fixent, une fois le contrat conclu, il a force obligatoire<sup>4</sup>, il s'impose à elles, garantissant ainsi sa bonne exécution. Ainsi que l'exprime l'adage *volenti non fit injuria*, le mal de la contrainte est moins amèrement ressenti par le débiteur qui s'est obligé volontairement<sup>5</sup>. Le contrat est donc un lien nécessaire qui permet d'organiser la vie des affaires soumise aux aléas de la conjoncture économique, susceptibles d'affecter la situation des parties au contrat.

Aux termes de l'article 1101 du Code civil, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. » Le contrat<sup>6</sup> est un accord de volontés librement consenties. Le Code civil fait reposer la force du contrat sur le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe signifie que le contrat tire sa force obligatoire des volontés des parties qui sont souveraines. Souveraineté qui se retrouve au moment de la formation du contrat, de son exécution, de ses effets. La souveraineté implique qu'il n'y a contrat que si les parties l'ont voulu. C'est le principe de la liberté contractuelle.

Les principes fondateurs de la théorie générale du contrat n'apparaissent généralement pas directement dans le Code civil : tel est le cas des principes de liberté contractuelle<sup>7</sup> et du

---

<sup>1</sup> J.M. MOUSSERON, RTD civ, 1988.481 (éloge du contrat comme instrument de prévention et d'imputation des risques).

<sup>2</sup> Article 1134 du Code civil.

<sup>3</sup> P.TERNEYRE, *Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ?*, Mélanges G. Peiser, 1995.473. p. 474.

<sup>4</sup> Article 1134 du Code civil.

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, Droit civil Tome 4 Les obligations, Thémis, PUF, 2000.

<sup>6</sup> A. BENABENT, Droit civil, Les obligations, Domat droit privé, Montchrétien ; J. CARBONNIER, op.cit. ; J. GHESTIN, Les obligations, L.G.D.J ; C. LARROUMET, Droit civil- Les obligations, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 1998 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, CUJAS, 9<sup>e</sup> éd. ; J.C. MONTANIER, Le contrat, PUG ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd.

<sup>7</sup> L'article 1123 du Code civil fait référence à la liberté contractuelle sans la nommer: « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

consensualisme et même du principe de force obligatoire simplement induit de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134.

La liberté contractuelle c'est la possibilité pour les parties de conclure ou de ne pas conclure un contrat et de déterminer librement le contenu de celui-ci. La liberté contractuelle se rattache au principe de l'autonomie de la volonté et au principe de la force obligatoire du contrat. Elle permet à l'entrepreneur de choisir librement ses fournisseurs et ses clients, de déterminer librement avec eux le contenu et les modalités d'exécution de ces conventions<sup>8</sup>. Elle constitue *un des fondements d'une société juridique libérale dans une économie marchande*<sup>9</sup>.

Le principe de la liberté contractuelle n'a pas de valeur constitutionnelle<sup>10</sup> mais seulement législative ce qui signifie que la loi peut y apporter des limites car ce qu'une loi a fait, une autre loi peut le défaire. *La liberté contractuelle – ou, plus exactement, « l'autonomie de la volonté des cocontractants et l'immutabilité des conventions » – est, au sens de l'article 34 de la Constitution, un principe fondamental du régime des obligations civiles que seule la loi [...]peut mettre en œuvre*<sup>11</sup>. Pourtant le Conseil constitutionnel<sup>12</sup> fait défense au législateur de porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>13</sup>. Pour le Conseil d'Etat, la liberté contractuelle est un principe général du droit auquel le pouvoir réglementaire ne peut porter atteinte<sup>14</sup>.

*Parce qu'aucune liberté n'est générale ni absolue*<sup>15</sup>, la liberté contractuelle a toujours subi des atteintes. Ces restrictions peuvent être prises afin de ne pas contrevenir à un principe

---

<sup>8</sup> P.TERNEYRE, op.cit, p. 481.

<sup>9</sup> P.TERNEYRE, op.cit, p. 485.

<sup>10</sup> Le Conseil constitutionnel a affirmé dans une décision du 20 mars 1997 relative à la loi créant les plans d'épargne retraite (JCP 1997, éd G, Act. n° 14) que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'« autonomie de la volonté » (...) » Cette solution avait déjà été posée dans une décision du 3 août 1994 (JCP 1995 éd. G, II, 22404).

<sup>11</sup> P.TERNEYRE, op.cit, p. 475.

<sup>12</sup> Cons. const. 14 juin 1998, RTD civ, 99, 78, note J. Mestre.

<sup>13</sup> Sur l'ensemble de la question, voir P.TERNEYRE, op.cit. , qui est favorable à ce que la liberté contractuelle ait valeur constitutionnelle. Et Molfessis, RTD civ, 99.798.

<sup>14</sup> CE 7 février 1986, Assoc. FO consommateurs et autres, Rec. Leb., p. 31.

<sup>15</sup> P.TERNEYRE, op.cit, p. 483.

supérieur, à valeur constitutionnelle ou à valeur équivalente mais qu'il convient de privilégier pour atteindre un objectif déterminé. De nombreuses atteintes sont nécessaires pour satisfaire l'intérêt général. Différentes lois limitent la liberté contractuelle. Nous pouvons citer, à titre non exhaustif, les lois régissant les rapports entre propriétaires et locataires, les lois sur la libre concurrence ou sur la protection des consommateurs. D'autres législations obligent certaines personnes à contracter, par exemple l'obligation de souscrire une assurance automobile.

La liberté contractuelle est également obérée par l'ordre public qui pose des règles impératives auxquelles les parties doivent se conformer<sup>16</sup>. Les règles d'ordre public se sont largement développées, elles limitent d'autant la liberté contractuelle.

La multiplication des contrats d'adhésion participe aussi à cette limitation de la liberté contractuelle.

Nous venons de voir que la liberté contractuelle, par sa valeur législative, peut être remise en cause par la loi. La liberté contractuelle est un principe général issu du droit commun qui est altéré le plus souvent par les droits d'exception au titre desquels on trouve le droit des procédures collectives, branche du droit commercial.

Le droit des procédures collectives est donc un droit d'exception, à ce titre, il déroge aux règles du droit commun, à l'instar d'autres droits comme le droit de la consommation ou de la concurrence qui malmènent les principes classiques du droit des obligations. Il est dérogatoire au droit des obligations car il s'applique à des situations d'urgence, aux difficultés auxquelles doit faire face un débiteur. *Le droit des procédures collectives est ainsi comparable à l'état d'urgence, qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain (Constitution, art.16).*<sup>17</sup>

Ce droit a évolué : à l'origine sanctionnateur afin de punir les commerçants coupables d'avoir trahi la confiance de leurs créanciers ; il tente aujourd'hui de prévenir et de guérir plutôt que de punir, instaurant des dispositions tendant au sauvetage de l'entreprise. La loi du 13 juillet 1967<sup>18</sup> a introduit la séparation de l'homme et de l'entreprise et a procédé à l'adaptation de la règle juridique aux impératifs économiques qui faisait défaut dans les

---

<sup>16</sup> « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Article 6 du Code civil.

<sup>17</sup> Y. GUYON, *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives*, Mélanges J. Ghestin p.405.

<sup>18</sup> Loi n° 67-563 Règlement judiciaire, liquidation de biens, faillite personnelle et banqueroutes.

législations antérieures. L'aspect économique prime l'aspect juridique puisque la loi du 25 janvier 1985<sup>19</sup> adopte comme premier objectif celui de la sauvegarde de l'entreprise. Cette orientation substitue la prise en compte de l'intérêt général à la prise en compte de l'intérêt particulier. L'échec économique ne se limite plus uniquement à la sphère privée d'un débiteur, qui disparaît de la vie des affaires, mais cause un trouble à l'intérêt général, à l'ordre public économique. Ainsi à la philosophie individualiste, qui avait inspiré les rédacteurs du Code civil, succède une philosophie économique<sup>20</sup> ce qui affecte nécessairement le contrat, lien à la fois juridique et économique.

La plupart des règles du droit des procédures collectives ne sont pas supplétives mais impératives ; tel est le cas par exemple du droit d'option de l'administrateur posé par l'article L 621-28 du Code de commerce. En conséquence, la liberté contractuelle se trouve restreinte en raison de l'extension de l'ordre public qui se concrétise en pratique par la renaissance du formalisme et par la détermination fréquente du contenu des contrats. D'autre part, la place centrale du Tribunal dans la procédure favorise l'immixtion du juge dans les relations contractuelles pour les réformer, alors que la théorie de l'imprévision<sup>21</sup> est en principe refusée en droit privé<sup>22</sup> au nom de l'intangibilité du contrat.

Il conviendra de s'interroger sur les formes et l'ampleur des atteintes que subit la liberté contractuelle en droit des procédures collectives. Pourquoi et surtout comment se réalisent ces atteintes à la liberté contractuelle ? Comment la loi les justifie-t-elle ? Sont-elles encadrées ou limitées ?

*Qu'est-ce qu'un contrat pour l'entreprise ? C'est peut-être l'organisation de sa structure, la mise en œuvre de sa stratégie,[...]ou l'organisation de relations d'affaires avec des investisseurs, des partenaires commerciaux, des sous-traitants, des clients, des fournisseurs, des financiers, d'autres entreprises... Le contrat est le moyen de la réalisation*

---

<sup>19</sup> Loi n° 85-98 Redressement et liquidation judiciaires des entreprises et Décret n° 85-1388 codifiés aux articles L 620-1 et suivants du Code de commerce.

<sup>20</sup> E. JOUFFIN, Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, L.G.D.J, Tome 307 n° 114.

<sup>21</sup> PH. STOFFEL-MUNCK, Regard sur la théorie de l'imprévision, Aix, P.U.A.M, 1994 ; Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Colloque de Chambéry, 1997, Dr. et Patrimoine, 1998. 41 et s.

<sup>22</sup> En effet, la théorie de l'imprévision est retenue en droit administratif mais pas en droit privé.

*de ses objectifs et de sa stratégie. Il l'est de la même manière pour l'entreprise cocontractante.*<sup>23</sup>

Le contrat conditionne donc l'activité de l'entreprise, c'est pourquoi l'environnement contractuel de l'entreprise est un élément essentiel du redressement<sup>24</sup>, l'entreprise n'existe qu'en vertu de ces contrats qui permettent de la faire fonctionner<sup>25</sup>. Ainsi, quand l'entreprise est en difficulté maintenir ses relations contractuelles est primordial pour ne pas précipiter sa perte. Pour parvenir à cette fin les droits des cocontractants subissent de nombreuses atteintes. En effet, la loi du 25 janvier 1985, modifiée par la loi du 10 juin 1994, porte atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats ; la volonté des parties et la force obligatoire du contrat s'effacent devant l'intérêt supérieur de sauvegarde de l'entreprise.

Le triptyque contractuel composé des principes de l'autonomie de la volonté, de la force obligatoire et de l'effet relatif des conventions endure donc des atteintes répétées. Cette pluralité d'atteintes revêt essentiellement deux formes touchant à la fois aux prérogatives contractuelles et à la conception même du contrat. Ces atteintes, qui sont autant de reculs des droits des cocontractants, se révèlent diversifiées. Ainsi, les cocontractants sont parfois privés du droit d'exprimer leur volonté, de se prévaloir des clauses du contrat, d'exiger l'exécution du contrat ou de la possibilité de mettre fin à l'accord contractuel.<sup>26</sup> Il s'agira tantôt de protéger les contrats utiles pour l'entreprise, les atteintes à la liberté contractuelle, telles que la remise en cause de l'autonomie de la volonté ou de la force obligatoire du contrat, seront prises à cette fin. Mais il peut s'agir également d'altérer la liberté contractuelle pour faciliter la rupture de contrats inappropriés, inutiles au redressement de l'activité ; dont le « service rendu » à l'entreprise n'est pas suffisant. Ainsi, les contrats en cours au jour de l'ouverture de la procédure pourront être rompus par la seule initiative de l'administrateur judiciaire.

Des contrats conclus avant l'ouverture de la procédure et alors même qu'ils ne sont plus en cours pourront également être remis en cause par les cas de nullités de la période suspecte. Tout est fait pour faciliter au maximum le redressement de l'entreprise. Si une règle, un contrat, est une gêne pour la sauvegarde de l'activité alors la règle est écartée et le contrat rompu ou modifié.

---

<sup>23</sup> J. PAILLUSSEAU, *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, D. 1997, chron. p. 97.

<sup>24</sup> M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1994, n°3.

<sup>25</sup> L'entreprise est liée par une multitude de contrats avec ses fournisseurs et avec ses clients.

<sup>26</sup> M.-H. MONSERIE, thèse préc.

Cependant, il y a un « garde-fou ». En effet, les entorses multiples faites à la liberté contractuelle doivent être justifiées. Elles le sont par le but économique et social poursuivi par la loi. Les objectifs de celle-ci sont énoncés dès le 1<sup>er</sup> article de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L 620-1 du Code de commerce, ils sont le fil conducteur de la loi : « il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. » Ces objectifs sont hiérarchisés : la clef de voûte, ce sur quoi repose la loi, est la sauvegarde de l'entreprise puis le maintien de l'activité et de l'emploi et enfin l'apurement du passif plaçant ainsi en dernière position les créanciers qui sont généralement des cocontractants du débiteur.

La loi se permet donc d'instaurer des atteintes à la liberté contractuelle car elles sont prises sous couvert de l'objectif de sauvegarde de l'entreprise.

Il sera question ici de démontrer l'ampleur et la nature des atteintes faites à la liberté contractuelle, à cette fin aucun type de contrat ne fera l'objet d'une étude approfondie. Par exemple le contrat de travail ou le bail, qui sont soumis à des dispositions légales propres, ne seront pas étudiés dans le détail mais seront évoqués à titre illustratifs. En conséquence, les dispositions particulières à certains contrats, ne feront pas l'objet de cette étude, à savoir les contrats spéciaux tels que le contrat de travail, le contrat d'édition, d'assurance, de compte courant ou le bail d'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise.

(Première partie)

Ces atteintes à la liberté contractuelle sont-elles sans limite ? Ne font-elles l'objet d'aucun encadrement ?

Le contrat étant au coeur des échanges économiques, ces principes fondateurs se trouvent naturellement atteints pour permettre à l'entreprise en difficulté de conserver ses relations économiques indispensables au maintien de son activité et à sa survie. Ces atteintes sont donc motivées par des considérations d'ordre économique afin de redresser l'entreprise. La partie *in bonis* du contrat, celle qui n'est pas en difficulté, doit faire des sacrifices, son intérêt particulier se voit primer par l'intérêt supérieur de l'entreprise, l'intérêt général comme nous l'avons dit.

Cependant ces atteintes ne sont pas totales, le droit commun des obligations subsiste, il n'est pas entièrement nié, remis en cause dans les procédures collectives. Les atteintes à la liberté contractuelle sont heureusement encadrées, limitées voire compensées.

Le droit des procédures collectives est un droit d'exception donc dérogoire au droit commun certes, mais il ne l'est pas en tout point. Le droit commun reste en bonne place dans la procédure.

Il faut relever ensuite que la place et la conception du contrat ont évolué. L'évolution du rôle de l'Etat dans l'économie n'est pas sans incidence sur la place du contrat dans notre société. En effet, dans les années 50-70, l'Etat était très interventionniste ; l'heure était aux nationalisations, à la planification. Puis le mouvement s'est inversé dans les années 80-90 jusqu'à aujourd'hui. L'Etat s'est dès lors entaché à privatiser, à déréglementer, à se désengager de l'économie pour laisser place à la libre concurrence qu'il se borne à faire respecter. *Emerge alors une société « conventionnelle »*<sup>27</sup> où le rapport contractuel entre les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, domine.

L'intervention de l'Etat s'est en réalité déplacée de l'économie vers la sphère contractuelle. En effet, les atteintes à la liberté contractuelle, issues de la loi de 1985, ne proviennent pas seulement de celle-ci mais s'intègrent dans un mouvement général de recul du principe de l'autonomie de la volonté du fait de l'intervention de l'Etat dans le contrat par l'intermédiaire de la loi, des juges, de la jurisprudence. Face à la remise en cause de ce principe comme fondement du contrat par une partie de la doctrine, c'est la théorie générale des contrats qui est affectée et qui évolue vers une conception du contrat plus économique que juridique. Le droit des procédures collectives s'inscrit dans cette tendance, il influe sur le droit commun comme d'autres droits d'exception tels que le droit de la consommation ou le droit de la concurrence. Certains auteurs<sup>28</sup> préconisent l'adaptation de la théorie générale du contrat aux apports réalisés par ces droits spéciaux.<sup>29</sup> (Deuxième partie)

Il conviendra pour répondre à ces interrogations, de répertorier la pluralité d'atteintes faites à la liberté contractuelle au nom de la sauvegarde de l'entreprise (Première partie), avant d'en étudier les limites. (Deuxième partie)

---

<sup>27</sup> P. TERNEYRE, *op.cit.*, p. 479.

<sup>28</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op.cit.*

<sup>29</sup> J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ 1994. 239, spéc. p.240 : « les innovations apportées (en droit des contrats) par le droit de la consommation peuvent être considérées comme des facteurs d'évolution du droit civil. »

## **PREMIERE PARTIE :**

**Une pluralité d'atteintes prises au nom de la sauvegarde de  
l'entreprise.**

La loi du 25 janvier 1985 et sa réforme issue de la loi du 10 juin 1994 sont marquées, plus fortement encore que la loi de 1967, par la volonté de séparer le sort de l'entreprise du sort de l'entrepreneur. Corollaire de ce postulat, les préoccupations d'ordre économique passent au premier plan des objectifs de la loi de 1985. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1985 devenu l'article L620-1 du nouveau Code de commerce pose les finalités hiérarchisées de celle-ci au premier rang desquelles se trouve l'objectif de sauvegarde de l'entreprise. Sous couvert de cette finalité, le législateur a instauré des dispositions portant atteintes au droit commun des contrats, notamment à la liberté contractuelle. L'efficacité du sauvetage de l'entreprise nécessite des entorses au droit commun.

La sauvegarde de l'entreprise passe par restructuration. Afin d'éviter qu'elle ne disparaisse, il faut faire des choix : ne garder que les contrats utiles, strictement nécessaires à son fonctionnement et donc à son redressement ; et parallèlement, remettre en cause tous ceux susceptibles d'aggraver ses difficultés. En effet, alors que certains contrats doivent être conservés parce qu'ils sont nécessaires au maintien de l'activité (TITRE 1) d'autres doivent pouvoir être rompus facilement parce qu'ils sont inutiles, inappropriés (TITRE 2) et qu'ils alourdissent le passif car ils sont coûteux ou détournent illégalement de l'actif au profit d'un créancier ce qui est contraire au principe d'égalité des créanciers.

## **TITRE 1 Des atteintes afin de protéger les contrats utiles.**

Comme il a été vu en introduction, la liberté contractuelle est le libre choix de contracter ou non, de définir le contenu d'une convention et de pouvoir y mettre fin. Ce principe découle implicitement de l'article 1134 du Code civil, article dégageant en outre le principe de l'autonomie de la volonté (Chapitre 1) et le principe de la force obligatoire du contrat (Chapitre 2). Ces principes sont altérés par la législation des procédures collectives afin de sauvegarder l'entreprise.

## Chapitre 1 Les entraves au principe de l'autonomie de la volonté

Les atteintes à la liberté contractuelle s'opèrent aux différents stades de la procédure : l'article L 621-28 du Code de commerce organise le maintien forcé du contrat au moment de la période d'observation et de la liquidation judiciaire (Section 1) et, en cas de plan de cession, l'article L 621-88 du Code de commerce prévoit la cession forcée du contrat. (Section 2)

### Section 1 Le maintien forcé du contrat

Alors qu'il est de principe que la volonté des parties est souveraine, la procédure collective instaure le maintien forcé du contrat donc sans l'accord des cocontractants et ce non seulement lors de la période d'observation (§ 1) mais également lors de la liquidation judiciaire de l'entreprise. (§ 2)

#### *Paragraphe 1 Pendant la période d'observation*

L'article L 621-28 al 1er du Code de commerce dispose : « L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour prendre parti. »

Cet article pose le principe de la continuation de plein droit des contrats en cours (A) ce qui constitue une atteinte importante à la liberté contractuelle car la volonté du cocontractant est partiellement évincée. (B)

#### A Principe de continuation de plein droit des contrats en cours

Avant de voir sous quelles conditions les contrats en cours sont poursuivis (2), il faudra s'attacher à définir la notion de contrat en cours. (1)

## 1 Notion élargie du contrat en cours

La définition (a) du contrat en cours s'est élargie puisqu'elle concerne désormais les contrats conclus *intuitus personae*. (b)

### a Définition

Le contrat en cours n'ayant pas fait l'objet de définition légale, la doctrine et la jurisprudence se sont chargées d'en tracer les contours.

Un contrat est considéré en cours quand son exécution n'est pas encore achevée à la date du jugement d'ouverture ; ou quand il n'a pas pris fin. Pour la Cour de Cassation<sup>30</sup>, « constituent des contrats en cours toutes conventions dont les obligations principales n'ont pas été exécutées au jour du jugement d'ouverture », autrement dit, quand la prestation caractéristique du contrat n'a pas été fournie au jour du jugement d'ouverture.

La notion de contrat en cours concerne en premier lieu les contrats à exécution successive dont l'exécution, par définition, s'inscrit dans le temps. Cependant les contrats à exécution instantanée qui se réalisent en un trait de temps peuvent également être des contrats en cours. Un contrat à exécution instantanée est en cours si la prestation essentielle due par le cocontractant ne s'est pas réalisée avant l'ouverture du jugement tel que, par exemple, un contrat de vente avec clause de réserve de propriété qui est en cours tant que la totalité du prix n'a pas été payée. Le contrat a un intérêt que si le cocontractant a encore une prestation à fournir. Il faut que le contrat existe au jour de l'ouverture de la procédure, qu'il ait été définitivement formé, valablement conclu. Il ne faut pas non plus que le contrat ait pris fin avant le jugement d'ouverture par nullité, résiliation, ou résolution acquises c'est-à-dire par une décision passée en force de chose jugée. Concernant l'application d'une clause résolutoire, si les conditions de celle-ci ont été réunies avant l'ouverture de la procédure, le contrat n'est plus en cours, l'intervention du juge étant réduite à la constatation de la résolution.

La notion de contrat en cours a un caractère général s'appliquant à l'ensemble des contrats quelque soit leur nature, par exemple les contrats administratifs, ou leur forme ainsi que les contrats conclus en considération de la personne que sont les contrats *intuitus personae*. La généralité de cette notion n'est pas favorable aux cocontractants du débiteur qui

---

<sup>30</sup> Com. 2 mars 1993. D. 93 jurispr. p.573.

ont d'autant plus de chance de se voir imposer la continuation de leur contrat à condition toutefois qu'il soit considéré comme nécessaire au maintien de l'activité.

b Application de l'article L 621-28 du Code de commerce aux contrats *intuitus personae*

Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985, la doctrine s'était interrogée pour savoir si les contrats *intuitus personae* relevaient du champ d'application de l'article 37 (aujourd'hui L 621-28 du Code de commerce) car, sous l'empire de la loi de 1967, ces contrats étaient résolus de plein droit, en raison de l'orientation de la loi plus favorable à la protection des créanciers.

L'article L 621-28 ne comportant aucune précision sur ce type de contrat alors qu'il élimine expressément les contrats de travail de son champ d'application dans son alinéa 6, on peut en déduire que les contrats *intuitus personae* ne sont donc pas exclus notamment par référence à l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » : il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

C'est la solution qu'a retenue la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 8 décembre 1987<sup>31</sup> rendu à propos d'une convention de compte courant et de concours financiers : « Vu les articles 1<sup>er</sup> et 37, alinéas 1 et 5, de la loi du 25 janvier 1985, l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne. » Le changement de situation du débiteur, qui découle de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre, ne peut être une cause de rupture du contrat. Cette solution tirée de la généralité de l'article L 621-28 du Code de commerce va dans le sens de la première finalité de la loi qui est de sauver l'entreprise avant le désintéressement des créanciers, objectif que la Chambre commerciale a entendu rappeler en portant l'article 1<sup>er</sup> de la loi dans son visa.

## 2 Maintien des modalités initiales du contrat

L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en **fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur**<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cass. com. 8 dec. 1987, JCP éd. G, 1988 II, 20927 obs. Jeantin ; D. 1988 jurisp. p. 52, note Derrida.

<sup>32</sup> Article L 621-28 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, première phrase.

C'est bien le contrat d'origine, conclu entre le débiteur et son cocontractant qui perdure avec l'ensemble de ses clauses et modalités. Par exemple, une clause compromissoire<sup>33</sup> ou une clause attributive<sup>34</sup> de juridiction doivent s'appliquer. Il n'y a pas de nouveau contrat par le fait de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur. Il s'agit ici d'une sorte de contrepartie à l'absence de prise en compte de la volonté du cocontractant. Certes, on lui impose la continuation d'un contrat dont il aimerait bien se défaire mais il est poursuivi à l'identique, avec ses stipulations originaires. Autrement dit l'administrateur ou le débiteur devra l'exécuter aux conditions initiales sans régime de faveur alors même que cette exécution peut être malaisée en raison des difficultés du débiteur. Il devra fournir la « prestation promise au cocontractant du débiteur », à défaut d'exécution de ces prestations postérieures le contrat sera résilié de plein droit et le cocontractant bénéficie de la priorité de paiement de l'article L 621-32 du Code de commerce. Si la prestation promise porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant sauf pour l'administrateur à obtenir des délais de paiement de la part du cocontractant qui, somme toute, seront difficiles à avoir.

## B Eviction de la volonté du cocontractant

La marge de manœuvre laissée au cocontractant est faible puisqu'elle est limitée à la possibilité de mettre en demeure l'administrateur de faire un choix entre la continuation ou non du contrat en cours (1), l'administrateur étant le seul habilité par la loi à opérer ce choix (2) dans un certain délai qui peut être modifié par le tribunal. (3)

### 1 L'action du cocontractant limitée à la possibilité de mettre en demeure l'administrateur

« L'administrateur a **seul** la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours<sup>35</sup> ». Nous sommes ici au cœur de l'atteinte à la liberté contractuelle. En effet, le cocontractant peut se voir imposer, contre son gré, par l'administrateur, la continuation d'un contrat qu'il aurait préféré résilier en raison des difficultés financières de son débiteur. Cela est contraire à la force obligatoire de la volonté posée par l'article 1134 du Code civil. L'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> énonce en effet que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les

---

<sup>33</sup> Com. 4 fév. 1986, Bull. civ. IV n°3 p. 2.

<sup>34</sup> Com. 20 juin 2000, Bull. civ. IV n° 130 p. 118, JCP E 2000 p. 1403.

ont faites » ; l'alinéa 2 précise « qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. » En conséquence, la volonté unilatérale ne permet pas de rompre le contrat. Donc en principe, le contrat ne peut être unilatéralement révoqué par l'une des parties : ce que le consentement a fait, seul le consentement peut le défaire<sup>36</sup>.

Ce principe comporte des limites. Ainsi, et contrairement à ce qu'énonce l'article 1134 al 2 du Code civil, il a toujours été admis que le contrat à durée indéterminée pouvait faire l'objet d'une résiliation unilatérale au nom de la prohibition des engagements perpétuels.

Cette possibilité de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée<sup>37</sup> reconnue en droit commun est interdite sous l'égide de la loi de 1985, du moins pour le contractant du débiteur. Le cocontractant ne peut se prévaloir de cette faculté de résolution unilatérale pour inexécution.

A partir du moment où l'entreprise est mise en redressement judiciaire, le cocontractant, dont le contrat (à durée indéterminée ou déterminée) est en cours, ne peut, par sa seule volonté y mettre fin même en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations antérieurement au jugement d'ouverture. Il a seulement la faculté, la possibilité de mettre en demeure l'administrateur afin qu'il fasse un choix à propos du contrat : le continuer ou le rompre. Il est préférable que cette mise en demeure, dans le silence des textes quant à la forme de celle-ci, soit faite par lettre recommandée avec accusé de réception.

On constate alors que le mandataire judiciaire lui, peut rompre ou continuer unilatéralement le contrat<sup>38</sup>. Cette option est fondée sur des considérations purement économiques, de l'utilité du contrat pour la sauvegarde de l'entreprise. Le cocontractant en est réduit à demander à l'administrateur ou au débiteur en cas de procédure simplifiée, d'opter pour la continuation ou non du contrat. L'accord de volonté du cocontractant n'est pas requis, cette atteinte au principe de l'autonomie de la volonté se trouve justifiée par la finalité de sauvetage de l'entreprise. Cette finalité prime l'intérêt particulier du cocontractant auquel on impose des sacrifices pour satisfaire l'intérêt supérieur de l'entité économique.

La marge de manœuvre du cocontractant est donc très limitée. Le sort du contrat relève exclusivement de l'administrateur judiciaire.

---

<sup>35</sup> Article L 621-28 du Code de commerce.

<sup>36</sup> *Mutuus consensus, mutuus disensus.*

<sup>37</sup> D'ailleurs, une jurisprudence récente (Com. 1<sup>re</sup> civ. 20 fév. 2001, D. 2001 p. 1568) admet la résolution unilatérale du contrat indépendamment de sa durée. Elle semble remettre en cause la distinction contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée ce qui permettrait une résolution pour inexécution unilatérale d'un contrat à durée déterminée.

## 2 Le sort du contrat soumis au droit d'option de l'administrateur

A partir de la mise un demeure qui lui est adressée, l'administrateur a un mois pour se prononcer sur le sort du contrat. En cas d'absence de mise en demeure, l'administrateur peut faire connaître son choix expressément voire tacitement, ce qui a été admis par la jurisprudence<sup>39</sup>. Par contre le silence de l'administrateur ne saurait constituer un choix valant continuation puisque l'article L 621-28 du Code de commerce précise que le défaut de réponse dans le délai d'un mois entraîne la résiliation de plein droit du contrat.

En exerçant son droit d'option, l'administrateur agit-il au nom du débiteur ou dans le cadre des prérogatives qui lui sont conférées par la loi ? Selon la doctrine<sup>40</sup> et la jurisprudence<sup>41</sup>, il agit dans le cadre de sa mission puisque s'il fait un choix inopportun il verra sa responsabilité engagée<sup>42</sup>. Sa responsabilité s'apprécie au jour où il a pris sa décision et non à partir d'éléments postérieurs.<sup>43</sup> Le choix de l'administrateur doit se faire avec diligence, il a une obligation de moyen. La loi du 10 juin 1994 a renforcé les conditions d'exercice de l'option. En effet, la continuation d'un contrat en cours doit être justifiée par l'existence d'un financement suffisant, tant pour le paiement comptant que pour les paiements futurs. L'administrateur doit s'assurer, grâce aux documents prévisionnels dont il dispose, qu'au moment où il demande la continuation du contrat, il a les fonds nécessaires pour l'exécuter<sup>44</sup>.

Le cocontractant a-t-il un recours contre la décision de l'administrateur ? Il convient de distinguer entre les contestations relatives à l'exercice du droit d'option et celles relatives aux conséquences de l'option. Pour les premières, le juge-commissaire est exclusivement compétent sur le fondement de sa mission générale de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Ainsi le juge-commissaire sera compétent pour une contestation afférente à la qualification de contrat en cours. Lorsqu'il ordonne la continuation d'un contrat en cours, son ordonnance n'est susceptible d'aucun

---

<sup>38</sup> Parce que la loi l'y autorise. (article 1134 al 2 du Code civil)

<sup>39</sup> Com. 11 fév. 1997, Dr. et patrimoine juil.août 1997, p.86 n° 1728. Cependant, des décisions contraires ont été rendues dans lesquelles la Cour de cassation affirmait que le paiement des loyers ne pouvait constituer une continuation tacite du contrat, voir notamment Com. 20 fév. 1996 D. 1996, IR 90.

<sup>40</sup> F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, Dalloz 1991 ; B. SOINNE, Traité théorique et pratique des procédures collectives, Litec 1995.

<sup>41</sup> Com. 27 nov. 1991 RJDA 2.1992 (Cet arrêt concernait l'article 38 de la loi de 1967).

<sup>42</sup> Com. 9 juin 1998, D. aff. 1998 p. 1177 ; CA Versailles 28 mai 1998 D. aff. 1998 p.1589 ; Com. 6 juill. 1999, Act. pr. coll. 1999.14 n°182.

<sup>43</sup> Com. 3 fév. 1998, RJDA 1998 n° 7 p. 885.

<sup>44</sup> Article L 621-28 al 2 du Code de commerce.

recours devant le Tribunal de commerce. Le cocontractant est donc désarmé, sa volonté bafouée puisqu'il n'a aucun recours, il ne peut que s'incliner devant ce choix au nom l'objectif de maintien de l'activité. Pour les secondes contestations, par exemple celles relatives aux difficultés d'exécution d'un contrat poursuivi, c'est le juge des référés, juge de droit commun, qui est compétent<sup>45</sup>.

### 3 La possible modification du délai d'option par le juge

« Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour prendre parti. » (Article L621-28 al 1 du Code de commerce) A compter de la mise en demeure, l'administrateur a donc en principe un mois pour se prononcer sur le sort du contrat sous réserve de demander une prolongation au juge-commissaire. Ainsi le cocontractant ne reste pas dans l'expectative indéfiniment comme cela pouvait l'être sous l'empire de la loi de 1967 qui ne prévoyait aucun délai. D'autre part, la loi du 10 juin 1994 a limité à deux mois la prolongation du délai, prolongation qui ne peut avoir lieu qu'une seule fois<sup>46</sup>. La décision du juge-commissaire doit intervenir avant l'expiration du délai légal d'un mois de la mise en demeure.

La possibilité de modifier le délai d'option peut être perçue comme une atteinte supplémentaire aux intérêts du cocontractant, atteinte limitée car la prolongation ne peut excéder deux mois, or avant la réforme de 1994 le temps de prolongation n'étant pas limité, celle-ci pouvait durer tout le temps de la période d'observation. En outre, le décret du 27 décembre 1985 modifié par le décret du 21 octobre 1994, prévoit dans son article 61 que le cocontractant doit être informé par le greffier de la décision de prolongation prise par le juge-commissaire.

La volonté du cocontractant, quant à l'avenir du contrat, est limitée à la possibilité qu'il a de mettre en demeure l'administrateur d'opérer un choix dans le délai légal d'un mois ou trois mois au plus en cas de prolongation. L'atteinte à l'autonomie de sa volonté est donc flagrante d'autant plus que le maintien forcé du contrat peut survenir également en cas de liquidation judiciaire.

---

<sup>45</sup> Le juge des référés est compétent pour connaître de la demande d'un crédit-bailleur tendant au paiement des loyers échus postérieurement au prononcé du redressement judiciaire. (CA Aix-en-Provence 6 mai 1997, JCP E 1998 n° 10 p. 38).

<sup>46</sup> CA Paris 8 oct 1992, Petites Affiches, 28 avril 1993, p. 13, note F. Derrida.

## *Paragraphe 2 Pendant la liquidation judiciaire*

L'article L 621-28 du Code de commerce, qui pose le principe de la continuation de plein droit des contrats en cours, s'applique aussi dans le cadre d'une liquidation judiciaire (A) même si la jurisprudence et surtout la doctrine ne sont pas encore homogènes sur ce point. (B)

### A Application de l'article L621-28 à la phase liquidative

Antérieurement à la réforme de 1994, la loi de 1985 ne prévoyait pas l'application de l'article 37 au cours de la liquidation judiciaire. Pourtant la doctrine l'avait envisagée estimant que le liquidateur pouvait imposer la poursuite des contrats en cours si l'option de l'article 37 n'avait pas été exercée par l'administrateur, faute d'une période d'observation trop courte<sup>47</sup>. La jurisprudence est allée dans ce sens : dans une première décision, la Cour de cassation a précisé que « la liquidation judiciaire n'a pas pour effet d'entraîner par elle-même résiliation des contrats en cours<sup>48</sup> » et dans un second arrêt<sup>49</sup>, elle énonce que « les articles 37 et 38 de la loi du 25 janvier 1985 sont applicables en cas de liquidation judiciaire. »

La loi du 10 juin 1994, qui permet désormais la mise en liquidation judiciaire immédiate d'une entreprise « dont l'activité a cessé ou dont le redressement est manifestement impossible<sup>50</sup> », a consacré ces solutions. En effet l'article L 622-12<sup>51</sup> du Code de commerce dispose que « l'administrateur, dans le cas mentionné au deuxième alinéa de l'article L 622-10, ou à défaut, le liquidateur, a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours dans les conditions prévues à l'article L 621-28. » L'article L 622-13 rajoute que « la liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise. » Le principe de continuation de plein droit des contrats en cours s'applique à la liquidation judiciaire en cas de maintien de l'activité, afin de protéger les éléments d'actif et de pouvoir les réaliser. Cette solution légale semble à première vue surprenante car le but de la liquidation judiciaire est toute autre que celui de la période d'observation. En effet ici, l'entreprise est « morte », elle n'a plus aucune chance de se

---

<sup>47</sup> Ph. PETEL, *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, JCP éd. N 1992, p. 125 n°28.

<sup>48</sup> Com. 7 fév. 1989, Bull. civ. IV p.32 n°49.

<sup>49</sup> Com. 17 octobre 1989, JCP 1990 I,15668, n°17 ; D. 1990 somm. p.2.

<sup>50</sup> Article L 622-1 du Code de commerce.

<sup>51</sup> Ancien article 153-2 de la loi de 1985.

redresser elle doit donc être liquidée et l'actif réalisé au profit des créanciers ; alors que pendant la période d'observation le but est de redresser l'entreprise, de maintenir l'activité le temps de trouver une solution permettant de la sauver.

Quel intérêt alors de permettre au liquidateur d'opter pour la continuation des contrats en cours ? D'autant plus que le cocontractant, dont l'accord de volonté n'est toujours pas demandé, espérant enfin être libéré comprendra difficilement qu'on lui impose la continuation de son contrat pendant cette phase ultime de la vie de l'entreprise. Pourtant l'application de l'article L 621-28 du Code de commerce à la phase liquidative se trouve justifiée pour conserver les éléments d'actif dont le contrat fait parti.

#### B Controverse sur la résiliation de plein droit des contrats en cours par l'ouverture de la liquidation judiciaire

L'application de l'article L 621-28 à la liquidation judiciaire a été consacrée légalement cependant la doctrine semble majoritairement exclure l'application de cet article à la liquidation judiciaire dans la mesure où la continuation de l'activité a cessé.

Il semble que la faculté d'option pour la continuation des contrats en cours soit limitée à la situation dans laquelle le maintien de l'activité a été autorisé par le tribunal si l'intérêt public ou celui des créanciers l'a exigé<sup>52</sup>, puisque l'article L 622-12 alinéa 2 du Code de commerce renvoie au deuxième alinéa de l'article L 622-10, lequel vise la poursuite de l'activité. Pourtant même en l'absence de maintien de l'activité la continuation de certains contrats peut s'avérer utile le temps de la liquidation afin de conserver certains biens permettant ensuite leur réalisation pour désintéresser au mieux les créanciers. Malgré une jurisprudence contraire<sup>53</sup>, il conviendrait d'admettre qu'il n'y ait pas résiliation des contrats en cours par la simple ouverture de la liquidation judiciaire même si l'activité cesse du fait de cette ouverture, par analogie à la personnalité morale qui subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci<sup>54</sup>. Un arrêt récent de la Cour de cassation<sup>55</sup> semble aller dans ce sens puisque la Cour casse un arrêt qui avait retenu la résiliation du contrat en raison de l'ouverture de la liquidation judiciaire au motif qu'il n'y avait pas continuation de l'activité et poursuite provisoire du contrat. La Cour estime que la

---

<sup>52</sup> Article L 622-10 du Code de commerce.

<sup>53</sup> Com 20 janv. 1998, JCP éd. E, 1999.761, n° 14, obs. Gavalda et Stoufflet ; Civ 1, 3 mars 1998, Defrénois 1998.1461, obs. Bénabent.

<sup>54</sup> Article 1844-8 al 3 du Code civil.

Cour d'appel aurait du, pour retenir la résiliation, constater par l'existence d'une mise en demeure par le cocontractant la renonciation expresse ou présumée du contrat par le liquidateur ou l'administrateur.

Outre le maintien forcé du contrat auquel le cocontractant du débiteur doit se plier, le contrat peut être cédé à un tiers dans le cadre d'un plan de cession mettant à mal une nouvelle fois la liberté contractuelle du cocontractant.

## Section 2 La cession forcée du contrat

Dans le cadre d'un plan de cession, l'entreprise est cédée à un tiers repreneur. Les actifs ou une partie des actifs sont cédés ainsi que certains contrats. En effet, l'article L 621-88 du Code de commerce dispose que « **le tribunal détermine** les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité au vue des observations des cocontractants du débiteur transmises par l'administrateur. »

Cette cession du contrat, organisée dans le cadre des procédures collectives, diffère de celle que connaît le droit commun en ce qu'elle est judiciaire (§1) et s'impose au cocontractant (§2) dont l'accord de volonté n'est pas requis pour opérer la cession.

### *Paragraphe 1 Une cession judiciaire*

Ce type de cession est propre aux procédures collectives puisque le droit commun ne connaît que la cession légale ou conventionnelle. (A) D'autre part, la cession se réalise peu important que le contrat ait été initialement conclu *intuitus personae*, (B) au nom du maintien de l'activité.

#### A Un type de cession dérogoire du droit commun

La cession de contrat<sup>56</sup> a pour objet le remplacement d'une partie par un tiers au cours de l'exécution du contrat. Ainsi ce tiers devient partie au contrat. La cession de contrat permet à celui-ci de survivre au changement de l'une des parties. La cession rend possible la

---

<sup>55</sup> Com. 19 févr. 2002, Act.Proc.Coll.2002-8, n°102.

<sup>56</sup> MALAURIE et AYNES, Droit des obligations, op.cit.

continuation d'un contrat, support d'une richesse, en réalisant une succession de contractants. La cession diffère donc de la délégation ou de la novation où il y a création d'un nouveau contrat.

Le droit commun des contrats ne connaît que la cession légale ou conventionnelle. Ici la loi donne au tribunal le droit d'imposer une cession de contrat. Il s'agit d'une cession judiciaire, autorisée et organisée par la loi. Cette cession est exorbitante du droit commun des obligations car elle s'opère sans l'accord des parties. Elle est plus encadrée que la continuation « forcée » des contrats en cours car elle est encore plus attentatoire à la volonté des parties en ce qu'il y a substitution de contractants. Par conséquent, la loi a limité la cession à certains types de contrats à savoir les contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens et services. Il faut pourtant remarquer que cette énumération est très large et qu'elle est susceptible de concerner la plupart des contrats de l'entreprise. Ces contrats peuvent être cédés que s'ils sont en cours d'exécution et si leur reprise par le cessionnaire est nécessaire au maintien de l'activité.

Peuvent être cédés les contrats de crédit-bail qui sont des contrats qui ouvrent au locataire, suite à une période de location, la faculté de se porter acquéreur du bien moyennant versement d'une valeur résiduelle. En l'absence de distinction par l'article L 621-88 du Code de commerce sont concernés les contrats de crédit-bail mobilier et immobilier.

Les contrats de location sont également visés par l'article L 621-88 du Code de commerce. Il s'agit des contrats de location mobilière comprenant les conventions destinées à procurer à l'entreprise des biens d'équipement, les contrats de location-gérance<sup>57</sup>, et les contrats de location immobilière autrement dit les baux.

Enfin l'article L 621-88 du Code de commerce permet la cession des contrats de fourniture de biens et services que l'on distingue en fonction de l'obligation de faire pour le contrat de fourniture de services et de l'obligation de donner pour le contrat de fourniture de biens. En pratique, cette notion de fourniture de biens ou services recouvre divers contrats et finalement l'objectif du législateur de 1985 de ne pas généraliser la cession judiciaire des contrats est mis à mal.

La détermination des contrats nécessaires au maintien de l'activité appartient au Tribunal. Il est investi à ce titre de pouvoirs économiques permettant d'apprécier la nécessité économique de tel contrat. On peut se demander s'il a les compétences suffisantes pour faire

---

<sup>57</sup> CA Paris 5 mars 1991, D. 1991 p. 376.

ce choix. Pour l'aider, il a à sa disposition le bilan économique et social de l'administrateur et dans son offre le cessionnaire peut indiquer les contrats qu'il désire se voir céder.

## B Indifférence du caractère *intuitus personae*

La question de la possibilité de céder judiciairement des contrats *intuitus personae* se pose naturellement dans le cadre de cet article L 621-88 du Code de commerce comme elle s'est posée dans le cadre de l'article L 621-28 du même code.

Pourtant ici, les circonstances font, qu'admettre la cession de ce type de contrats conclus en considération de la personne, porterait encore plus atteinte à la liberté contractuelle. En effet, en cas de continuation forcée du contrat, les parties restent les mêmes, c'est le contrat initial qui se poursuit ; alors que dans une cession, par définition, une des parties change, au débiteur sera substitué un cessionnaire. Le contrat n'est donc plus le même en raison de ce changement. Alors bien sûr le repreneur sera *in bonis* donc il offrira plus de garantie au cocontractant mais la qualité de la prestation qu'il sera en mesure de lui fournir sera nécessairement différente de celle du débiteur initial.

Pour une partie de la doctrine<sup>58</sup>, partisan de la vision traditionnelle du contrat, le principe de la force obligatoire du contrat<sup>59</sup> ainsi que l'effet relatif des conventions<sup>60</sup> s'opposent à ce que ce type de contrat soit cédé à un tiers sans l'assentiment du cocontractant. La doctrine majoritaire, qui a une vision plus économique et objective du contrat, admettrait ces cessions, la nécessité économique du contrat primant le lien juridique.

La doctrine semble néanmoins distinguer des degrés dans l'*intuitus personae*.<sup>61</sup> L'*intuitus personae* attaché à l'exécution<sup>62</sup> ou à l'objet même du contrat<sup>63</sup> serait exclu de la cession de l'article L 621-88. On oppose les contrats dans lesquels la personne même du débiteur est déterminante, il est alors l'objet même de l'obligation caractéristique de la convention par exemple lorsque « le contrat a pour objet l'exploitation du talent du débiteur<sup>64</sup> », et les contrats dont les qualités de l'entreprise sont déterminantes.

---

<sup>58</sup> J. GHESTIN, Les effets du contrat, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ n°687.

<sup>59</sup> Article 1134 du Code civil.

<sup>60</sup> Article 1165 du Code civil.

<sup>61</sup> P. PETEL, *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, JCP N 1992 I p.125.

<sup>62</sup> F.DERRIDA, P.GODE, J.P.SORTAIS, op.cit.

<sup>63</sup> J.P. MONTREDON, *La théorie générale à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, JCP éd. E, 1988.I.15156.

<sup>64</sup> J.P. MONTREDON op.cit.

Si ces gradations se trouvent vérifiées en pratique, par exemple en cas de redressement judiciaire d'un franchiseur où le repreneur ne peut transmettre au franchisé le savoir-faire nécessairement original du franchiseur<sup>65</sup>, il n'est pas toujours aisé de classer ces contrats en fonction de ces critères.

La jurisprudence paraît également hésiter. Certains arrêts de juridictions du fond ont admis la cession de contrats *intuitus personae*<sup>66</sup> mais la Cour de cassation semble exiger le consentement du cocontractant.

La majorité de la doctrine est favorable à une conception large des contrats pouvant être cédés dans le cadre de l'article L 621-88 incluant par conséquent les contrats *intuitus personae*. Cela peut se justifier par l'objectif de maintien de l'activité, certains contrats *intuitus personae* étant nécessaires pour le fonctionnement de l'entreprise, par exemple un contrat de concession. Cependant un *intuitus personae* très fort, attaché aux qualités d'une personne unique, ne peut autoriser la cession du contrat auquel il est attaché, ce dernier ne pourrait pas, pour cette raison, être réalisé aux conditions initiales.

## *Paragraphe 2 Une cession imposée*

Même si la lettre du texte<sup>67</sup> dispose que le Tribunal détermine les contrats à céder « au vu des observations des cocontractants du débiteur », il s'avère que le choix appartient au tribunal *in fine* donc la cession peut s'imposer à la fois au cocontractant initial du débiteur (A) et aux tiers bénéficiant de sûretés, accessoires du contrat cédé et qui sont également cédés. (B)

### A Aux cocontractants initiaux du débiteur

L'article L 621-88 du Code de commerce permet au tribunal d'imposer la cession au cocontractant du débiteur.

En droit commun, la cession s'opère avec l'accord des trois parties. En effet, la cession du contrat doit être portée à la connaissance du cédé par les modalités fixées à l'article 1690 du

---

<sup>65</sup> F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté- Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd.

<sup>66</sup> Pour un contrat de franchise (Versailles 23 juin 1988, JCP éd. E 1989 II 15591) ; pour un contrat de concession automobile (Douai 8 mars 1990 JCP 1991, 1721, spéc. n°9) ; pour un contrat de sponsoring personnel conclu avec un joueur de football (Poitiers 20 avril 1988, JCP éd. E 1989 II 15591).

Code civil. Ces formalités n'ont pas qu'une valeur informative. Si elles ne sont pas accomplies la cession n'est pas opposable au cédé, il peut alors opposer au cessionnaire l'article 1165 du Code civil. Par exception, l'article 1690 du Code civil ne s'applique pas dans le cadre de cette cession judiciaire. En conséquence, le cocontractant cédé ne peut se prévaloir de l'article 1165 du Code civil, en d'autres termes, le principe de l'effet relatif des conventions est écarté. Il s'agit d'une nouvelle atteinte aux droits du cocontractant. Son accord n'est pas nécessaire, c'est le « jugement qui arrête le plan [qui] emporte cession de ces contrats<sup>68</sup>. »

Pourtant le texte prévoit que le tribunal doit entendre les observations faites par le cocontractant. On pourrait y voir une sorte de consentement à la cession. Il n'en est rien. Il faut y voir le simple respect du principe du contradictoire. Le cocontractant peut seulement formuler des observations auxquelles le tribunal n'est nullement tenu. Si la cession ne peut se faire sans que le tribunal ait convoqué le cocontractant, cette convocation<sup>69</sup> n'a pas pour objectif d'obtenir son accord mais de faire valoir ses arguments auprès du Tribunal qui reste souverain dans sa décision.

Ainsi selon la jurisprudence, « il résulte des articles 64 et 86 [ L 621-65 et L 621-88 ] que la cession de contrats n'exige pas le consentement des cocontractants concernés, leur critique ne pouvant porter que sur le fait que les conditions du contrat auraient été modifiées d'autorité. »

La cession du contrat se réalise malgré l'opposition éventuelle du cocontractant initial. Il a cependant la possibilité de faire appel du jugement de cession de l'entreprise<sup>70</sup> mais que sur la partie du jugement qui le concerne.<sup>71</sup> Cet appel ne pourra pas faire l'objet de recours en cassation.<sup>72</sup>

La cession de contrat est donc imposée au cocontractant cédé, en est-il de même pour le repreneur ? Dans son offre de reprise, peut-il indiquer les contrats qu'il souhaite se voir céder ?

---

<sup>67</sup> Article L 621-28 al 1 du Code de commerce.

<sup>68</sup> Article L 621-88 du Code de commerce.

<sup>69</sup> Cette convocation est réalisée par lettre recommandée avec accusé de réception au moins 15 jours avant la date d'audience. Cette formalité est sanctionnée par la nullité du jugement de cession.

<sup>70</sup> F. DERRIDA, *Redressement et liquidation judiciaires : les voies de recours en matière de transfert des contrats dans le plan de cession de l'entreprise*, Petites affiches 15 janvier 1997 p. 24.

<sup>71</sup> Article L 623-6 II du Code de commerce.

<sup>72</sup> Articles L 623-6 I 2° et L 623-7 du Code de commerce.

Selon l'article L 621-85 du Code de commerce, l'offre de reprise doit comporter diverses indications telles que les prévisions d'activité et de financement, le prix de cession notamment. Mais les contrats que le repreneur aimerait se voir attribuer ne font pas partie de la liste dressée dans cet article. En conséquence, si l'on considère qu'il s'agit d'une liste non limitative, a priori rien n'interdit au cessionnaire d'insérer dans son offre une telle disposition. En pratique, le tribunal sera nécessairement influencé par ces choix afin de ne pas rendre aléatoire la réussite du plan. D'autre part, le repreneur est le mieux placé, au vu de son projet de reprise, pour sélectionner les contrats dont il aura besoin pour assurer « le maintien de l'activité. »

En ce qui concerne la position de la jurisprudence à ce sujet, un arrêt d'appel de 1988<sup>73</sup> a considéré que la prétention exprimée dans son offre par le cessionnaire de l'entreprise, de choisir les contrats qu'il souhaiterait reprendre, est contraire à l'articles 86 al 1<sup>er</sup>, qui donne au tribunal seul le pouvoir de déterminer les contrats nécessaires au maintien de l'activité. Mais dans un arrêt ultérieur, la Cour d'appel de Colmar<sup>74</sup> a décidé le contraire en retenant que « si l'article 86 de la loi (...) confère aux juges le soin de contrôler l'opportunité de la cession des contrats qui paraissent nécessaires au maintien de l'activité, cette règle n'autorise pas le tribunal à se substituer aux parties au contrat ou au cessionnaire dans l'initiative de la cession ; (...) seule doit être ordonnée la cession des contrats **réclamés** et utiles au maintien de l'activité. »

Cet arrêt semble plus cohérent car il fait prévaloir le bon sens sur la lettre du texte. En effet, le cessionnaire est le mieux placé pour savoir quels contrats lui seront nécessaires pour mener à bien son projet de reprise. Le tribunal serait susceptible de faire échouer la reprise de l'entreprise s'il ne cédait pas les contrats demandés par le cessionnaire.

## B Aux tiers bénéficiant de sûretés

En cas de cession d'un élément d'actif auquel est attachée une sûreté, une quote-part du prix de cession est affectée au titulaire de la sûreté.<sup>75</sup>

L'exercice de leur droit de préférence se reporte sur le prix de cession du bien. C'est le tribunal qui procède à la ventilation du prix.

---

<sup>73</sup> Aix-en Provence, 9 décembre 1988, D. 1990 Somm. 3, obs. Derrida.

<sup>74</sup> Colmar 13 juin 1990, D. 1991. 97 note Fabiani.

<sup>75</sup> Article L 621-93 du Code de commerce.

Selon l'article L 621-93 al 4 du Code de commerce, le paiement complet du prix de cession par le repreneur « emporte purge des inscriptions grevant le bien compris dans la cession. »

Cependant, l'article L 621-96 al 3 du Code de commerce déroge à ce mécanisme en prévoyant un régime particulier pour les sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour le financement d'un bien. Si ce bien, financé à crédit et garanti par une sûreté, est inclus dans le plan de cession alors cette sûreté est transmise au cessionnaire. Par conséquent, la sûreté est transférée avec le bien, ce qui est favorable à celui pour qui elle est constituée. Par contre le cessionnaire devra s'acquitter des échéances du crédit qui restent à courir, à compter du transfert de propriété du bien.

Il s'agit ici d'un régime de faveur pour le créancier titulaire d'une telle sûreté puisque la charge future de la dette garantie est automatiquement transférée au cessionnaire qui est en principe plus solvable que son cocontractant initial<sup>76</sup>. Ainsi par dérogation à la déchéance du terme prévue par l'article L 621-94 du Code de commerce, le créancier se voit imposer un nouveau débiteur mais cela lui est favorable car il continuera à percevoir les échéances convenues initialement et sa sûreté ne sera pas éteinte ni reportée sur le prix.

Donc, contrairement à la cession prévue à l'article L 621-88 du Code de commerce, ici, le transfert des sûretés profite à celui, le créancier, auquel ce transfert s'impose.

Par contre, ce régime est beaucoup moins attrayant pour le cessionnaire qui se voit imposer des charges supplémentaires, en sus du prix de cession, attachées au remboursement du crédit du bien qui lui a été cédé alors même qu'il n'aurait pas réclamé pas la cession du bien. Le cessionnaire ne pourra pas exercer le recours fondé sur l'article L 621-63 al 3 du Code de commerce qui interdit de lui imposer des charges qu'il n'a pas acceptées car cet article n'est expressément pas applicable dans le cadre de l'article L 621-96 du Code de commerce.

Ce mécanisme constitue donc une restriction de l'autonomie de la volonté du cessionnaire qui peut se voir céder un bien qu'il n'a pas souhaité et en plus il doit s'acquitter des échéances du crédit qui restent à courir.

---

<sup>76</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, op. cit. n° 354.

## Chapitre 2 Les entraves au principe de la force obligatoire du contrat

En vertu de l'article 1134 du Code civil, le contrat est irrévocable et doit être exécuté de bonne foi. Cela montre la force du contrat sur lequel les parties ne peuvent revenir. Le principe de l'irrévocabilité du contrat connaît trois tempéraments en droit commun. Le contrat peut être révoqué par la volonté commune des parties<sup>77</sup>. D'autre part, au nom de la prohibition des engagements perpétuels, les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés unilatéralement. Enfin, les parties, par le jeu de clauses contractuelles (une clause de dédit par exemple) peuvent prévoir la possibilité pour elles ou l'une d'elles de se désengager<sup>78</sup>. Pourtant le droit des procédures collectives porte des atteintes supplémentaires à ce principe par des dispositions autres que celles énoncées ci-dessus. En effet, le principe de l'intangibilité du contrat connaît des restrictions par la loi (Section 1) et par le juge. (Section 2) Ce dernier, de part sa place prépondérante dans les procédures collectives s'imisce de plus en plus dans la sphère contractuelle.

### Section 1 Par la loi

Des dispositions légales du droit des procédures collectives rendent inefficaces les clauses résolutoires (§1) ainsi que l'indivisibilité des contrats à exécution successive que pourraient stipuler les parties. (§2)

#### *Paragraphe 1 Inefficacité des clauses résolutoires*

L'article L 621-28 al 5 du Code de commerce dispose que « nonobstant toute disposition légale ou **toute clause contractuelle**, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat **ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.** » En d'autres termes, les clauses résolutoires fondées sur l'état de cessation des paiements du débiteur sont paralysées. (A) Il en est de même pour l'exception d'inexécution, neutralisée par l'article L 621-28 al 4 du Code de commerce selon lequel « le

---

<sup>77</sup> *Mutuus disensus.*

<sup>78</sup> R. CABRILLAC, Droit des obligations, Dalloz 2000 n°111.

cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution [par le débiteur] de ces engagements antérieurs au jugement d'ouverture. » (B)

A ...Fondées sur l'état de cessation des paiements du débiteur

L'état de cessation des paiements ne peut en aucune façon être le fondement de la résiliation des contrats. Toute disposition légale (1) ou conventionnelle (2) en ce sens est sans effet.

#### 1 Neutralisation de « toute disposition légale »

Il résulte de l'article L 621-28 al 6 du Code de commerce que toute disposition légale qui prévoit une résolution du contrat fondée sur l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'une des parties est paralysée. Ainsi les règles du droit commun sont écartées par la réglementation spéciale des procédures collectives. Les règles d'exception priment le droit commun. Elles sont justifiées par l'impératif de survie de l'entreprise. Cette paralysie est large car « aucun texte, quelle que soit son origine ou son domaine d'application<sup>79</sup> » n'y échappe.

A ce titre, les articles du Code civil instaurant une résolution du contrat pour cause de déconfiture sont écartés.<sup>80</sup> C'est le cas de l'article 2003 du Code civil relatif au mandat qui dispose que le mandat prend fin en raison de la déconfiture du mandant ou du mandataire<sup>81</sup>. Alors que cet article, qui permet de rompre le mandat en cas de défaillance de l'une des parties, peut se justifier en vertu de son caractère *intuitus personae*, il s'avère que cette caractéristique n'est plus un obstacle à la continuation des contrats en cours en cas de redressement judiciaire ou même de liquidation judiciaire. En conséquence, son inapplication dans le cadre d'une procédure collective est conforme à l'évolution de la matière vers le maintien des contrats nécessaires au redressement de l'entreprise en sacrifiant les règles de droit commun.

D'autres articles du Code civil où la déconfiture est une cause de rupture du contrat sont également neutralisés. C'est le cas de l'article 1613 qui retient la cessation de l'obligation de délivrance du vendeur si l'acheteur est en déconfiture. Cet article est d'ailleurs contraire à

---

<sup>79</sup> M.H MONSERIE, *op. cit.*, n° 30.

<sup>80</sup> La notion de déconfiture est à rapprocher de celle de la faillite puisque qu'elle se définit comme la situation d'un débiteur civil qui ne peut satisfaire ses créanciers.

<sup>81</sup> Com. 16 oct. 1990 Bull civ IV p. 167 n°241.

l'article L 621-28 al 4 du Code de commerce puisqu'il permet au cocontractant d'opposer l'exception d'inexécution au débiteur. L'article 1680 du Code civil, relatif à la perte de la qualité d'associé en cas de déconfiture de celui-ci, est également évincé.

Ce dispositif met à mal la sécurité contractuelle des parties qui ne peuvent se prévaloir des règles protectrices du droit commun en raison de la règle spéciale qui prime le général.

## 2 Neutralisation des clauses contractuelles

Ce principe de neutralisation des clauses résolutoires fondées sur l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cocontractant a été instauré par la loi du 25 janvier 1985. Cette intervention légale s'avérait nécessaire en raison de la multiplication de telles clauses dans les contrats, aboutissant à la résolution de plein droit du contrat ce qui contrevenait au principe de la continuation des contrats en cours. De plus, la mise en œuvre de ces clauses reposait sur un élément extérieur à la volonté des parties, un fait juridique, à savoir l'ouverture d'une procédure collective, et pas sur le non-respect par une partie de son obligation. Cette clause sanctionnait un changement dans la situation juridique d'une partie, changement qui s'impose à cette dernière car dès lors qu'elle est en cessation des paiements, l'ouverture d'une procédure collective à son encontre est obligatoire. En effet, selon la jurisprudence<sup>82</sup> « les dispositions de l'article 37 al 5 excluent la validité d'une clause résolutoire fondée sur l'état de cessation des paiements du cocontractant dès lors que la constatation d'un tel état par le tribunal (...) le conduit nécessairement à ouvrir la procédure de redressement judiciaire. »

La liberté contractuelle est lourdement atteinte par ce principe car ces clauses sont réputées non écrites<sup>83</sup>. Mais la paralysie de telles clauses était nécessaire pour satisfaire, comme il a été dit, l'objectif premier de la loi de 1985 de sauvegarde de l'entreprise, qui passe par le maintien de relations contractuelles pour que l'entreprise poursuive son activité, condition *sine qua non* à son redressement.<sup>84</sup>

Le principe de la force obligatoire du contrat est altéré en raison de la paralysie de ce type de clause. La liberté contractuelle se voit une nouvelle fois sacrifiée par l'objectif économique de sauvetage de l'entreprise.

---

<sup>82</sup> Com. 2 mars 1993 Bull civ IV n°87, D. 1993 IR 77.

<sup>83</sup> CA Paris 21 mars 1997, D. aff. 1997 p.702.

<sup>84</sup> Com. 19 déc.1995, D. aff. 1996. 181 : « L'impossibilité de mettre en œuvre, du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, la clause de résolution d'un contrat, n'a été édictée que dans l'intérêt de l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaires pour permettre au débiteur autorisé par le juge-commissaire, à l'administrateur ou au liquidateur, d'exercer l'exécution des contrats en cours. »

## B ...Fondées sur l'exception d'inexécution

Le principe de la force obligatoire des contrats empêche que la volonté d'une seule partie puisse remettre en cause le contrat sauf si l'autre partie n'exécute pas ses obligations conformément audit contrat. En effet, aux termes de l'article 1184 du Code civil, « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. » Donc même en l'absence de clause résolutoire expresse, fondée sur l'exception d'inexécution, celle-ci joue, en vertu de cet article. Or cette disposition est contraire au premier objectif de l'article L 620-1 du Code de commerce puisque vraisemblablement un débiteur en difficulté ne pourra sans doute pas respecter les termes de son contrat notamment les échéances de paiement ; il serait ainsi trop facile pour les cocontractants de rompre leur contrat pour défaut de paiement. Donc la loi évince l'article 1184 ce qui constitue une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat. Toutefois, la neutralisation de l'exception d'inexécution ne joue que pour les inexécutions antérieures au jugement d'ouverture. En cas de continuation du contrat pendant la période d'observation, si celui-ci n'est pas correctement exécuté le cocontractant pourra de nouveau recourir à l'article 1184 du Code civil.

La législation des procédures collectives paralyse donc l'article 1184 du Code civil dans son article L 621-40 du Code de commerce qui dispose que « le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. » La jurisprudence<sup>85</sup> admet par application de cet article que les inexécutions autres que celles touchant au défaut de paiement d'une somme d'argent peuvent valablement donner lieu à une demande en résolution de la part du cocontractant. On comprend mal, au vu de l'objectif de la loi qui est de préserver les contrats utiles à l'entreprise, pourquoi cette même loi crée une distinction dans l'exception d'inexécution entre celle résultant du défaut de paiement d'une somme d'argent et les autres. Cette distinction n'est pas cohérente. Or précisément l'article L 621-28 al 5 ne reprend pas cette distinction car il dispose que « le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. » En

---

<sup>85</sup> Voir par exemple Com 3 avril 1990 Bull civ IV p. 73 n°111, D. 1991 somm. p. 1 obs. Derrida, relatif à la résiliation d'un contrat de concession.

conséquence, la doctrine majoritaire retient une paralysie générale de l'exception d'inexécution conformément aux fins de la réglementation des procédures collectives.

### *Paragraphe 2 Inefficacité de l'indivisibilité conventionnelle*

Selon l'article L 621-28 al 6 du Code de commerce, « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, **aucune indivisibilité** (...) ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. »

L'indivisibilité signifie que les parties ont entendu, par leur volonté libre, faire d'un contrat à exécution successive, échelonné dans le temps, une opération globale, indissociable. Ce texte écarte donc toute indivisibilité conventionnelle qui pourrait affecter la continuité du contrat par la simple volonté des parties. Le législateur confirme ici une jurisprudence de la Cour de cassation<sup>86</sup> qui avait rejeté la prétention d'un cocontractant qui refusait d'exécuter le contrat, dont le syndic demandait la poursuite, au motif que des loyers antérieurs à la période d'ouverture n'avaient pas été réglés alors que ces loyers étaient, selon lui, indivisibles de ceux postérieurs. L'objectif est d'éviter que l'administrateur judiciaire qui opte pour la continuation d'un contrat doive exécuter les prestations antérieures en raison du caractère indivisible de celles-ci avec celles postérieures, ce qui permettrait aux parties d'éluder l'article L621-40 du Code de commerce qui interdit le paiement par l'administrateur ou le débiteur des créances antérieures au jugement d'ouverture.

L'indivisibilité ne peut en aucun cas priver l'administrateur de son droit d'option à partir du moment où le contrat est en cours. Une clause contractuelle instaurant une telle indivisibilité remettrait en cause ce principe qui est d'ordre public.

Si la paralysie de l'indivisibilité conventionnelle est conforme aux objectifs de la loi, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une grave atteinte à la liberté contractuelle des parties puisque l'indivisibilité, qu'elles ont souhaité conférer à un contrat à exécution successive, se trouve neutralisée. La force obligatoire du contrat est donc altérée, ce dernier devant normalement être exécuté conformément à la volonté des parties.

---

<sup>86</sup> Com 22 janvier 1974, D.1974, 514 note Derrida et Com 20 juin 1977 D. 1977 IR 457 obs Honorat ; Com 17 juil. 1981, D. 1982 IR 193 obs. Honorat.

Outre cette indivisibilité conventionnelle, le texte doit couvrir également l'indivisibilité naturelle<sup>87</sup> définie comme tenant à la nature même de l'objet de l'obligation insusceptible d'exécution partielle<sup>88</sup>. On peut citer à titre d'exemple la continuité du compte courant imposée par un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1987<sup>89</sup> alors que celui-ci repose sur l'indivisibilité de ses articles.

Ainsi aucune clause contractuelle ne peut fonder la rupture d'un contrat en cours par le simple fait de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

## Section 2 Par le juge

Le juge intervient tout au long de la procédure. Il dispose d'importants pouvoirs. En ce qui concerne le domaine des contrats, en particulier, c'est lui qui détermine les contrats à céder dans le cadre d'un plan de cession, notamment. Il peut également octroyer des délais de paiement ce qui n'est pas sans incidence sur la force obligatoire du contrat. (§1) D'autre part, l'article L 621-25 du Code de commerce permet au juge-commissaire de procéder à une substitution judiciaire de garanties en cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté spéciale. (§2)

### *Paragraphe 1 Par l'octroi de délais de paiement*

Le juge peut octroyer des délais de paiement dans le cadre d'un plan de cession (A) et d'un plan de continuation. (B)

#### A Dans le cadre d'un plan de cession

Selon l'article L 621-88 al 3 du Code de commerce, en cas de cession de contrats au profit du repreneur, « ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire, **sous réserve des délais de paiement que le tribunal, le cocontractant entendu ou dûment appelé, peut imposer pour assurer la poursuite de l'activité.** »

---

<sup>87</sup> Pour MM. Derrida, Godé, Sortais op. cit. p. 263 n° 1586, l'indivisibilité naturelle n'est pas concernée par l'article L 621-28 al 6 du Code de commerce, elle peut donc jouer. Contra Montredon, Didier, M.H. Monsérié, Ripert et Roblot.

<sup>88</sup> F. Derrida, Rep. Civ., Indivisibilité.

<sup>89</sup> Com 8 déc 1987, D. 1988, jurisp., p. 52 note Derrida.

Le législateur permet au tribunal « d'imposer » des délais de paiement au cocontractant mais il s'agit d'une faculté en raison de l'emploi du verbe « peut ». Le tribunal a donc un pouvoir coercitif en la matière<sup>90</sup>. Les conditions dans lesquelles s'opère l'octroi de ces délais doivent être explicitées.

En premier lieu, il appartient au tribunal d'apprécier si l'octroi de délais de paiement au repreneur est utile. On peut d'ailleurs trouver surprenant, quant aux exigences requises pour choisir le plan de reprise le plus sérieux, que le tribunal puisse accorder des délais au repreneur pour le paiement de charges futures. En effet, on peut douter de la solidité financière et du sérieux du repreneur pour assurer le maintien de l'activité, si le tribunal estime que ce repreneur a besoin de délais pour remplir ses obligations pécuniaires à venir.

L'octroi de délais n'est pas de droit, il n'est en aucun cas automatique. Le tribunal doit apprécier son opportunité contrat par contrat et non pour l'ensemble des contrats cédés au repreneur. D'autre part, ces délais ne peuvent pas être demandés par le repreneur lui-même, le tribunal est souverain quant à leur nécessité. Par contre, l'octroi de ces délais doit être indiqué au cocontractant, celui-ci devant être impérativement « entendu ou dûment appelé » sous peine de nullité. Sa situation est donc plus favorable que celle du repreneur même si sa consultation n'est en aucun cas assimilable à un consentement. Il s'agit pour le tribunal d'apprécier les conséquences financières de ces délais pour le cocontractant.

Enfin, le tribunal apprécie l'opportunité d'accorder ces délais « pour assurer la poursuite de l'activité ». Cela démontre que le contrat est perçu à travers sa dimension économique et plus seulement comme un lien juridique. En conséquence, l'accord des parties n'est pas nécessaire dès lors que l'objectif de maintenir l'activité économique de l'entreprise est satisfait. Cet octroi de délais sans l'accord des parties est donc contraire au principe de l'autonomie de la volonté des parties mais également au principe de la force obligatoire du contrat. Le principe de l'intangibilité du contrat n'est pas respecté puisque ces échéances initiales sont modifiées sans l'accord des parties. Pourtant ces atteintes sont à nouveau justifiées par la finalité économique du contrat qui supplante la vision classique du contrat qui le considère comme un rapport personnel unissant deux individus. Ainsi l'exécution du contrat est modifiée unilatéralement et judiciairement.

---

<sup>90</sup> CA Montpellier 7 mai 1991 D. 1991 note Derrida : « Le terme « imposer » confère au tribunal le pouvoir d'apprécier souverainement l'exigence de soumettre le cocontractant à des délais de paiement sans qu'il soit nécessaire que le repreneur en fasse la demande. »

Il convient à présent de s'interroger sur la durée de ces délais. L'article L 621-88 al 3 du Code de commerce ne mentionne pas la durée de ces délais. Ce fut donc à la jurisprudence de se prononcer sur ce point. Elle n'est d'ailleurs pas unanime. Elle a rendu des décisions dans le sens de la défense du lien contractuel estimant que les délais octroyés ne devaient pas dépasser la durée du contrat convenue initialement par les parties.<sup>91</sup> D'autres décisions vont dans le sens de la conception économique du contrat, selon laquelle le respect de la durée initiale du contrat réduirait l'efficacité même de ce mécanisme. En somme, comme le souligne E. Jouffin<sup>92</sup>, il faudrait adopter une solution médiane alliant « la prise en compte cumulative de la nature du contrat, de la situation du créancier qui doit subir la charge de ces de ces délais et enfin des besoins inhérents à la poursuite de l'activité. »

## B Dans le cadre d'un plan de continuation

Lors d'un plan de continuation, le débiteur, redevenu *in bonis*, doit tout de même rembourser son passif dont il n'est pas déchargé. A cette fin, les créanciers peuvent lui accorder des délais et remises. Aux créanciers qui n'auraient pas accepté de faire de remises, le tribunal peut décider de leur imposer des délais uniformes de paiement<sup>93</sup>.

En d'autres termes, les créanciers qui n'ont pas accepté de faire de remises seront désintéressés totalement mais le tribunal peut néanmoins leur imposer des délais de paiement à défaut de pouvoir leur imposer de remises. Il s'agit ici d'une simple faculté comme dans l'article L 621-88 du Code de commerce. Mais si le tribunal impose des délais de paiement aux créanciers récalcitrants, ces délais doivent être les mêmes pour tous. Ce dispositif constitue une atteinte à la libre volonté du créancier qui doit accorder des délais contre son gré. De plus, le principe de l'intangibilité du contrat est mis à mal puisque l'exigibilité de la dette est reculée.

De même, si à première vue, le fait que ces délais doivent être uniformes pour l'ensemble des créanciers paraît conforme au principe de l'égalité des créanciers, en pratique ce principe n'est pas respecté. En effet, il n'est pas tenu compte de la situation individuelle de chaque créancier<sup>94</sup> ce qui aboutit à une solution inégalitaire car l'échéance initiale propre à

---

<sup>91</sup> Versailles 27 mai 1987, Rev. Proc. Coll. 1987, n°4 p. 78 obs. Soinne.

<sup>92</sup> E. JOUFFIN, op. cit. n°384.

<sup>93</sup> Article L 621-76 du Code de commerce.

<sup>94</sup> F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit. n° 326 et suiv. , qui donne un exemple chiffré.

chaque créance n'est pas prise en compte pour fixer la nouvelle échéance, celle-ci étant commune à tous les créanciers.

D'autre part, la durée des délais n'est pas limitée à la durée du plan, ce qui est très favorable au débiteur au détriment une nouvelle fois du cocontractant créancier. La seule limitation posée par l'article L 621-76 du Code de commerce est que « en ce qui concerne les créances à terme », les délais imposés par le tribunal ne peuvent être supérieurs à ceux « stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure. » Ces créanciers, qui sont souvent des cocontractants dont les contrats se poursuivent dans le cadre du plan de continuation, voient leur libre volonté altérée pour satisfaire les objectifs du plan de continuation qui sont le redressement de l'entreprise en premier lieu et le règlement du passif en second lieu.

### *Paragraphe 2 Par la substitution de garanties*

La loi du 25 janvier 1985 a instauré un mécanisme de substitution de garanties judiciaire pendant la période d'observation<sup>95</sup> et dans le cadre d'un plan de continuation<sup>96</sup>.

Dans le premier cas, l'administrateur, ou le débiteur, peut proposer aux créanciers la substitution, aux garanties que ces derniers détiennent, de garanties équivalentes en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège, au lieu de voir une quote-part du prix versée à la Caisse des dépôts et consignation. A défaut d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution.

Dans le second cas, si un bien grevé d'un privilège, d'un nantissement ou d'une hypothèque est vendu, une autre garantie peut être substituée à cette sûreté en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents. En l'absence d'accord, le tribunal peut ordonner cette substitution. Cette substitution consiste donc à remplacer une garantie par une autre présentant des avantages équivalents. Par garantie, il faut retenir la notion au sens large du terme c'est-à-dire un procédé juridique qui renforce les chances d'exécution d'un rapport d'obligation<sup>97</sup>.

Ainsi, ce n'est qu'à défaut d'accord des créanciers que les organes judiciaires, à savoir le juge-commissaire pendant la période d'observation ou le tribunal lors d'un plan de continuation, peuvent imposer une substitution de garanties. Cette substitution judiciaire dénature le contrat d'origine, puisqu'elle remplace une garantie, librement consentie par les

---

<sup>95</sup> Article L 621-25 du Code de commerce.

<sup>96</sup> Article L 621-80 du Code de commerce.

<sup>97</sup> MALAURIE et AYNES, Les sûretés, Cujas.

parties, par une autre et ce sans leur accord. Cela est attentatoire à la libre volonté des parties et à la force obligatoire du contrat puisque son objet est modifié.

Si ce mécanisme affecte la liberté contractuelle des parties, c'est dans le but de préserver les intérêts de l'entreprise. Cette substitution de garantie permet « en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque<sup>98</sup> » d'éviter que les fonds soient remis à la Caisse des dépôts et consignations<sup>99</sup> et profitent ainsi directement à la poursuite de l'activité qui a forcément besoin de liquidités.

Elle permet, dans le cadre d'un plan de continuation, d'éviter que le produit de la vente du bien grevé soit affecté au paiement des créanciers privilégiés. Le but de la substitution de garanties est donc de faire bénéficier directement l'entreprise des fonds issus de la vente d'un bien au détriment des créanciers privilégiés ou de leur immobilisation à la Caisse des dépôts.

Cette décision de substitution doit être motivée par les besoins de l'entreprise. Si le caractère judiciaire de cette substitution permet au juge de s'immiscer dans la sphère contractuelle en modifiant l'accord de volonté initial des parties c'est afin de concilier au mieux les intérêts en présence tout en faisant prévaloir l'intérêt de l'entreprise. La loi a tout de même encadré le pouvoir judiciaire. En effet, l'article L 621-25 du Code de commerce dispose que la substitution de garanties s'opère « en cas de besoin » donc pas discrétionnairement.

D'autre part, la sûreté substituée à celle initialement convenue doit être équivalente. La notion d'équivalence n'étant pas définie juridiquement, comment le juge doit-il appréhender cette notion ?

Prise dans son sens littéral, la notion d'équivalence signifie « qui a la même valeur<sup>100</sup>. » Doit-on entendre ici que la sûreté remplacée doit être équivalente juridiquement ou économiquement à la sûreté originaire ?

Si elle est équivalente juridiquement cela veut dire qu'elle aurait la même nature, les mêmes caractères que la première. Les possibilités seraient ainsi fortement limitées : par exemple, remplacer une hypothèque par une autre. Il semble que ce sens soit à rejeter. Quand on parle d'équivalence économique cela signifie que l'on retient l'équivalence des résultats.

---

<sup>98</sup> Articles L 621-25 et L 621-80 du Code de commerce qui débutent tous deux par ces termes.

<sup>99</sup> Article L 621-25 du Code de commerce.

<sup>100</sup> M.H. MONSERIE, thèse préc., n° 505.

Ce qui est recherché c'est la protection du créancier bénéficiaire de la sûreté. Cette protection doit être comparable avec la nouvelle garantie à celle qu'il avait auparavant. En pratique, il s'agira d'une équivalence relative et pas parfaite<sup>101</sup>.

Les recours ouverts contre cette décision de substitution sont un autre élément de protection du créancier contre l'éventuel arbitraire des organes judiciaires. L'article L 621-25 du Code de commerce dispose expressément que le recours contre l'ordonnance du juge-commissaire prononçant la substitution est portée devant la Cour d'appel donc la compétence du tribunal est ici exclue.

La doctrine<sup>102</sup> s'est demandée si un recours était possible contre une ordonnance refusant la substitution car l'article précité reste silencieux sur ce point. Des raisons d'opportunité l'ont conduit à considérer qu'une telle ordonnance était également susceptible de recours devant la Cour d'appel.

Contrairement à l'article L 621-25 du Code de commerce, l'article L 621-80 du même code est muet sur les voies de recours. Pour messieurs Derrida, Godé et Sortais, les voies de recours seraient les mêmes que celles admises contre un plan de continuation puisque la substitution de garanties est selon eux obligatoirement incluse dans le plan de continuation. En conséquence, l'appel de la décision arrêtant le plan ne serait recevable qu'à des conditions strictes et le créancier ne pourrait interjeter appel. C'est pour cela, qu'une autre partie de la doctrine<sup>103</sup> estime que le créancier, étant consulté par le tribunal, devient une partie à l'instance donc les voies de recours doivent lui être ouvertes. Ces auteurs estiment également, qu'il est tout à fait possible que la substitution de l'article L 621-80 du Code de commerce puisse être ordonnée par le tribunal dans une décision indépendante de celle qui autorise le plan de continuation. A l'appui de cette analyse, ils avancent l'article 100 du décret. Cet article précise que la substitution de l'article L 621-80 du Code de commerce est ordonnée par le tribunal devant lequel s'est déroulée la procédure redressement judiciaire. Ainsi tant que cette procédure n'a pas pris fin, la substitution peut être décidée par ce tribunal. Ces arguments semblent convaincants d'autant plus que maintenir un double degré de juridiction est protecteur des droits du créancier, droits qui sont suffisamment bafoués par la substitution qu'on peut lui imposer.

---

<sup>101</sup> D. POHE, *La substitution judiciaire dans la loi du 25 janvier 1985*, Rev. Proc. Coll. 1992 p. 245.

<sup>102</sup> F. DERRIDA, GODE et SORTAIS ; et D. POHE, op. cit.

<sup>103</sup> D. POHE et E. JOUFFIN.

Les objectifs de sauvegarde de l'entreprise et du maintien de l'activité soutendent l'ensemble de la réglementation de la procédure collective. Ainsi pour réaliser les objectifs de la loi, le législateur n'hésite pas à renier les principes classiques du droit des contrats pour maintenir coûte que coûte les contrats qui sont indispensables à la survie de l'entreprise.

La force obligatoire du contrat ainsi que l'autonomie de la volonté sont mises à mal chaque fois que cela est nécessaire pour l'entreprise. Les contrats utiles à l'activité du débiteur doivent être préservés. A ce titre, toute disposition du droit commun susceptible d'y porter atteinte est écartée.

Parallèlement, les contrats inutiles pour l'entreprise, en raison de ces difficultés, doivent être rompus rapidement donc facilement. Or certaines dispositions du droit commun doivent être neutralisées pour parvenir à cet objectif.

## **TITRE 2 Des atteintes afin de faciliter la rupture de contrats inappropriés**

Concurremment au maintien facilité des contrats utiles, il est logique que les contrats jugés inappropriés, inutiles pour l'entreprise soient rompus facilement afin de ne pas aggraver le passif de l'entreprise. A cette fin, la loi est une nouvelle fois dérogatoire du droit commun. Pendant la période d'observation l'administrateur peut donc remettre en cause un contrat un contrat jugé inutile à l'entreprise sans se plier aux conditions de l'article 1184 du Code civil relatif à la résolution judiciaire. (Chapitre 1)

D'autre part, la loi prévoit des cas de nullité pour des contrats conclus dans des conditions suspectes afin de détourner certains éléments d'actifs des rigueurs de la procédure, pour satisfaire des intérêts particuliers étrangers à l'intérêt de l'entreprise. Ces contrats ont été conclus par le débiteur antérieurement à l'ouverture de la procédure alors qu'il était déjà en cessation des paiements : il s'agit des nullités de la période suspecte. (Chapitre 2)

## **Chapitre 1 La remise en cause du contrat : une dérogation à la résolution judiciaire de droit commun**

La plupart des contrats comportent des clauses résolutoires. Mais, comme il a été vu précédemment, elles sont neutralisées dans le cadre des procédures collectives afin de ne pas permettre au cocontractant de rompre trop facilement un contrat jugé indispensable à la continuité de l'activité de l'entreprise. Par contre, l'administrateur mis en demeure de faire un choix, qui désire rompre un contrat superflu doit pouvoir le faire rapidement, en s'affranchissant de toute demande en justice contrairement à ce que dispose l'article 1184 du Code civil. (Section1)

Quant aux indemnités dues au cocontractant en raison de la rupture du contrat, la réglementation des procédures collectives leur réserve un sort particulier puisqu'elles sont considérées comme des créances antérieures au jugement d'ouverture, par conséquent, elles doivent être déclarées. (Section 2)

### **Section 1 Les contrats visés**

A compter de l'ouverture de la période d'observation, l'administrateur peut décider de ne pas continuer certains contrats qu'il juge sans intérêt pour l'entreprise. (§1) Par la suite, s'il s'avère qu'il ne dispose pas des fonds suffisants pour exécuter les contrats continués, il doit les rompre. (§2)

#### *Paragraphe 1 Les contrats non continués*

A partir de l'ouverture de la procédure collective, il appartient à l'administrateur, seul, de faire un choix sur les contrats de l'entreprise : les poursuivre ou les rompre. Si le cocontractant le met en demeure de faire ce choix il aura la possibilité de rompre le contrat implicitement (A) ou explicitement. (B)

#### **A Les contrats rompus implicitement**

La loi prévoit expressément le sort du contrat en cas de silence de l'administrateur : « le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur

restée plus d'un mois sans réponse<sup>104</sup>. » Cette résiliation de plein droit introduite par la loi du 10 juin 1994 met fin à une solution adoptée par le Cour de cassation dont l'opportunité était discutable. Elle avait affirmé que « du fait de la renonciation à la continuation du contrat, le cocontractant acquiert le droit de faire prononcer en justice la résiliation du contrat.<sup>105</sup> » Dès lors, le choix de la rupture revenait à l'administrateur mais il appartenait au cocontractant de le rendre effectif en demandant le prononcé de la résiliation en justice ou en invoquant le jeu d'une clause résolutoire<sup>106</sup>. En outre, cette solution met fin à un formalisme inutile. Elle constitue une exception au principe de la résolution judiciaire posée par l'article 1184 du Code civil<sup>107</sup>.

Désormais, en vertu de l'article 61-1 du décret du 27 décembre 1985 modifié, il appartient au « juge-commissaire [de] constater, sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit des contrats dans les cas prévus aux 1<sup>er</sup> et 3<sup>ème</sup> alinéas de l'article 37 (L 621-28) et à l'article 38 de la loi de 1985 (L 621-29) ainsi que la date de cette résiliation. » La présence judiciaire n'est pas totalement écartée mais la compétence est confiée au juge-commissaire, juge de la procédure collective et non au juge du contrat, juge de droit commun. D'autre part, le juge-commissaire n'a aucun pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la rupture, il se borne à constater que les conditions de celle-ci ont été respectées.

Le juge-commissaire peut être saisi par « tout intéressé » alors qu'auparavant seul le cocontractant pouvait exercer cette action. A présent, l'administrateur ou le débiteur (en cas de procédure simplifiée) pourront le saisir.

Il appartient au juge-commissaire de fixer « la date de la résiliation. » Vraisemblablement, la date retenue sera la date d'échéance du mois suivant la mise en demeure puisque le juge n'ayant qu'un pouvoir de constatation, il ne peut retenir la date du jugement ni a fortiori une date ultérieure. L'emploi du terme « résiliation » signifie que la rupture du contrat ne vaut que pour l'avenir.

Cette résiliation de plein droit profite au cocontractant qui, sauf en cas de contestation, n'a pas à demander la résiliation judiciaire de son contrat. Le non-respect des règles de droit commun de l'article 1184 du Code civil bénéficie en fin de compte au débiteur et au

---

<sup>104</sup> Article L 621-28 al 1 du Code de commerce.

<sup>105</sup> Com. 11 décembre 1990, D. 1991 IR 11 ; JCP éd. E 1991 I, 46, n° 14 obs. Cabrillac.

<sup>106</sup> A. Couret, J. Larrieu, F. Macorig-Vénier, C. Mascala, M.H. Monsérié, C. Saint-Alary-Houin, *La réforme du droit des entreprises en difficultés*, Montchrétien 1995.

<sup>107</sup> TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, les obligations* Dalloz 2000 n°631 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, PUF 2000 n°187.

cocontractant, ce dernier étant également pressé de rompre le lien contractuel qui l'unit à un débiteur défaillant.

## B Les contrats rompus explicitement

Comme il vient d'être vu, la loi du 10 juin 1994 qui a modifié l'article L 621-28 du Code de commerce, a prévu que le silence gardé par l'administrateur, mis en demeure, pendant plus d'un mois entraîne la résiliation du contrat de plein droit. Mais elle est curieusement restée muette sur le sort des contrats dont l'administrateur mis en demeure a explicitement fait savoir qu'il ne souhaitait pas les poursuivre.

Faut-il leur appliquer la même solution qu'en cas de refus tacite, à savoir la rupture de plein droit ou faut-il que la résolution soit demandée judiciairement, conformément au droit commun ?

En toute logique, et par souci de simplicité et de rapidité, il faut étendre la solution de rupture de plein droit au cas où l'administrateur fait savoir de manière explicite qu'il ne veut pas poursuivre le contrat et ce même s'il n'a pas été mis en demeure par le cocontractant. C'est cette solution qui a été retenue dans une réponse ministérielle<sup>108</sup> selon laquelle « la résiliation de plein droit trouve *a fortiori* à s'appliquer, sous réserve de l'application souveraine des tribunaux, lorsque l'administrateur, mis en demeure par le cocontractant, a expressément manifesté sa volonté de ne pas poursuivre le contrat. La loi nouvelle ayant notamment pour objectif de mieux protéger les créanciers et de simplifier la procédure, il serait en effet peu cohérent de soumettre le cocontractant à l'obligation de saisir le tribunal alors qu'il en est dispensé en cas de silence de l'administrateur. »

Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>109</sup> et une partie de la doctrine<sup>110</sup> retiennent l'autre solution à savoir que la renonciation au contrat par l'administrateur ne vaut pas par elle-même résiliation du contrat mais déclenche un droit pour le cocontractant de demander au juge de prononcer ou de constater la résolution conformément au droit commun, sans que l'administrateur puisse s'y opposer. Pourtant une juridiction du fonds<sup>111</sup> revient sur

---

<sup>108</sup> Rép. Min. à QE n° 8525, JO Sénat Q 1995 p. 1009.

<sup>109</sup> Com 11 décembre 1990, JCP éd. N 1991 II p. 242 ; Bull. Civ. IV n° 319, D. 1990 somm. p.10 obs. Derrida ; Com 13 octobre 1998 Act. Proc. Coll. 1998-11 n° 145 obs. J. Vallasan ; D. aff. 1998 p. 1846.

<sup>110</sup> A. LAUDE, *La non-continuation des contrats dans les procédures collectives*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, p. 117, P.U.A.M 1997.

<sup>111</sup> T. Com Chambéry 25 sept. 1998, RJDA 12/98 n° 1381 p. 1036.

cette opinion et prône au contraire de transposer la solution expressément prévue en cas de non-réponse de l'administrateur au cas où il renonce explicitement au contrat.

Finalement, la Cour de cassation a tranché la question dans un arrêt du 18 mars 2003<sup>112</sup>. Elle a aligné les effets de la renonciation expresse sur ceux de la renonciation implicite : elle entraîne la résiliation de plein droit du contrat non poursuivi. Elle précise en outre que cette résiliation n'a pas à être obligatoirement constatée par le juge-commissaire et que si l'administrateur renonce dans le délai d'un mois, la résiliation prend effet à la date de la réception du refus par le cocontractant. Cette prise de position est à approuver puisqu'elle uniformise la solution applicable en cas de non continuation du contrat ce qui est plus conforme à la sécurité contractuelle.

Une partie de la doctrine<sup>113</sup> préconise aussi de permettre à l'administrateur de résilier unilatéralement le contrat alors même qu'il n'aurait pas été mis en demeure de le faire. Actuellement la loi ne le prévoit pas mais cette possibilité est envisagée dans les propositions de réforme de la matière. Cela permettrait à l'administrateur de ne pas être tributaire de l'intervention du cocontractant et favoriserait la rapidité de la procédure. La jurisprudence a d'ailleurs rendu quelques arrêts qui vont implicitement dans ce sens.

## *Paragraphe 2 Les contrats continués puis non exécutés*

Selon l'article L 621-28 al 2, 3<sup>ème</sup> phrase, du Code de commerce, l'administrateur a un devoir de vigilance qui perdure après l'exercice de l'option. Sa mission ne se limite pas à ce droit d'option. S'il a opté pour la continuation du contrat à exécution ou à paiement échelonnés, il doit vérifier qu'il aura les fonds nécessaires pour « remplir les obligations du terme suivant. » A défaut, il doit « mettre fin » à ce contrat. L'article L 621-28 al 2 « impose à l'administrateur un véritable devoir de ne pas continuer les contrats qu'il n'est plus en mesure d'exécuter<sup>114</sup>. » Cette disposition institue un second droit de résiliation<sup>115</sup> qui est ouvert à l'administrateur si celui-ci se trouve dans l'impossibilité financière d'honorer le terme suivant

---

<sup>112</sup> Com. 18 mars 2003, Act. Proc. Coll. 2003-8, n° 96.

<sup>113</sup> M.J CAMPANA p. 12, *La résiliation de plein droit des contrats en cours*, in Continuation des contrats en cours et sort du bail dans le redressement et la liquidation judiciaires, Colloque C.R.A.J.E.F.E du 27 avril 1996, PA 1996 n° 82 p.11 et suivantes ; F. MACORIG-VENIER, *La rupture des contrats*, PA 6 sept. 2000 n°178 p. 21.

<sup>114</sup> F. MACORIG-VENIER, op.cit., n°30.

<sup>115</sup> B. BOCCARA, Procédures collectives et contrats en cours, JCP éd. E 1994 n° 38 p. 411.

du contrat. Cet article est favorable au créancier car c'est l'administrateur qui doit prendre les devants et rompre le contrat s'il s'avère qu'il ne peut remplir ses obligations. Le texte emploie le terme « mettre fin » donc le contrat serait résilié sans intervention judiciaire ni par le jeu d'une clause résolutoire.

Il semble qu'il faille lier l'alinéa 2 et l'alinéa 3 de cet article. Ce dernier disposant qu'en cas de défaut de paiement d'une somme d'argent et en l'absence d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, « le contrat est résilié de plein droit. » Le sort du contrat est donc le même que l'administrateur décide de sa rupture au moment de sa mise en demeure ou si, après avoir opté pour sa continuation, il n'exécute pas son obligation de paiement d'une somme d'argent. Le contrat est résilié de plein droit, résiliation qui peut être constatée par le juge-commissaire à la demande de tout intéressé en application de l'article 61-1 du décret de 1985.

En conséquence, il y aurait résiliation de plein droit des contrats à exécution instantanée quand le paiement n'a pu être effectué au comptant et dans les contrats à exécution successive lorsque l'administrateur est, en cours de contrat, dans l'impossibilité de faire face à ses engagements<sup>116</sup>. En pratique, ces résiliations de plein droit ne sont utiles que pour les contrats qui ne comportent pas de clause résolutoire de plein droit, ce qui est rare. En effet, l'arrêt ou la suspension des poursuites individuelles<sup>117</sup> ne joue que pour les créanciers antérieurs, le droit commun retrouve sa pleine efficacité pour les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture.

## Section 2 Le sort des indemnités de résiliation

Comme il est énoncé dans l'article L 621-28 al 5 du Code de commerce, « si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat, l'inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts dont le montant sera déclaré au passif au profit de l'autre partie. »

Par cet alinéa, modifié par la loi du 10 juin 1994, le législateur ouvre un droit d'indemnisation au cocontractant dont le contrat a été rompu par le jeu de l'option. Le législateur octroie la possibilité d'une indemnisation alors même que la rupture du contrat n'est pas fondée sur une inexécution mais résulte de l'ouverture d'une procédure collective à

---

<sup>116</sup> B. BOCCARA, op. cit., n°7.

<sup>117</sup> Article L 621-40 du Code de commerce.

l'encontre du débiteur<sup>118</sup>. Cependant certains auteurs<sup>119</sup> estiment au contraire, que l'indemnisation constitue une réparation de la rupture « fautive » de l'engagement contractuel. Cette indemnisation est facultative. Elle sera accordée, semble-t-il si la rupture du lien contractuel cause au cocontractant un préjudice suffisamment caractérisé.

La modification de l'article 40 par la loi de 1994 soumet ces indemnités à déclaration au passif de la procédure. Cet article dispose, dans son 3° dernière phrase, qu'en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice de la présente disposition.

Pourtant la rédaction de cet alinéa était susceptible de deux interprétations, à savoir les indemnités étaient exclues soit de la priorité de paiement dans son ensemble soit du 3° rang dans le classement interne des créanciers de l'article L 621-32. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 octobre 2002<sup>120</sup>, a clairement opté pour la première interprétation : « attendu que selon le premier de ces textes, [l'article L 621-32], les créances d'indemnités et pénalités subséquentes à la résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi sont exclues de la priorité de paiement instituée par ce texte. »

En d'autres termes, ces indemnités de résiliation sont désormais considérées comme des créances antérieures au jugement d'ouverture.

On aurait légitimement pu penser que ces indemnités constitueraient des créances postérieures puisque leur fait générateur est la rupture d'un contrat continué, qui s'est nécessairement réalisé après le jugement d'ouverture. C'est d'ailleurs cette solution qu'avait retenu la Cour de cassation dans arrêt du 3 mai 1994<sup>121</sup> en soumettant ces indemnités à l'article L 621-32 du Code de commerce.

Le législateur de 1994 a opté pour la solution opposée en ne faisant profiter de l'article L 621-32 du Code de commerce que les créanciers qui favorisent la poursuite de l'activité de l'entreprise grâce à leur participation. Pourtant, les contrats continués puis rompus ont réellement participés à la poursuite de l'activité. Les indemnités liées à leur rupture devraient donc relever de l'article L 621-32 du Code de commerce, ce qui était le cas avant la loi de

---

<sup>118</sup> E. JOUFFIN, op. cit., n°140.

<sup>119</sup> Ripert et Roblot, op. cit., n° 3055 ; P. PETEL, *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, JCP éd. N 1992 n° 18.

<sup>120</sup> Com. 15 oct. 2002, RTD com. anv.mars

<sup>121</sup> Com. 3 mai 1994 dict. perm. Diff. Entr., Bull. 121 p. 7683.

1994<sup>122</sup>. Leur exclusion de cet article se justifie eu égard à la finalité de l'article L 621-32 du Code de commerce mais aussi et surtout eu égard au premier objectif de la loi. Ces indemnités peuvent peser lourdement et inutilement dans le passif. Elles amoindriront les chances de redressement de l'entreprise si l'administrateur, ou le débiteur, devait les régler en priorité. D'autre part, les travaux parlementaires illustrent cette volonté d'écarter ce type d'indemnités de l'article L 621-32 du Code de commerce car « leur **nature** n'appelle pas qu'elles bénéficient d'une priorité de paiement<sup>123</sup>. » L'intérêt des cocontractants créanciers est primé par celui de la sauvegarde de l'entreprise. Leur créance est soumise à déclaration de leur part, sous peine de forclusion, au lieu d'en obtenir le paiement immédiat par le bénéfice de l'article L 621-32 du Code de commerce.

En conséquence, le cocontractant créancier doit déclarer ses indemnités (pénalités, dommages-intérêts ...) auprès du représentant des créanciers. Et, selon le nouvel alinéa 2 de l'article 66 du décret du 27 décembre 1985, « les cocontractants mentionnés à l'article 37 et 38 de la loi du 25 janvier 1985 bénéficient d'un délai supplémentaire d'un mois à compter de la notification de la décision constatant ou prononçant la résiliation pour déclarer la créance éventuelle résultant de ladite résiliation (...) »

Ces indemnités sont octroyées judiciairement. Quel est le juge compétent ? Le juge-commissaire ou le juge du contrat ? La doctrine est partagée sur ce point. Pour certains auteurs, le juge-commissaire doit rester cantonné aux pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 61-1 du décret à savoir constater la rupture du contrat et fixer sa date<sup>124</sup>. Pour d'autres<sup>125</sup>, le juge-commissaire ayant des compétences pour constater la rupture du contrat, la fixation des dommages-intérêts doit également relever de sa compétence. Cette position est cohérente et a le mérite d'être simple et rapide par le recours à un juge unique. Quant à la jurisprudence, on peut relever que la Cour d'appel de Paris<sup>126</sup> a exclu que le juge-commissaire puisse allouer une provision au bailleur et ordonner l'expulsion du preneur. Faute à ce jour d'un arrêt de la Cour de cassation prenant parti sur ce point, la controverse reste en suspens.

---

<sup>122</sup> Com. 30 mars 1993, RJDA 1993-10, p.717 n° 834 ; CA Paris 16 nov 1992, Rev. Proc. Coll. 1993.3 p. 405  
Ces décisions ont été rendues en matières de crédit-bail.

<sup>123</sup> Intervention Méhaignerie JU Déb. Ass. Nat. 25 nov 1993 p. 6263.

<sup>124</sup> M.J. CAMPANA, op. cit., n°9 ; F. MACORIG-VENIER, préc.

<sup>125</sup> M. H. MONSERIE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 131, p. 66.

<sup>126</sup> CA Paris 28 juin 1996, JCP éd. E 1996.

Afin de favoriser le redressement de l'entreprise pendant la période d'observation, la rupture des contrats inutiles à ce redressement est facilitée par rapport aux conditions de droit commun. Le cocontractant est avantagé car il se voit délié de son contrat rapidement mais au prix du non respect de certains principes de droit commun. Dans le prolongement de cette idée, certains contrats doivent disparaître parce qu'ils sont contraires à la philosophie de la réglementation des procédures collectives : ce sont les cas de nullités des contrats conclus pendant la période suspecte.

## **Chapitre 2 Les nullités de la période suspecte**

Un débiteur, pendant la période suspecte, période comprise entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture, est tenté de dissimuler de l'actif, d'organiser son insolvabilité par le biais de libéralités ou d'actes à titre gratuit afin de soustraire ces éléments des rigueurs de la procédure. Il peut également accorder des avantages à certains créanciers, avec lesquels il a des relations privilégiées, au détriment des autres, en payant des dettes non échues ou en consentant des sûretés. Ce sont ces craintes qui ont motivé le législateur à permettre la remise en cause des contrats qui ont été conclus pendant cette période dans le but exclusif de contrarier les finalités de la procédure. Cette possibilité était déjà prévue par la loi de 1967 dans ses articles 29 et 31 et elle a été reprise par la loi de 1985 dans les articles 107 à 110<sup>127</sup>. Cependant la philosophie des nullités de la période suspecte a évolué. En effet, sous l'empire de la loi de 1967, le syndic pouvait revenir, de manière facultative ou non, sur certains actes irréguliers antérieurs au jugement d'ouverture. Ces actes étaient sanctionnés par leur inopposabilité à la masse des créanciers et leur produit tombait dans le patrimoine de celle-ci afin de le reconstituer.

Il en est autrement sous l'égide de la loi de 1985. Désormais, ces actes sont sanctionnés par la nullité et le produit de ces actions tombe dans le patrimoine du débiteur, cela en raison de la nouvelle finalité de la loi qui est de reconstituer l'actif du débiteur et de la suppression de la masse des créanciers. Cette finalité est inscrite dans la loi : l'article L 621-

---

<sup>127</sup> Aujourd'hui codifiés aux articles L 621-107 à L 621-110 du Code de commerce.

110 dernier alinéa du Code de commerce dispose que l'action en nullité « a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur. »

Certains contrats conclus antérieurement au jugement d'ouverture sont ainsi menacés car ils constituent des entraves au redressement de l'entreprise.

Les fondements de ces nullités sont différents de ceux du droit commun des nullités. Ils sont animés par l'objectif de reconstituer l'actif du débiteur. (Section 1) Ces nullités sont par certains côtés proches de celles du droit commun mais elles s'en distinguent par d'autres en raison de leur finalité propre. Ces différences se concrétisent au niveau de leur mise en œuvre. (Section 2)

## Section 1 Des fondements différents de ceux de droit commun

Alors que la finalité de la nullité en droit civil<sup>128</sup> est de sanctionner les conditions de formation du contrat<sup>129</sup>, la finalité des nullités du droit des procédures collectives est différente<sup>130</sup>. Sont sanctionnés les contrats présumés frauduleux par rapport aux objectifs de la législation. En conséquence, le contrat peut être nul alors même qu'il a été valablement formé. D'autre part, les articles L 621-107 et 108 prévoient des cas de nullité autres que ceux du droit commun ce qui accroît les causes classiques de nullité. En raison de la finalité et des fondements particuliers de ces cas de nullité (§1), les nullités de la période suspecte sont des nullités *sui generis*. (§2)

### *Paragraphe 1 Le particularisme de ces nullités par rapport au droit commun*

Les conditions de mise en œuvre des cas de nullité de la période suspecte sont strictement encadrées par la loi. Il convient d'évoquer deux particularités par rapport au droit commun des nullités. Ces particularités constituent des exceptions au principe de l'autonomie de la volonté. Alors que le moment de la conclusion de l'acte litigieux est indifférent en droit civil, il est primordial ici pour pouvoir remettre en cause le contrat. (A) D'autre part, l'un des cas de nullité retient le déséquilibre économique<sup>131</sup> comme fondement de la nullité (B) alors que par principe, en vertu du dogme de l'autonomie de la volonté, le contrat est supposé

---

<sup>128</sup> Articles 1304 et 1338 du Code civil.

<sup>129</sup> Article 1108 du Code civil : est nul le contrat qui n'est pas valablement formé.

<sup>130</sup> Les cas de nullités sont posés aux articles L 621-107 et L 621-108 du Code de commerce.

<sup>131</sup> Article L 6211-107 2° du Code de commerce.

équilibré en raison de son acceptation, donc il n'y a pas de contrôle objectif de son équilibre<sup>132</sup> en droit commun.

#### A La prise en compte de la date de la conclusion du contrat

Pour pouvoir demander la nullité d'un acte sur le fondement de l'article L 621-107<sup>133</sup> ou de l'article L 621-108<sup>134</sup>, il faut impérativement que cet acte ait été conclu pendant la période suspecte, période qui court entre la date de la cessation des paiements et le jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. La date de conclusion du contrat est donc prise en compte, tel n'est pas le cas en droit civil. Ici, la date de passation de l'acte a une influence sur sa validité.

Le droit des procédures collectives déroge une nouvelle fois aux principes du droit des contrats. Alors que le droit civil fait reposer la nullité soit « sur des éléments inhérents au contrat lui-même (objet, cause du contrat), soit sur des éléments inhérents aux parties à l'acte (capacité, consentement) »<sup>135</sup>, le droit des procédures collectives fait reposer la nullité sur un élément externe au contrat et aux parties à savoir sa date de conclusion<sup>136</sup>.

Toute la question sera de prouver la date exacte de l'acte car bien évidemment le cocontractant prétendra qu'il aura été conclu avant la période suspecte.

Sous l'ancienne loi, la preuve des actes de commerce était libre comme c'est toujours le cas. Pour les actes civils, il fallait respecter l'article 1328 du Code civil. Cet article pose le principe selon lequel la date d'un acte ne peut être opposée **aux tiers** que si elle est devenue certaine du fait de l'enregistrement de l'acte, de la mort de l'une des parties, ou de la constatation de l'acte dans un écrit dressé par un officier d'état civil. Ainsi la masse étant considérée comme un tiers par rapport au débiteur, les actes civils sous seing privé ne lui étaient opposables que s'ils avaient date certaine avant la date de cessation de paiements.

Avec la loi de 1985 et la disparition de la masse, l'article 1328 du Code civil ne peut plus s'appliquer en raison du nouveau fondement de l'action qui est la reconstitution du

---

<sup>132</sup> A. BENABENT, Droit civil, les obligations, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd. n° 165.

<sup>133</sup> Cet article énumère limitativement les cas de nullités de droit.

<sup>134</sup> Article relatif aux nullités facultatives.

<sup>135</sup> E. JOUFFIN, op. cit., n° 514.

<sup>136</sup> A ce titre, le point de départ de la période suspecte diffère quelque peu entre l'article L 621-107 et l'article L 621-108. Le premier vise les actes conclus « depuis la date de cessation des paiements » donc l'incluant dans la période suspecte, et la second vise les actes « effectués après la date de cessation des paiements » donc l'excluant de la période suspecte. Par conséquent, les actes conclus le jour même de la cessation des paiements sont nuls au regard de l'article L 621-107 et valides au regard de l'article L 621-108.

patrimoine du débiteur, ce dernier étant partie à l'acte et non un tiers comme l'était la masse. En conséquence, nombre d'auteurs considèrent que les actes sous seing privé font preuves de leur date par eux-mêmes. Les demandeurs, à qui incombe la charge de la preuve, disposent de tous moyens pour y parvenir tant pour les actes de commerce bien sûr que pour les actes civils sous seing privé.

## B La nullité des contrats commutatifs déséquilibrés

L'article L 621-107 du Code de commerce sanctionne de nullité dans son 2° « tout contrat commutatif<sup>137</sup> dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie. » La nullité de ce type de contrat, déséquilibré au détriment du débiteur, se comprend aisément en raison de la faiblesse de sa contrepartie voire de son inexistence ce qui nuit à l'entreprise et aux créanciers.

Un contrat commutatif est déséquilibré dès lors que les obligations réciproques des parties sont sans rapport, sans commune mesure. Le déséquilibre doit être notable et au profit de l'autre partie. L'ampleur de ce déséquilibre économique relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Cette notion n'est pas sans rappeler celle de la lésion. En effet, « la lésion se définit comme un défaut d'équivalence entre les prestations.<sup>138</sup> » En droit commun, la lésion, qui est une erreur sur la valeur, n'est pas une cause générale de nullité des contrats. Seul un texte exprès peut prévoir un cas de lésion<sup>139</sup>. D'autre part, à partir du moment où le contrat comporte un aléa, la lésion ne peut être invoquée<sup>140</sup>.

Or, bien que ces contrats commutatifs déséquilibrés se rapprochent de la lésion, il faut les en distinguer. En effet, est nul « tout contrat commutatif » alors que la lésion est sanctionnée en droit commun dans certains contrats en vertu d'un texte<sup>141</sup>.

Ainsi en droit des procédures collectives, le déséquilibre économique est une cause générale de nullité des contrats conclus pendant la période suspecte contrairement au droit

---

<sup>137</sup> Un contrat est commutatif lorsque « chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce que l'on donne, ou de ce qu'on fait pour elle. » (Article 1104 al 1 du Code civil) Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire.

<sup>138</sup> A. BENABENT, op. cit.

<sup>139</sup> Article 1118 du Code civil.

<sup>140</sup> « L'aléa chasse la lésion. »

<sup>141</sup> Par exemple, la rescision pour lésion d'un contrat conclu par un incapable ( Article 1305 du Code civil ) ou la vente d'immeuble consentie pour un prix inférieur aux 5/12 de sa valeur réelle ( Article 1674 du Code civil ).

commun où c'est l'exception. Cela affecte par conséquent le principe de l'autonomie de la volonté. Mais encore une fois, cette solution est prise dans l'intérêt de l'entreprise afin de ne pas admettre une réduction injustifiée de l'actif du débiteur. Cette solution est conforme au fondement des nullités de la période suspecte.

A cette fin, le juge fait une intrusion dans la sphère contractuelle. Les parties vont le voir interférer dans le contrat afin de déterminer, au vu des obligations réciproques de chacune, si ces obligations sont ou non de niveau comparable.

## *Paragraphe 2 Une nullité « sui generis »*

Les nullités de la période suspecte sont des nullités *sui generis*. En effet, malgré des points communs avec l'action paulienne, les nullités de la période suspecte doivent en être distinguées. (A)

Les nullités de la période suspecte sont prévues par les articles L 621-107 et L 621-108 du Code de commerce qui différencient les nullités de droit c'est-à-dire celles prononcées automatiquement par le juge des nullités facultatives où le juge a un pouvoir d'appréciation quant à leur prononcé. Certains auteurs ont cherché à déterminer si ces nullités étaient des cas de nullités absolues ou relatives. En réalité, il s'agit de nullités *sui generis* car elles comportent des éléments communs avec la nullité absolue et avec la nullité relative. (B)

### A Une nullité distincte de l'action paulienne

L'action paulienne<sup>142</sup> permet aux créanciers d'attaquer les actes accomplis par le débiteur en fraude de leurs droits. Il doit s'agir d'un acte de nature patrimoniale et déséquilibré. La condition de fraude est nécessaire. Cependant la définition de la fraude a varié. En effet la jurisprudence<sup>143</sup> n'exige plus une « intention de nuire » mais considère que « la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité » suffit à caractériser la fraude. L'action paulienne est sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte frauduleux au créancier donc l'acte reste valable à l'égard des tiers.

Ce qui permet de rapprocher l'action paulienne et les nullités de la période suspecte c'est cette notion de fraude. Mais le caractère frauduleux est une condition nécessaire pour

---

<sup>142</sup> Article 1167 du Code civil.

l'action paulienne alors qu'il n'est pas requis en tant que tel pour caractériser une nullité de la période suspecte. En effet, l'action paulienne suppose un concert frauduleux entre le créancier et le débiteur alors que le caractère automatique des nullités de droit n'exige pas de prouver un quelconque élément frauduleux.

L'idée de fraude n'est cependant pas totalement exclue des nullités de la période suspecte, il y a une sorte de présomption de fraude surtout pour les nullités facultatives. La connaissance de la mise en cessation des paiements du débiteur laisse entendre que le créancier, au courant de cette situation, va tenter de se faire payer au plus vite car en tant que créancier antérieur son sort n'est pas favorable. L'idée de fraude, c'est-à-dire la volonté de contourner les rigueurs du droit des procédures collectives, est forcément sous-jacente.

L'élément qui permet réellement de distinguer l'action paulienne de la nullité de la période suspecte est leur sanction. Alors que sous l'empire de la loi de 1967, la sanction était la même à savoir l'inopposabilité, depuis la loi de 1985, les actes suspects relevant des nullités de droit ou facultatives sont nuls à l'égard de tous.

En somme malgré des points de convergence, il faut bien distinguer l'action paulienne des nullités de la période suspecte.

## B Les nullités de la période suspecte : à mi-chemin entre la nullité absolue et la nullité relative

La nullité en droit civil sanctionne les conditions de formation du contrat. On distingue la nullité relative de la nullité absolue. Le critère de distinction<sup>144</sup> repose sur le champ d'application que la règle inobservée était censée protéger. La nullité est relative si la règle méconnue protégeait un intérêt particulier, une partie au contrat. Dans ce cas, seul celui (ou ceux) qui était protégé par cette règle peut invoquer la nullité du contrat. Cette action se prescrit par cinq ans. Elle concerne les vices affectant une partie au contrat tel que le défaut ou le vice du consentement ou l'incapacité.

La nullité est absolue pour les cas où la règle méconnue était destinée à protéger l'intérêt général, l'ordre public. Elle peut ainsi être demandée par toute personne ayant un intérêt à agir c'est-à-dire qui peut tirer un avantage de la nullité. La nullité absolue concerne,

---

<sup>143</sup> Civ 1 14 fév 1995, D. 1996. 391 note Agostini.

pour la plupart des cas, des règles affectant le contrat lui-même tels que le défaut ou l'illicéité de sa cause ou de son objet. Elle se prescrit par trente ans.

Après avoir brièvement rappeler ces deux notions, il convient de qualifier les nullités de la période suspecte au regard de celles-ci.

Comme il a déjà été dit, les nullités de la période suspecte sont de deux ordres : des cas limitatifs de nullités de droit et des cas de nullités facultatives. Dans le premier cas, le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation. A partir du moment où les conditions sont réunies, le juge doit prononcer la nullité de l'acte. Tandis que dans le second cas, le juge apprécie, en fonction des circonstances de fait, s'il est opportun ou non de prononcer la nullité.

Cette distinction nullité de droit, nullité facultative n'est pas propre au droit des procédures collectives, elle est reconnue en droit civil.

Peut-on rapprocher ces types de nullités de l'un ou l'autre type de nullité classique à savoir la nullité absolue et la nullité relative ?

La première grande divergence entre les nullités de la période suspecte, qu'elles soient de droit ou facultatives, et les nullités classiques, est leur fondement. Les nullités du droit civil sont fondées sur un défaut de formation du contrat. Ici, leur fondement est qu'elles sont contraires à l'idée de redressement de l'entreprise car les actes qu'elles sanctionnent ont diminué l'actif du débiteur donc ont réduit les chances de sauver l'entreprise.

D'autre part, les nullités de la période suspecte protègent l'intérêt de l'entreprise par le biais de la reconstitution de l'actif du débiteur. Ainsi il s'agit d'un intérêt particulier, celui de l'entreprise, donc ces nullités se rapprocheraient de la nullité relative<sup>145</sup>. Mais la loi de 1985 considère l'intérêt de l'entreprise en tant qu'intérêt général, intérêt à l'ordre public économique. Cet intérêt dépasse l'intérêt particulier des créanciers ou du débiteur. Pris sous cet angle, les nullités de la période suspecte se rapprocheraient plutôt de la nullité absolue.

Concernant les personnes qui peuvent exercer ces actions, sous l'empire de la loi de 1967, seul le syndic pouvait les exercer. La loi de 1985 dans son article 110, devenu l'article L 621-110 du Code de commerce, a élargi les titulaires de l'action à différents organes de la procédure. Cet élargissement est cependant strictement limité aux personnes énumérées par

---

<sup>144</sup> Ce critère a été inspiré par Japiot (Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon, 1909) et Gaudemet (Théorie générale des obligations, Sirey, 1937).

<sup>145</sup> Sous la loi de 1967, l'intérêt protégé était celui de la masse des créanciers. Il s'agissait d'un intérêt particulier, privé.

l'article. En conséquence, l'action n'est pas ouverte à tout intéressé, ce qui l'éloigne de la nullité absolue.

On le voit, les nullités de la période suspecte sont bien des nullités *sui generis*. Elles ont des similitudes à la fois avec la nullité absolue et la nullité relative sans qu'il soit possible de les rattacher exclusivement à l'une ou à l'autre.

## Section 2 Mise en œuvre de ces nullités

Classiquement, après avoir précisé les conditions de mise en œuvre de ces nullités (§1) et la mise en exergue de leurs spécificités par rapport aux nullités du droit civil, il conviendra d'en étudier les effets. (§2)

### *Paragraphe 1 Conditions*

Certaines conditions sont communes aux nullités de droit et aux nullités facultatives (A) alors que d'autres relèvent de la spécificité de chacune. (B)

#### A Conditions communes aux nullités de droit et facultatives

Les actions en nullité relèvent de la compétence du tribunal qui prononce la décision d'ouverture de la procédure collective. Il convient de voir quels sont les titulaires de ces actions (1) et dans quel délai ils peuvent agir. (2)

##### 1. Les titulaires de l'action

« L'action en nullité est exercée par l'administrateur, par le représentant des créanciers, par le liquidateur ou par le commissaire à l'exécution du plan<sup>146</sup>. » Au monopole d'action du syndic succède un élargissement des titulaires de l'action. Toutefois, la liste établie par cet article est exhaustive. Ainsi ni le créancier ni le débiteur ne peuvent l'exercer<sup>147</sup>. La multiplication des titulaires de l'action permet de remettre en cause plus facilement les actes frauduleux accomplis pendant la période suspecte. Cela augmente les possibilités de reconstitution de l'actif et corrélativement les chances de poursuite de

---

<sup>146</sup> Article L 621-110 du Code de commerce.

<sup>147</sup> Le créancier étant représenté par le représentant des créanciers il ne peut intervenir à titre individuel sauf en cas de préjudice propre et distinct. Quant au débiteur il ne peut agir en vertu du principe nul ne peut se prévaloir

l'activité. La loi de 1985 tend à faciliter la remise en cause de ces contrats ce qui est en opposition avec le droit commun qui cherche à limiter autant que possible la nullité des contrats en raison de ses effets perturbateurs pour la sécurité contractuelle. Ainsi en droit des procédures collectives, un cocontractant de bonne foi et dont le contrat n'est pas affecté d'un vice dans sa formation peut le voir anéanti en raison de son caractère attentatoire au patrimoine du débiteur et de sa date de conclusion pendant la période suspecte. Sa liberté contractuelle est entachée par les possibilités accrues de remise en cause du contrat pour des motifs extérieurs à celui-ci.

## 2. Le délai de l'action

La loi est silencieuse sur le délai d'exercice de l'action. La doctrine<sup>148</sup> considère que l'action peut être introduite le temps que les titulaires de cette action demeurent en fonction. En conséquence, la durée de l'action n'est pas liée à la durée de la procédure. Elle peut survivre car le commissaire à l'exécution du plan, l'un des titulaires de l'action, reste en fonction jusqu'au paiement intégral du prix de cession, paiement qui est enfermé dans un délai de dix ans. Ce délai paraît long au regard de la sécurité contractuelle<sup>149</sup>.

La seule limite à la remise en cause du contrat est l'admission définitive de la créance. Cette décision de justice ayant autorité de la chose jugée interdit que son montant ou son existence soit remis en cause ultérieurement notamment par les nullités de la période suspecte<sup>150</sup>.

### B Conditions propres à chacune des deux types de nullités de la période suspecte

Il conviendra de distinguer entre les conditions attachées aux nullités de droit (1) et les conditions attachées aux nullités facultatives. (2)

---

de sa propre turpitude (*nemo auditur turpitudinem allegans*) ce qu'a rappelé la jurisprudence notamment dans un arrêt de 1993. (Com 5 oct. 1993, Rev. Proc. Coll. 1994 p. 256)

<sup>148</sup> Derrida, Godé, Sortais, op. cit., n°350 ; Ripert et Roblot, T II, op. cit., n°3111 ; Saint-Alary-Houin et Monsérié, jurisc. Com fasc. 2515 n° 31.

<sup>149</sup> A ce titre, E. JOUFFIN (op. cit. n°529) propose d'appliquer un délai de prescription de trois ans qui serait aligné sur celui prévu par l'article 33 al 3 en matière de nullité des actes passés en violation des règles d'administration contrôlées.

<sup>150</sup> Com 12 nov. 1991, D. 1992, somm. 183 obs. A. Honorat ; Com 14 oct. 1997, D. 1998 somm. p.96 obs. A. Honorat.

## 1 Conditions de mise en œuvre des nullités de droit

Il faut que l'acte litigieux entre dans l'énumération limitative de l'article L 621-107 et qu'il ait été accompli par le débiteur depuis la date de cessation des paiements. La preuve de la date de l'acte doit être rapportée par le demandeur à l'action<sup>151</sup>.

Bien que l'article L 621-107 ne le précise pas expressément, la plupart des auteurs<sup>152</sup> estime que le demandeur doit avoir un intérêt à agir. Autrement dit, l'acte doit être préjudiciable<sup>153</sup>.

Il convient de se demander qui est la victime de ce préjudice. S'agit-il des créanciers, du débiteur, de l'entreprise ? Sous la loi de 1967, la réponse n'appelait aucune discussion : l'action relevant du monopole du syndic, représentant de la masse des créanciers, dont le produit tombait dans le patrimoine de celle-ci, elle avait pour objet de réparer le préjudice subi par les créanciers.

Or avec la loi de 1985, la finalité de l'action est tout autre puisque son but est de reconstituer l'actif du débiteur et que son produit tombe logiquement dans le patrimoine de ce dernier. Le bénéficiaire de l'action semble être le débiteur. Ne pourrait-on pas considérer que le réel bénéficiaire est l'entreprise ? En effet, l'objet de l'action est de reconstituer le patrimoine du débiteur afin de permettre la poursuite de l'activité, qui est l'objectif premier de la loi de 1985. On pourrait également assimiler le débiteur à l'entreprise mais cela serait contraire à l'évolution de la législation en faveur de la séparation de l'homme et de l'entreprise. Ensuite, ce serait reconnaître que le débiteur, auteur de l'acte litigieux, puisse tirer profit de sa propre turpitude.

Il semble en tout état de cause que le bénéficiaire de l'action ne soit plus les créanciers mais plutôt l'entreprise, sans écarter complètement le débiteur puisque la notion d'entreprise, bien que très utilisée dans cette matière, n'a pas de reconnaissance juridique en tant que sujet de droit.

---

<sup>151</sup> *Supra*.

<sup>152</sup> Derrida, Godé, Sortais, op. cit., n° 349 ; Ripert et Roblot, op.cit. n°3131.

<sup>153</sup> L'article L 621-110 énonçant expressément que cette action a pour but la reconstitution de l'actif du débiteur, il induit, implicitement certes, qu'une atteinte a été portée à ce patrimoine (E. JOUFFIN, op. cit.)

## 2 Conditions de mise en œuvre des nullités facultatives

Concernant la date de l'acte pouvant être remis en cause au titre de cette nullité, l'acte doit avoir été accompli pendant la période suspecte, sachant que le jour de la cessation des paiements est compris dans cette période. Par contre, les actes à titre gratuit peuvent être remis en cause même s'ils ont été passés avant la période suspecte et cela en raison de l'absence totale de contrepartie qui constitue une grave atteinte au patrimoine du débiteur.

Tout comme pour les nullités de droit, il semble nécessaire que l'entreprise ait subi un préjudice<sup>154</sup>.

L'article L 621-108 pose une condition subjective : le tribunal peut prononcer la nullité de l'acte effectué par le débiteur pendant la période suspecte que si le bénéficiaire de l'acte avait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Mais il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si cette condition est remplie. Même si tel est le cas, ils peuvent ne pas prononcer la nullité de l'acte. Le juge a un véritable pouvoir discrétionnaire en la matière ce qui est source d'incertitude pour le cocontractant.

### *Paragraphe 2 Effets*

L'annulation de l'acte a pour effet de réintégrer dans l'actif du débiteur des biens ou des sommes d'argent. La nullité a un effet rétroactif. La situation des parties doit redevenir celle qui existait avant la conclusion de l'acte. C'est l'application du principe ce qui est nul ne peut produire d'effet<sup>155</sup>. L'acte nul est privé d'effet de manière définitive et à l'égard de tous. Il y a restitution réciproque des prestations.

La nullité produit ses effets *erga omnes* contrairement à l'inopposabilité. Ainsi l'anéantissement rétroactif de l'acte peut avoir des effets vis à vis des tiers notamment des tiers acquéreurs. Dans un arrêt du 3 février 1998<sup>156</sup>, la Cour de cassation a défini la portée des nullités de la période suspecte : « ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire

---

<sup>154</sup> Pourtant la Cour de cassation (Com 16 fév. 1993, Rev. Proc. Coll. 1994 p. 255 ; et Com 24 oct. 1995, RJP com 1996 p. 204) considère que « l'action en nullité ayant pour effet de reconstituer l'actif du débiteur en vue du maintien de l'activité et de l'emploi, le prononcé de la nullité prévue à l'article 108 n'est pas subordonnée à la constatation d'un préjudice subi par le débiteur ou par ses créanciers. » Malgré cette jurisprudence, différents auteurs (E.JOUFFIN, op. cit., n° 519 ; C. SAINT-HALARY-HOUIN et M.H. MONSERIE, jurisc. com. fasc. 2510 n° 94 et suivants) retiennent la nécessité d'un préjudice pour prononcer la nullité d'un acte sur le fondement de l'article L 621-108 et ce au nom du principe général pas d'intérêt, pas d'action.

<sup>155</sup> *Quod nullum est, nullum effectum producit.*

<sup>156</sup> Com 3 fév. 1998, D. 1999 jurisprudence p. 185 note Bénabent, JCP éd. G 1998 I 141 n°9 obs. Cabrillac.

obstacle aux conséquences, vis à vis des tiers sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée par les articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985. »

En somme, les nullités de la période suspecte affaiblissent les contrats et par la même la sécurité contractuelle. Alors que les nullités de droit commun sont fondées sur un vice dans la formation du contrat, ici des contrats valablement formés peuvent être remis en cause afin de reconstituer l'actif du débiteur pour satisfaire l'objectif économique de poursuite de l'activité de l'entreprise. Le droit commun cherche à préserver le lien contractuel, le droit des procédures collectives, au contraire, admet une remise en cause plus large des contrats.

Les mécanismes de droit commun sont donc utilisés mais détournés, adaptés aux spécificités de la matière.

Le droit des procédures collectives fait la part belle aux atteintes à la liberté contractuelle soit pour préserver les contrats nécessaires au maintien de l'activité soit pour faciliter la rupture de ceux qui constituent une charge inutile pour l'entreprise. Ces atteintes sont toujours justifiées par l'objectif légal de sauvegarde de l'entreprise<sup>157</sup>. Ces atteintes sont multiples, touchant la conclusion de contrat, sa circulation, son contenu qui peut être modifié sans le consentement des parties. Elles affectent également sa durée, son maintien forcé ou sa rupture, le changement de cocontractant.

Cependant, le droit des procédures collectives est par essence dérogatoire au droit commun. Il est un droit d'exception mais il ne déroge pas complètement au droit commun. En cela, les entorses qui lui sont faites sont nécessairement limitées et encadrées. Le législateur tente de trouver un équilibre entre les intérêts des parties en instaurant des atteintes tantôt à l'une ou à l'autre en fonction de ce qui est le plus favorable pour l'entreprise en difficulté. Malgré des atteintes à la liberté contractuelle, le droit commun est présent en droit des procédures collectives soit dans sa plénitude soit adapté aux particularités de la matière.

---

<sup>157</sup> Article L 620-1 du Code de commerce.

**DEUXIEME PARTIE :**  
**DES ATTEINTES LIMITEES.**

Il a été vu en première partie les entorses faites à la liberté contractuelle par le droit des procédures collectives. Ces atteintes sont multiples, de différents degrés touchant les parties au contrat, la fin ou la survie du contrat, son contenu, autrement dit, toutes les facettes de la liberté contractuelle.

Cependant, ces atteintes ne sont pas exclusives de toute liberté contractuelle. Le droit commun n'est pas annihilé, bien au contraire, il peut exister avec tous ces principes ou alors être quelque peu détourné, adapté aux besoins de la procédure collective. Cela résulte de l'adage *specialia generalibus derogant* qui signifie que la vocation de tout régime dérogatoire est d'écarter ponctuellement l'application du droit commun, et non pas de se substituer purement et simplement à elle<sup>158</sup>. Par conséquent, la liberté contractuelle trouve sa plénitude d'exercice à certains moments de la procédure et si altérations il y a, elles sont limitées et rendues nécessaires par la spécificité de la matière. Le droit des procédures collectives prend des libertés parce que précisément c'est un droit spécial qui a de ce fait des particularités que le droit commun, droit général par définition ne peut connaître. Reste que le droit des procédures collectives s'appuie sur les bases du droit commun et sur la théorie générale des obligations. (Titre 1)

La liberté contractuelle n'est donc pas totalement remise en cause. D'autant que les principes, sur lesquels elle est fondée, ont également été remis en question par le droit commun. L'autonomie de la volonté, dogme du contrat, a connu un certain recul au profit d'une nouvelle conception du contrat, plus économique. Le contrat est perçu désormais non seulement comme un lien de droit entre des parties mais comme un élément patrimonial, une valeur, un bien. Derrière le premier aspect du contrat, un acte juridique, se développe un aspect objectif, la valeur économique du contrat pour les parties. C'est une nouvelle vision du contrat, comme bien économiquement utile, ou pas, qui redessine les contours de la liberté contractuelle. Des éléments extérieurs aux parties, tel que le contexte économique, vont être pris en compte parce qu'ils ont une influence sur les parties. Le législateur et la jurisprudence prennent de plus en plus en considération le rapport de force qui peut exister entre les parties. Par exemple, le juge apprécie désormais le comportement des parties, sanctionne l'abus ; le législateur adopte des mesures d'ordre public de protection.

---

<sup>158</sup> C. BRUNETTI-PONS, *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD Com 53(4), oct.déc. 2000, p. 806 § 37.

Ainsi la logique économique est introduite dans les raisonnements civilistes<sup>159</sup> et affecte la liberté contractuelle. La théorie générale des contrats a été influencée par les droits spéciaux que sont le droit de la concurrence, le droit de la consommation et le droit des procédures collectives pour prendre en considération des éléments d'ordre économique en plus du principe de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat. (Titre 2)

## **TITRE 1 La résurgence du droit commun des obligations**

Le droit des obligations n'est pas absent du droit des procédures collectives. Dans certains cas il s'exerce pleinement (Chapitre 1) et dans d'autres il doit s'adapter afin de ne pas contrevenir aux particularismes de la procédure. (Chapitre 2)

### **Chapitre 1 La persistance du droit commun des contrats**

La liberté contractuelle retrouve son entière efficacité et se voit même renforcée pour les cocontractants dont le contrat est continué. (Section 1) Et, si la procédure débouche sur un plan de continuation, les contrats compris dans le plan relèvent du droit commun tout en devant respecter les modalités dudit plan. (Section 2)

#### **Section 1 Retour au droit commun pour les contrats continués**

Les contrats pour lesquels l'administrateur judiciaire a opté pour la continuation, se poursuivent selon leurs modalités initiales. (§1) La liberté contractuelle est donc respectée. En outre, en cas de non respect de ses obligations par l'administrateur, le cocontractant pourra exercer toutes les actions et voies de recours reconnues en droit commun. (§2)

---

<sup>159</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., p. 787 n° 5.

### Paragraphe 1 *Maintien des conditions initiales du contrat*

Le cocontractant qui s'est vu imposer la poursuite de son contrat va le voir continuer tel qu'il a été conclu originellement avec le débiteur, avec l'ensemble de ses clauses et accessoires. Ce principe est posé légalement par l'article L 621-28 du Code de commerce qui dispose que l'administrateur doit exécuter le contrat poursuivi « en fournissant la prestation promise. » La force obligatoire du contrat retrouve son plein effet puisque l'administrateur, ou le débiteur en cas de procédure simplifiée, ne pourra modifier unilatéralement le contenu du contrat<sup>160</sup>. La liberté contractuelle initiale, quant à la détermination autonome du contenu du contrat par les parties, est préservée. A ce titre, toute clause pénale<sup>161</sup>, clause compromissoire<sup>162</sup>, clause attributive de compétence<sup>163</sup> ou clause résolutoire de plein droit devront être respectées. De même que les sûretés attachées au contrat devront être maintenues.

Cette obligation du respect des modalités initiales du contrat s'impose aux deux parties.

Pourtant ce principe connaît une exception posée par l'article L 621-28 al 2 du Code de commerce. Cet alinéa a été modifié par la loi du 10 juin 1994 afin d'assurer au cocontractant une meilleure efficacité de l'exécution du contrat par l'administrateur. Il dispose que lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celle-ci doit se faire au comptant sauf obtention de délais auprès du cocontractant. Cet article introduit une déchéance du terme au profit du cocontractant. Les conditions initiales du contrat ne sont donc pas respectées totalement puisque les éventuels délais de paiement fixés originellement par les parties ne jouent pas<sup>164</sup>. Le législateur de 1994 a ainsi voulu compenser l'inconvénient pour le cocontractant du non-paiement des créances antérieures puisqu'elles sont soumises à déclaration au passif<sup>165</sup>. La liberté contractuelle et surtout la force obligatoire du contrat

---

<sup>160</sup> M.J. CAMPANA, *Les effets de la poursuite des contrats*, RJCom nov. 1992.55.

<sup>161</sup> Com 10 déc. 1991 Bull. civ IV n° 378.

<sup>162</sup> Com 12 fév. 1985 D. 1985 IR p. 281.

<sup>163</sup> Com 20 juin 2000, Act. Proc. Coll. n° 160.

<sup>164</sup> Redressement et liquidation judiciaires, Juriscl. Com.T 9, fasc 2335 n°99 *contra* P. DIDIER, *L'entreprise en difficulté*, PUF, 1999 p. 152. Selon lui, cet alinéa ne pose pas une déchéance du terme mais signifie « que l'administrateur doit payer sans retard à la date d'échéance prévue. »

<sup>165</sup> C. BRUNETTI-PONS, *op.cit.*, p. 793 §16 « Cette exigence du paiement comptant [...] est compensée par l'avantage de trésorerie lié à l'interdiction de payer les dettes antérieures. » Déb. Sénat avril 1994, JO p. 832.

retrouvent leur effectivité sous réserve de cette exception octroyée au profit du cocontractant<sup>166</sup>.

Le cocontractant va en outre bénéficier de la priorité de paiement instaurée par l'article 621-32 du Code de commerce, pour les créances nées régulièrement et postérieurement au jugement d'ouverture. Ainsi, alors même que pour les créances nées du contrat antérieurement au jugement d'ouverture, le cocontractant ne peut ni en réclamer le paiement ni exercer de poursuite ni invoquer l'exception d'inexécution, il voit sa situation largement favorisée en ce qui concerne les créances issues des contrats continués.

### *Paragraphe 2 Maintien du droit de poursuite individuelle*

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles ne concerne que les créances antérieures au jugement d'ouverture. Les créances issues du contrat poursuivi échappent à ce principe et relèvent du droit commun. Ainsi, si l'administrateur n'exécute pas conformément les obligations nées du contrat continué, les sanctions du droit commun ou celles contenues dans le contrat lui-même, peuvent être engagées immédiatement par le cocontractant<sup>167</sup>.

Il s'agit des dommages-intérêts, de l'exception d'inexécution, de la résiliation ou résolution du contrat<sup>168</sup>, de la mise en œuvre de voies d'exécution telle qu'une saisie. Le cocontractant retrouve toute sa liberté pour exercer ces actions sachant cependant qu'il ne peut en aucun cas invoquer les inexécutions antérieures au jugement d'ouverture comme fondement.

Les créances postérieures sont payées à leur échéance. Malgré l'ordre de paiement établi par l'article L 621-32 du Code de commerce, le paiement au prix de la course n'est pas paralysé de sorte que ce classement entre les créances postérieures est inutile. Chaque créancier peut librement exercer son droit de poursuite sans tenir compte de ce classement<sup>169</sup>. En somme, « *l'idée qui prévaut ici est que dès que leur contrat est continué, le cocontractant doit cesser de subir les contraintes du redressement judiciaire*<sup>170</sup>. »

---

<sup>166</sup> Il est à noter que le principe est tout de même assorti d'une exception. Le respect du contrat initial n'est donc pas total. Les dérogations sont soit au profit du débiteur, le plus souvent, soit au profit du cocontractant comme ici. Mais en tout état de cause, ces dispositions sont prises dans le dessein premier de tenir compte de l'intérêt économique de l'entreprise. Voir C. BRUNETTI-PONS, op.cit., p. 795 § 19.

<sup>167</sup> Par exception, le bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise ne peut être résolu avant le délai de deux mois suivant le jour d'ouverture du jugement. (Article L 621-29 du Code de commerce.)

<sup>168</sup> Com 16 mars 1999, PA 3 fév. 2000 n° 24 p. 20 note Ch. H. Gallet.

<sup>169</sup> Com 13 oct. 1998, JCP 1998 éd G IV 3326 ; Com 11 fév. 1997 RJCom juin 1998 n° 39.

<sup>170</sup> M.J. CAMPANA, op.cit., § 4.

A ce titre, tout manquement de l'une ou l'autre des parties à ses obligations contractuelles peut entraîner la rupture du contrat poursuivi. Le juge de droit commun sera alors compétent notamment le juge des référés<sup>171</sup>.<sup>172</sup> Cependant l'exception étudiée précédemment<sup>173</sup> connaît également une sanction particulière. En effet, si la non-exécution résulte du non-paiement d'une somme d'argent au comptant par l'administrateur alors, le contrat est résilié de plein droit<sup>174</sup>. Le juge ne pourra que constater la résiliation et pas la prononcer.

Le juge de droit commun retrouve sa compétence de principe en cas d'inexécution des prestations postérieures afférentes aux contrats continués<sup>175</sup>.

## Section 2 Retour tempéré du droit commun dans le plan de continuation

A l'issue de la période d'observation, le tribunal peut décider d'arrêter un plan de continuation si un projet de plan lui a été remis. Ce plan de redressement de l'entreprise est proposé par le débiteur lui-même. Le tribunal adoptera ce projet que s'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif<sup>176</sup>. Si tel est le cas, le débiteur reviendra à la tête de l'entreprise et sera libre de ces actes.

Aucune disposition légale ne traite du sort des contrats en cours en cas d'adoption d'un plan de continuation. Cependant certaines modalités spécifiques au plan de continuation affectent les contrats. A compter du jugement qui arrête le plan, la période d'observation est terminée et le droit commun retrouve application (§ 1) sous certaines réserves. (§2)

### *Paragraphe 1 Retour du droit commun...*

Le principe qui veut que les contrats en cours continués soient de nouveau régis par le droit commun concerne la période d'observation. Mais il vaut aussi pour le plan de continuation puisque dès son adoption, la procédure collective est clôturée et le débiteur redevient *in bonis*. Le débiteur retrouve toute sa capacité de gestion et de direction de l'entreprise. En conséquence, les règles de protection instaurées pour préserver l'actif de

---

<sup>171</sup> Com 25 janv 1994 JCP E 1994 p. 471.

<sup>172</sup> Lamy droit commercial, Redressement et liquidation judiciaires, n°2828.

<sup>173</sup> Voir le § 1.

<sup>174</sup> Article L 621-28 al 3.

<sup>175</sup> J. VALLASAN, Redressement et liquidation judiciaires, Litec 2000, p. 67.

<sup>176</sup> Article L 621-70 du Code de commerce.

l'entreprise et octroyer un répit au débiteur n'ont plus lieu d'être. Les dispositions exorbitantes du droit commun que sont la priorité de paiement<sup>177</sup>, la continuation forcée des contrats en cours<sup>178</sup>, le gel du passif<sup>179</sup>, la suspension des poursuites<sup>180</sup> n'ont plus de raison de se maintenir puisque l'entreprise est de nouveau *in bonis*.

Le passif né après l'ouverture du plan de continuation relève entièrement du droit commun. La priorité de paiement ne s'applique plus. La Cour de cassation l'a clairement énoncé dans un attendu de principe d'un arrêt du 3 avril 1990<sup>181</sup>: « Vu l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 ; - Attendu que ne sont pas soumises aux dispositions de ce texte les créances nées après le jugement arrêtant le plan de continuation de l'entreprise. » Ainsi les créances doivent être payées à leur échéance et les créances de somme d'argent n'ont plus à être payées comptant.

D'autre part, aucun texte ne fixant le sort des contrats dans le cadre d'un plan de continuation, il faut en déduire que l'article L 621-28 du Code de commerce est inapplicable. En effet, la continuation forcée des contrats a comme contrepartie la priorité de paiement, cette dernière ne jouant plus, sa contrepartie ne se justifie plus<sup>182</sup>. Le droit commun retrouve son empire de sorte que les parties doivent exécuter le contrat conformément à ses dispositions d'origine. Le cocontractant peut décider d'y mettre fin dans les conditions prévues par le droit commun ou par le contrat. Il peut exercer l'ensemble des voies de recours sachant qu'il ne pourra pas invoquer le défaut de paiement de sommes d'argent antérieur au jugement d'ouverture comme justification de rupture. Il ne pourra pas non plus saisir les biens déclarés inaliénables par le tribunal<sup>183</sup>.

Hormis ces réserves, la liberté contractuelle de chacune des parties retrouve entière application.

---

<sup>177</sup> Article L 621-32 du Code de commerce.

<sup>178</sup> Article L 621-28 du Code de commerce.

<sup>179</sup> Article L 621-24 du Code de commerce.

<sup>180</sup> Article L 621-40 du Code de commerce.

<sup>181</sup> Com 3 avril 1990, RTD com 1990, 497, n°3, obs. A. Martin-Serf.

<sup>182</sup> M.H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, p. 194 n°206.

<sup>183</sup> Voir *infra*.

## Paragraphe 2 ...dans le respect des modalités du plan

Le débiteur retrouve sa liberté de gestion sous réserve de respecter les dispositions du plan que le tribunal aura fixées. Ces modalités sont d'ordre économique, social et financier<sup>184</sup>. Ces mesures s'avèrent nécessaires à la réussite du plan. Un plan de continuation doit permettre de redresser l'entreprise et de régler son passif. Pour y parvenir le législateur a permis au tribunal de rendre certains biens inaliénables pendant une durée limitée (A) et surtout d'établir un échéancier en fonction des remises et délais accordés ou imposés aux créanciers. (B)

### A Inaliénabilité de certains biens

L'article L 621-72 du Code de commerce dispose que *le tribunal peut décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation*. Cette disposition a pour but de garantir l'exécution du plan<sup>185</sup>. Son objectif est d'éviter que le débiteur ne vende de l'actif nécessaire au fonctionnement et à la survie de l'entreprise afin de reconstituer de la trésorerie ou de céder son entreprise à un repreneur à moindre coût pour ce dernier. Il s'agit d'éviter le démantèlement de l'entreprise afin de protéger les créanciers antérieurs.

Cet article limite donc temporairement la liberté de disposition du débiteur sur certains de ses biens.

Parallèlement, ni les nouveaux créanciers ni même les créanciers de l'article L 621-32 ne pourront saisir ces biens. L'inaliénabilité entraînant en principe l'insaisissabilité<sup>186</sup>. Leur droit de poursuite est donc fortement limité.<sup>187</sup> La liberté des cocontractants-crédanciers et du débiteur n'est une nouvelle fois pas totale afin de préserver l'entreprise, objectif premier de la législation<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficultés...*, 5<sup>e</sup> éd., p. 340 n° 318.

<sup>185</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 3<sup>e</sup> éd., p. 545 n° 850. Cette inaliénabilité judiciaire est également prévue dans les plans de cession (article L 621-92 du Code de commerce.)

<sup>186</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *op. cit.*, p. 344 n° 322.

<sup>187</sup> A. LEBORGNE, note sous Civ.1 15 juin 1994 D. 1995. 342.

## B Respect des délais fixés par le plan

Le second objectif du plan, après la continuation de l'activité, est l'apurement du passif constitué antérieurement au jugement d'ouverture. La loi a fixé des modalités de règlement<sup>189</sup> auquel le passif né après l'ouverture du plan n'est pas soumis puisqu'il relève du droit commun.

Les créanciers antérieurs ont pu accepter les propositions de remises et/ou de délais<sup>190</sup> faites par le débiteur ou ont pu se voir imposer des délais de grâce uniformes, par le tribunal.<sup>191</sup> Ces délais conditionnent la réussite même du plan, ils doivent être impérativement respectés par le débiteur sous peine de résolution du plan et de sa mise en liquidation judiciaire<sup>192</sup>. Si le débiteur n'exécute pas ses engagements, de quelque nature que ce soit, dans les délais du plan, il encourt donc cette double sanction, à moins d'obtenir au préalable une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan par le tribunal<sup>193</sup>. Ces sanctions sont particulièrement graves d'autant que la liquidation judiciaire n'est pas subordonnée à la constatation de la cessation des paiements du débiteur. Elles ont un but dissuasif et garantissent l'exécution du plan et sa réussite.

La liberté contractuelle du débiteur n'est pas atteinte ici puisque même s'il est soumis au respect des engagements du plan, fixés par le tribunal, c'est lui qui est à l'origine de ces propositions. En effet, le débiteur est l'initiateur du projet de continuation. Seule la liberté contractuelle des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture et au plan est affectée par les éventuels délais qui peuvent leur être imposés par le tribunal. Quant aux créanciers nouveaux ils relèvent exclusivement du droit commun.

Le droit commun des obligations n'est donc pas totalement occulté par des dispositions dérogatoires. Il n'est pas entièrement exclu du droit des procédures collectives. Nous venons de voir qu'il peut retrouver pleine et entière application, toutefois, il peut connaître des ajustements afin de l'adapter aux spécificités du droit des procédures collectives.

---

<sup>188</sup> Article L 620-1 du Code de commerce.

<sup>189</sup> Article L 621-76 et suivants du Code de commerce.

<sup>190</sup> Article L 621-76 al 1 du Code de commerce.

<sup>191</sup> Article L 621-76 al 2 du Code de commerce.

<sup>192</sup> Article L 621-82 du Code de commerce.

<sup>193</sup> Article L 621-69 du Code de commerce.

## Chapitre 2 L'adaptation de procédés du droit commun

Le droit des procédures collectives a recours à des mécanismes issus du droit commun. Seulement, en raison de ses particularités, il doit les adapter aux circonstances caractéristiques auxquelles sont soumis le débiteur et ses cocontractants.

Ainsi, le droit commun offre la possibilité au juge d'accorder des délais de grâce au débiteur.<sup>194</sup> (Section 1) Le mécanisme de la compensation posé à l'article 1289 du Code civil est également utilisé par le droit des procédures collectives. (Section 2)

### Section 1 L'octroi de délais de paiement

L'intervention du juge dans le contrat n'est pas l'apanage du droit des procédures collectives. En droit commun également le juge peut modifier le terme du contrat sans le consentement des parties. Le droit des procédures collectives utilise ce mécanisme qu'il accommode quelque peu à sa matière. (§1) Quant aux effets liés aux délais de paiement, malgré des similitudes, il existe des différences instaurées par le droit des procédures collectives. (§2)

#### *Paragraphe 1 Les conditions des délais de paiement*

L'octroi de délais de grâce aboutit à repousser le paiement de la dette<sup>195</sup>. L'article 1244-1 du Code civil fixe le délai de grâce de droit commun. Il dispose que « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. » Il s'agit d'un ajournement judiciaire du paiement<sup>196</sup>.

Le juge peut ainsi reporter, sur autorisation légale, la date d'exigibilité fixée par les parties. Cette possibilité est une atteinte à la force obligatoire du contrat<sup>197</sup>. *Le juge se trouve investi, sous le couvert de l'octroi de délais de grâce, d'un pouvoir non négligeable de refaire*

---

<sup>194</sup> Article 1244-1 du Code civil.

<sup>195</sup> A. SERIAUX, *Réflexions sur le délai de grâce*, RTD Com 1993.789.

<sup>196</sup> B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil - Les obligations*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., p. 89 n° 192 et suivants.

<sup>197</sup> A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., p. 218 n° 304.

*les contrats*<sup>198</sup>. Le droit commun admet donc et ce de manière croissante, les altérations à la loi des parties. En effet, le domaine d'application des délais de grâce s'est élargi. Outre le délai de grâce traditionnel de l'article 1244-1 du Code civil, issu de la loi du 9 juillet 1991, il existe des délais de grâce particuliers en matière de logement, de surendettement. Les délais de grâce se multiplient, n'importe quel débiteur peut demander au juge l'octroi d'un délai de grâce en s'appuyant sur les termes généraux de l'article 1244-1<sup>199 200</sup>, article qui est d'ordre public<sup>201</sup>.

Le délai de grâce traditionnel a évolué. A l'origine du Code civil, le juge ne pouvait octroyer que des « délais modérés » et « en usant de ce pouvoir avec une grande réserve. » La loi du 9 juillet 1991, qui est le dernier remaniement que l'article 1244-1 ait subi, laisse un large pouvoir d'appréciation au juge. Même si sa liberté est encadrée par le fait qu'il doit prendre en considération la situation du débiteur<sup>202</sup> et les besoins du créancier. Le juge doit donc trouver le juste équilibre parmi les intérêts en présence<sup>203</sup>.

Le délai de grâce est également utilisé par le juge en droit des procédures collectives. Dans le cadre d'un plan de cession, le tribunal peut imposer des délais de paiement pour assurer la poursuite de l'activité.<sup>204</sup> Et dans le cadre d'un plan de continuation, le tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement, sous réserve, en ce qui concerne les créances à terme, des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure<sup>205</sup>.

Il s'agit bien d'un délai de grâce tel que celui prévu par le droit commun puisque le législateur permet au juge de repousser la date d'exigibilité d'une créance. Si le principe est le même il faut relever les différences qu'il existe entre le délai de droit commun et ceux du droit des procédures collectives.

Tout d'abord, la fin des délais dans le cadre d'un plan de continuation ou de cession est de permettre la poursuite de l'activité, c'est l'intérêt de l'entreprise et pas seulement celui des parties qui est recherché comme c'est le cas en droit commun.

---

<sup>198</sup> A. SERIAUX, op.cit., p. 798.

<sup>199</sup> A. SERIAUX, op. cit., p. 791-792.

<sup>200</sup> Notre étude se limitera au délai de grâce de droit commun de l'article 1244-1 du Code civil.

<sup>201</sup> Article 1244-3 du Code civil.

<sup>202</sup> Les juridictions du fond ont retenues deux critères pour apprécier la situation du débiteur. Il doit être « malheureux et de bonne foi » selon un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 29 nov. 1973, D. 1974 somm. 23.

<sup>203</sup> A. SERIAUX, op. cit., p. 796.

<sup>204</sup> Article L 621-88 al 3 du Code de commerce.

<sup>205</sup> Article L 621-76 du Code de commerce.

Ensuite, ces délais ne sont pas encadrés dans la limite de deux ans posée par le droit commun, sauf pour les délais accordés aux cautions personnelles personnes physiques<sup>206</sup>. En effet, les délais peuvent excéder la durée du plan de continuation,<sup>207</sup> sachant que la durée d'un plan peut aller jusqu'à dix ans<sup>208</sup>. Le législateur n'a pas prévu de limite dans le cadre d'un plan de cession.

Le droit des procédures collectives se sert de mécanismes de droit civil tout en les adaptant à ses particularités. Les effets attachés à ces délais de paiement sont également différents sur certains points entre le droit commun et le droit des procédures collectives.

### *Paragraphe 2 Les effets des délais de paiement*<sup>209</sup>

Par l'octroi de délais de grâce, le créancier de droit commun perd le droit de recourir aux voies d'exécution. Une fois le délai accordé<sup>210</sup>, les poursuites ne peuvent plus être exercées ou elles sont suspendues si elles étaient déjà engagées<sup>211</sup>. Dans le cas contraire, le débiteur peut faire annuler les actes d'exécution postérieurs et peut obtenir des dommages-intérêts. Par contre, rien n'empêche les autres créanciers d'exercer leur poursuite car le délai octroyé ne concerne qu'une dette précise et son créancier<sup>212</sup>.

L'article 1244-1 du Code civil dispose en outre, que les taux d'intérêts moratoires continuent de courir pendant le délai mais leur taux est devenu réductible<sup>213</sup>. Le législateur permet au juge de réduire le taux d'intérêt normalement applicable aux échéances reportées<sup>214</sup> sans être inférieur au taux légal. L'autre particularité est que les paiements peuvent s'imputer d'abord sur le capital or il est de principe, ailleurs dans le droit commun, que les paiements s'imputent en premier sur les intérêts. Il existe donc une dérogation au droit commun à l'intérieur du droit commun. Ce texte doit donc être interprété restrictivement.

Quand on compare ses dispositions avec celles du droit des procédures collectives on observe des similitudes certes mais surtout des divergences.

---

<sup>206</sup> Article L 621-48 al 2 du Code de commerce.

<sup>207</sup> Article L 621-76 al 2 du Code de commerce.

<sup>208</sup> Article L 621-66 du Code de commerce.

<sup>209</sup> Article 1244-2 du Code civil.

<sup>210</sup> Le point de départ du délai est le jour de la décision du juge si celle-ci est rendue contradictoirement (article 511 du NCPC) sinon au jour de sa notification.

<sup>211</sup> Article 1244-2 du Code civil.

<sup>212</sup> B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, op. cit.

<sup>213</sup> *ibid.*

<sup>214</sup> A. SERIAUX, op. cit., p. 799.

Tout d'abord, l'article L 621-40 du Code de commerce suspend ou interdit toutes les voies d'exécution tendant soit au paiement d'une somme d'argent, soit à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il prévoit dans son III la suspension des délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits.

Ensuite, l'article L 621-48 dudit Code prévoit que le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels ainsi que les intérêts de retard sauf pour les contrats de prêt d'une durée égale ou supérieure à un an et pour les contrats assortis d'un paiement différé inférieur à un an.

Ici l'arrêt des poursuites est la règle de même que l'arrêt du cours des intérêts sauf pour les exceptions énoncées ci-dessus. D'ailleurs, le jugement d'ouverture de la période d'observation n'emporte pas déchéance du terme de sorte que les délais de paiements précédemment octroyés par le droit commun sont maintenus.<sup>215</sup> Seule la liquidation judiciaire entraîne la déchéance du terme.

Un autre mécanisme issu du droit civil est utilisé par le droit des procédures collectives c'est celui de la compensation.

## Section 2 La compensation

La compensation<sup>216</sup> est un mode de paiement qui permet l'extinction de dettes réciproques à hauteur de la plus faible<sup>217</sup>. C'est un mécanisme de règlement reconnu par le droit commun. La compensation ne peut jouer en principe que si ses conditions légales, fixées aux articles 1289 et 1291 du Code civil, sont réunies, à savoir la réciprocité, la fongibilité, la liquidité et l'exigibilité<sup>218</sup>. Quand ces conditions sont présentes, le double paiement s'opère de plein droit, automatiquement. Si les conditions de liquidité et d'exigibilité font défaut, il est possible de recourir à la compensation judiciaire à condition qu'il y ait un lien de connexité

---

<sup>215</sup> *ibid* p. 801.

<sup>216</sup> Elle est définie aux articles 1289 et suivants du Code civil.

<sup>217</sup> J. F. MONTREDON, *La compensation de dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janvier 1985 ?*, JCP éd. G 1991 n°1 p.6.

<sup>218</sup> S. REIFEGERSTE, *La connexité de créances contractuelles : pour une approche juridique d'une condition originale de la compensation*, Petites Affiches, 4 avril 2000, n° 67 p. 6.

entre les créances<sup>219</sup>. La compensation judiciaire, contrairement à la compensation légale, est facultative.

La notion de connexité, qui ne figure pas dans le Code civil, a connu un large développement en droit des procédures collectives. En effet, la jurisprudence a admis dès les années 1970<sup>220</sup> la compensation de dettes connexes même si l'une des parties faisait l'objet d'une procédure collective, solution consacrée légalement en 1994.

Il n'était pas évident de permettre la compensation, mode de paiement, en droit des procédures collectives en vertu du principe de l'égalité de traitement des créanciers qui exclut que certains d'entre eux puissent réclamer leur dû et être désintéressés au détriment des autres. Ainsi, il est posé une interdiction de principe de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture<sup>221</sup>. Ce principe comporte des exceptions dont la compensation fait partie.

La jurisprudence a introduit la compensation en droit des procédures collectives<sup>222</sup> en adoptant une conception de plus en plus large de la notion de connexité, critère qui supplante les critères classiques de la compensation qui font défaut dans le cadre d'une procédure collective<sup>223</sup>. La jurisprudence a d'abord admis la connexité entre deux créances issues d'un même contrat<sup>224</sup> avant de l'admettre en cas de contrats distincts<sup>225</sup> mais issus d'un même contrat cadre<sup>226</sup>. Enfin, la jurisprudence a permis la compensation entre créances connexes nées « d'ensembles contractuels uniques.<sup>227</sup> »

Le législateur de 1994 a consacré cette jurisprudence et admet désormais la compensation de créances connexes dans le cadre d'une procédure collective à titre d'exception au principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures<sup>228</sup>.

---

<sup>219</sup> Soc 3 mars 1994, Bull. civ. IV n° 80 : « A défaut de lien de connexité entre les dettes réciproques existant entre un employeur et une caisse de Sécurité sociale [...] il n'y a pas lieu à compensation judiciaire entre elles. »

<sup>220</sup> C. BRUNETTI-PONS, *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collective*, RTD com. Oct. Déc. 2000, p. 783.

<sup>221</sup> Article L 621-24 du Code de commerce.

<sup>222</sup> Com 2 mars 1993, D. 1993. 426 note Pédamon.

<sup>223</sup> Tel est le cas du caractère exigible de la créance qui n'est pas rempli pour les créances antérieures en raison de l'interdiction des paiements et de la suspension des poursuites. Quant à condition de liquidité, elle est subordonnée à la déclaration, à la vérification et à l'admission de la créance.

<sup>224</sup> Com 19 déc. 1989, D. 1991. 60 note Sortais.

<sup>225</sup> Com 19 mars 1991, D. 1991.542 note Duboc, arrêt dit « des porcelets. »

<sup>226</sup> Com 5 avril 1994, D. 1995. 215 obs. Honorat.

<sup>227</sup> Com. 9 mai 1995, JCP éd. G 1995 II n° 22448.

<sup>228</sup> Article L 621-24 al 1 du Code de commerce.

*Il apparaît que l'admission du mécanisme de la compensation dans la procédure collective opère un retour au droit commun des obligations selon des modalités spécifiques adaptées à la situation des parties*<sup>229</sup>.

L'élargissement de la définition de la connexité permet à un plus grand nombre de créanciers d'invoquer la compensation qui est pourtant une exception au principe du non paiement<sup>230</sup>. Ainsi, le débiteur peut se voir imposer ce mécanisme issu du droit commun *malgré sa soumission aux dispositions théoriquement protectrices du droit des procédures collectives*<sup>231</sup>. Le législateur de 1994 a ainsi voulu rééquilibrer les relations entre le débiteur et ses créanciers après avoir observé que le sacrifice de ces derniers ne procurait pas les résultats escomptés au niveau du redressement des entreprises. Il instaure ainsi un renouveau de l'intérêt individuel des créanciers.

Le droit des procédures collectives, droit d'exception, s'affranchit nécessairement de certaines dispositions de droit commun qui sont incompatibles avec ses spécificités. Dès lors, soit le droit des procédures collectives est entièrement dérogatoire au droit commun soit le droit commun est sous-jacent mais adapté aux nécessités de la procédure.

Le droit commun peut aussi ressurgir complètement à certaines phases de la procédure. Le droit des procédures collectives n'est pas donc totalement exclusif du droit commun. Il influence même ce droit à évoluer, à s'adapter aux transformations de la société et des mœurs même si c'est de façon relativement lente.

La théorie générale du contrat est un bon exemple de l'influence que peuvent avoir les droits d'exceptions<sup>232</sup> sur le droit commun. Ainsi, la matière qui nous concerne a contribué à introduire des notions plus économiques que juridiques dans la conception du contrat ce qui a conduit à faire progresser sa conception traditionnelle.

---

<sup>229</sup> M.H. MONSERIE, *Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations*, in *Prospectives du droit économique, dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999.

<sup>230</sup> E. CADOU, *Justice privée et procédures collectives*, RTD com. Oct. Déc. 2000, p. 821, n° 39.

<sup>231</sup> *ibid*, n°23.

<sup>232</sup> Tels que le droit des procédures collectives bien sûr mais aussi le droit de la consommation ou le droit de la concurrence.

## TITRE 2 L'évolution de la conception classique du contrat

*Qui pourrait croire que, dans un monde où tout évolue à grande vitesse, seule la théorie générale des obligations resterait immuable ?*<sup>233</sup>

A coté du droit commun, se développe des droits jeunes et dynamiques parce que spécialisés, qui ont pour base le droit commun dont ils s'écartent partiellement pour l'adapter à leurs spécificités.

Le droit des procédures collectives est marqué par la double tendance à la spécialisation et à l'adaptation, qui en font un droit original et évolutif<sup>234</sup>. Il n'est pas sans influence sur le droit des contrats, il y a une nécessaire interaction entre ces droits puisque la sauvegarde de l'entreprise repose principalement sur son environnement économique et juridique composé des relations contractuelles nouées par l'entreprise<sup>235</sup>. Ainsi, la dimension économique de ce droit s'est immiscée dans la conception traditionnelle du contrat. Le contrat est perçu, par le droit de la faillite, comme un bien, *comme une valeur au service du redressement*<sup>236</sup> de l'entreprise. Cet aspect économique du contrat a dépassé le cadre des procédures collectives pour s'introduire dans la théorie générale du contrat et bouleverser la conception classique du contrat. (Chapitre 1)

Parce que le contrat est une valeur économique, les parties ont chacune intérêt, convergent ou divergent, à ce qu'il soit maintenu malgré l'ouverture de la procédure ou la cession de l'entreprise ou inversement qu'il soit remis en cause s'il devient un poids. (Chapitre 2)

---

<sup>233</sup> PH. LE TOURNEAU, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mélanges P. Raynaud, p. 249.

<sup>234</sup> M.H MONSERIE, thèse préc., n° 2.

<sup>235</sup> *Idem.*

<sup>236</sup> *Ibidem.*

## Chapitre 1 Une mutation sous influence du droit des procédures collectives

Le contrat est aujourd'hui bien plus qu'un lien de droit entre deux personnes. Il rayonne au-delà de son aspect premier purement juridique, sa dimension économique n'est pas à négliger surtout pour une entreprise en difficultés car il est l'élément de liaison indispensable entre l'entreprise et ses partenaires. *Le contrat est considéré, non plus seulement en lui-même, mais comme un fait social*<sup>237</sup> et économique. (Section 1)

Alors que les textes du Code civil relatifs aux contrats sont quasiment demeurés inchangés depuis 1804, il n'en est pas de même pour la théorie générale du contrat qui a largement évolué<sup>238</sup>. La mutation du contrat, opérée sous l'impulsion du droit des procédures collectives, a conduit à l'adaptation, à la transformation de la théorie générale, preuve de l'influence des droits spéciaux sur le droit commun. (Section 2)

### Section 1 La valeur économique du contrat

Plus qu'un lien juridique, le contrat est facteur d'échanges économiques. C'est cette dimension que le droit des procédures collectives a entendu mettre en avant. (§1) L'autre caractéristique propre à ce droit est sa législation, orientée vers la préservation de l'intérêt de l'entreprise en difficultés et pas seulement vers la sauvegarde de l'intérêt des parties. L'intérêt de l'entreprise est jugé supérieur à celui des parties parce qu'il concerne l'intérêt général. (§2)

#### *Paragraphe 1 La patrimonialisation du contrat*

Le droit des procédures collectives envisage le contrat sous un aspect plus économique que juridique, il devient un élément patrimonial de l'entreprise. (A) Cette conception a dépassé le cadre des procédures collectives pour être prise en considération par le droit commun des obligations. (B)

---

<sup>237</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 10.

<sup>238</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 15.

## A Le contrat, lien économique plus que juridique

En droit des procédures collectives, le contrat est perçu comme un *instrument juridique s'insérant dans un ordre économique qui le dépasse*<sup>239</sup>. C'est la loi du 25 janvier 1985 qui a retenu cette conception. L'aspect patrimonial domine désormais la procédure. Le contrat devient un bien pour l'entreprise. Il permet d'assurer l'activité de l'entreprise et donc son redressement, premier objectif de la loi<sup>240</sup>. C'est un instrument de circulation des richesses et c'est cet aspect qui prévaut dorénavant.

*Le contrat s'est affirmé comme exprimant une valeur et non pas simplement un vinculum juris.*

Certes le contrat reste un accord de volontés en vue de produire des effets de droit. Il demeure un lien juridique entre les cocontractants, un acte d'emprise sur le futur. Et, traditionnellement, il est gouverné par le principe de l'intangibilité pour assurer la sécurité juridique des parties. Or cette immuabilité se doit d'être quelque peu assouplie. La part d'imprévisibilité attachée au contrat, résultant de l'évolution de la situation des parties et des circonstances extérieures, économiques notamment, peut être appréhendée de différentes façons : soit le contrat reste totalement imperméable à tout changement soit il en tient compte et s'adapte afin de survivre, la difficulté étant de maintenir l'équilibre contractuel<sup>241</sup>. C'est vers la deuxième branche de l'alternative que le droit des procédures collectives s'est tourné<sup>242</sup>. Il ne peut ignorer le contexte économique et social dans lequel le contrat s'inscrit. *Le contrat entre en interaction avec l'ordre juridique dans lequel il s'insère*<sup>243</sup>.

C'est l'utilité du contrat pour l'entreprise qui amène à repenser le contrat comme un bien, un élément patrimonial et pas seulement dans sa dimension première, traditionnelle, de lien juridique. Les économistes du siècle des Lumières affirmaient déjà que l'utilité d'un objet n'est autre que sa valeur. Le contrat est moins un échange d'objets qu'un échange de valeurs<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> C. BRUNETTI-PONS, *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, p.783.

<sup>240</sup> Article L 620-1 du Code de commerce.

<sup>241</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit, n° 6.

<sup>242</sup> « Dès le droit romain, le contrat apparaissait comme la « juridicisation » des besoins et des activités économiques. » J.M PUGHON, *L'approche économique du contrat*, Droits, 1990 (12) 47, p. 53 et suivantes, n° 3.

<sup>243</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op. cit, n° 14.

<sup>244</sup> J.M PUGHON, op.cit., n°1.

Cette analyse a ensuite été reprise par les juristes pour reconsidérer le contrat dans une optique économique<sup>245</sup>. *L'utilité économique du contrat a trouvé son expression juridique dans la mise à jour d'un critère de nécessité*<sup>246 247</sup> en droit des procédures collectives. En effet, l'échange est la recherche du nécessaire. Mais ce critère est lui-même issu de la notion de cause, qui, envisagée économiquement, est l'expression de la transmission réciproque de valeurs<sup>248</sup>. C'est parce que le contrat constitue une valeur pour l'entreprise, valeur qui peut s'avérer nécessaire voire indispensable à la continuité de l'activité de l'entreprise en difficultés, que le contrat doit être préservé.

C. Brunetti-Pons<sup>249</sup> explique que cette nouvelle conception du contrat est accentuée par deux phénomènes. Tout d'abord, le rapprochement des notions de contrat et d'entreprise, engendré par la spécialisation des entreprises, la concentration par activité, font que l'entreprise est devenue « un agencement de contrats. » Ensuite, l'entrée de l'immatériel dans les relations contractuelles a contribué à ce phénomène. En effet, le développement d'Internet, de la signature électronique font que l'échange des consentements n'est plus l'élément fondamental du contrat puisqu'il s'opère virtuellement.

*Il en résulte une conception hybride du contrat, tiraillée entre sa dimension économique et sa qualité de lien juridique entre deux personnes*<sup>250</sup>.

Le contrat a pu être qualifié de *véritable entité contractuelle*<sup>251</sup> qui dépasse la volonté des parties, car une fois leur consentement donné, la volonté de l'une ne peut le remettre en cause, il s'impose aux parties. *Il est susceptible de se détacher de la personne des contractants ou de l'un d'eux, et d'être considéré de manière autonome, pour sa valeur économique, patrimoniale*<sup>252</sup>. A ce titre, la législation des procédures collectives pose des règles dérogatoires au droit commun<sup>253</sup> soit pour préserver ces contrats soit pour les rompre s'ils ne présentent pas un intérêt suffisant pour l'entreprise.

---

<sup>245</sup> *Idem.*

<sup>246</sup> C. BRUNETTI-PONS, op. cit., n° 22.

<sup>247</sup> L'article L 621-28 al 2 du Code de commerce qui utilise le terme de « nécessaire » ainsi que l'article L 621-88 limitant la possibilité de cession aux contrats « nécessaires au maintien de l'activité. » Ce critère de « nécessité » est à distinguer de la notion de nécessité employée en droit pénal.

<sup>248</sup> J.M PUGHON, op. cit., p.56, n° 2.

<sup>249</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n° 4.

<sup>250</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n°51.

<sup>251</sup> *Ibid*, n° 8.

<sup>252</sup> *Ibidem.*

<sup>253</sup> Voir la première partie de nos développements.

Le droit des procédures collectives, de part son rôle et la matière qu'il régit, ne peut rester indifférent à l'évolution économique qui est souvent à l'origine de la défaillance des débiteurs. Ainsi, il a introduit le facteur économique dans le contrat en le considérant comme un bien, une valeur, et a contribué à faire évoluer la théorie générale du contrat dans son ensemble, au-delà du cadre de la procédure collective.

## B La valeur économique du contrat retenue par le droit commun des obligations

Le droit des procédures collectives et la théorie générale du contrat ne sont pas étrangers l'un de l'autre. Comme tout droit spécial, le droit des procédures collectives a une influence sur le droit commun et notamment le droit des contrats.

Les confrontations du droit civil et du droit commercial sont sources d'enrichissements mutuels. Initialement, c'est le droit commercial qui a utilisé les règles et principes du droit civil. *Aujourd'hui, de nombreuses évolutions du droit civil sont dues au droit commercial en général, et au droit des procédures collectives en particulier*<sup>254</sup>.

L'analyse économique du contrat, retenue par le droit des procédures collectives, a permis d'introduire cette nouvelle conception en droit commun. Un exemple significatif de la prise en compte de la logique économique par le droit civil est la loi sur le surendettement des particuliers qui considère désormais<sup>255</sup> *l'endettement comme un paramètre déterminant de croissance collective et de prospérité individuelle*<sup>256</sup>.

Comme nous l'avons dit, le droit des procédures collectives utilise des dispositions issues du droit commun des contrats ou pose des règles dérogatoires mais dans un objectif commun celui de sauver les entreprises économiquement viables. Ainsi la législation des procédures collectives a comme fil conducteur l'utilité économique, toutes ses dispositions sont prises en considération de cet aspect.

Le droit commun des obligations cède le pas sur le droit des procédures collectives. Ce phénomène s'avère nécessaire pour que le droit commun, qui s'applique à défaut de d'une réglementation spéciale, suive les changements de l'économie, de la société. Si ce sont les droits spéciaux qui ont vocation à prendre des libertés avec les principes du droit commun, ces évolutions doivent servir à faire évoluer le droit commun pour qu'il soit en adéquation

---

<sup>254</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n° 5.

<sup>255</sup> Loi sur le surendettement qui a été modifiée par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion.

<sup>256</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n° 5.

avec la société dont il fixe les règles de comportements. Le droit commun des contrats a donc assimilé la dimension économique dans le contrat<sup>257</sup>.

*Cette approche économique apporte au droit commun des obligations davantage de souplesse dans la définition du régime du contrat<sup>258</sup>. Une nouvelle conception du contrat apparaît sans pour autant que la conception traditionnelle soit entièrement remise en cause.*

Une particularité du droit de la faillite est que l'intérêt de l'entreprise prime l'intérêt privé des parties afin de satisfaire les objectifs économiques que la loi a fixés.

## *Paragraphe 2 La protection de l'intérêt de l'entreprise avant l'intérêt particulier des cocontractants*

La législation relative aux procédures collectives a été instaurée en vue de sauver les entreprises susceptibles de l'être. L'intérêt de l'entreprise doit donc primer tout autre intérêt.

(A) Pour parvenir à cet objectif, le législateur a eu recours à différents moyens. (B)

### A La primauté de l'intérêt de l'entreprise

Par la fixation d'objectifs, qui sont la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif<sup>259</sup>, le législateur de 1985 a entendu faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise avant l'intérêt des créanciers.

La philosophie du droit des procédures collectives a largement évolué au fil des législations qui se sont succédées. Aujourd'hui, l'échec d'une entreprise n'est plus regardé comme l'échec de l'entrepreneur, c'est-à-dire d'intérêts privés, individuels. La défaillance d'une entreprise cause un trouble à l'ordre public économique. L'entreprise n'est pas un microcosme, elle ne s'appréhende pas seulement par elle-même mais par rapport à ses relations, son environnement économique et juridique. De sorte que toute défaillance aura nécessairement des répercussions, plus ou moins importantes, sur ses partenaires et sur l'économie en général.

En protégeant en premier lieu l'intérêt de l'entreprise, la loi entend préserver l'intérêt général. L'intérêt de l'entreprise, intérêt supérieur, prime donc l'intérêt particulier, privé.

---

<sup>257</sup> Nous reviendrons, dans la suite de nos développements, sur cette question quand nous aborderons l'affaiblissement du principe de l'autonomie de la volonté.

<sup>258</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n° 52.

<sup>259</sup> Objectifs qui ont été hiérarchisés par la jurisprudence.

Partant de là, l'ensemble de la législation en la matière a été construite afin de servir cet intérêt notamment pour ce qui nous intéresse, les dispositions touchant aux contrats.

En effet, *le contrat, instrument privilégié de liaison négociée des rapports d'affaires, ne s'accorde guère à l'idée d'une promotion exorbitante, unilatérale et forcée des intérêts de l'une des parties*<sup>260</sup> à savoir le débiteur. Les cocontractants du débiteur doivent ainsi se plier à une réglementation qui ne leur est pas favorable et qui accorde des avantages au débiteur pour préserver l'intérêt de l'entreprise. C'est pour cette raison que les règles relatives aux contrats sont la plupart du temps dérogoratoires au droit commun afin de satisfaire l'objectif supérieur de sauvegarde de l'entreprise. *Des impératifs supérieurs de continuité et d'utilité sociale contribuent ainsi à transformer le régime du contrat*<sup>261</sup>.

L'intérêt individuel doit céder devant des impératifs de groupe, de bien commun<sup>262</sup>. Mais cette prise en considération de l'intérêt général dans les relations entre particuliers ou professionnels porte obligatoirement atteinte à la liberté contractuelle.

L'intérêt de l'entreprise doit être protégé, différents procédés sont utilisés pour y parvenir.

## B Les moyens mis en œuvre pour défendre l'intérêt de l'entreprise

La protection de l'intérêt supérieur de l'entreprise se réalise par l'immixtion du juge dans la sphère contractuelle (1) et par la multiplication des règles d'ordre public. (2)

### 1 L'immixtion du juge dans le contrat

Le juge<sup>263</sup> tient un rôle central en droit des procédures collectives. Il s'apparente à un chef d'orchestre car il dirige l'ensemble de la procédure. Il a des pouvoirs très importants à tous les moments de la procédure notamment en ce qui concerne les contrats. Il décide de leur cession, il peut octroyer des délais de paiement, autoriser l'administrateur ou le débiteur à accomplir des actes autres que ceux liés à la gestion courante<sup>264</sup> ou à procéder à des licenciements économiques pendant la période d'observation<sup>265</sup>, rendre inaliénables certains biens dans le cadre d'un plan de continuation<sup>266</sup> ou opérer une substitution de garantie<sup>267</sup>.

---

<sup>260</sup> D. MARTIN, *La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire*, D. 1986 I doctrine p. 180 n°5.

<sup>261</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*,

<sup>262</sup> C'est cette idée, entre autres, qui est à l'origine du recul du principe de l'autonomie de la volonté. Voir *infra*.

<sup>263</sup> Nous retiendrons la notion générique du terme « juge » sachant qu'elle recoupe ici le tribunal de commerce (ou le TGI) et le juge-commissaire.

<sup>264</sup> Article L 621- 24 du Code de commerce.

<sup>265</sup> Article L 621- 37 du Code de commerce.

<sup>266</sup> Article L 621- 72 du Code de commerce.

L'intrusion du juge dans le contrat permet de concilier au mieux les intérêts des parties. Ainsi le juge-commissaire est chargé de veiller à la protection des intérêts en présence<sup>268</sup>. Selon E. Jouffin<sup>269</sup>, *seule l'action du juge est de nature à assurer une défense efficace de l'intérêt supérieur que constitue la sauvegarde des intérêts de l'entreprise, sauvegarde qui implique,[...], une certaine prise de liberté avec les principes contractuels.*

La tendance générale, que ce soit en droit commun mais surtout dans les droits d'exceptions tels que le droit de la consommation ou le droit de la concurrence, est à l'immixtion du juge dans les contrats. Il apprécie de plus en plus le comportement des parties, notamment quand il sanctionne l'abus. Grâce à ses nombreux pouvoirs en droit des procédures collectives, il se comporte plus comme une partie au contrat que comme un tiers à celui-ci puisqu'il peut en déterminer le contenu, le céder.

La législation relative aux procédures collectives est largement d'ordre public ce qui constitue l'autre moyen de protection de l'intérêt supérieur de l'entreprise.

## 2 L'extension des règles d'ordre public

L'ordre public est une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions.<sup>270</sup> C'est une norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles à la marche de l'économie, pour ce qui concerne l'ordre public économique<sup>271</sup>. L'ordre public économique s'applique à l'échange des biens et des services. On distingue l'ordre public de direction de l'ordre public de protection. Le premier concerne des règles aux moyens desquelles l'Etat entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale. Le second vise à rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel. L'ordre public a pour mission de résoudre des conflits d'intérêts.

Les règles d'ordre public sont le contre poids d'un libéralisme exacerbé où *les plus forts ont exploité les plus faibles et l'intérêt général a été souvent sacrifié aux intérêts particuliers*<sup>272</sup>. L'ordre public tempère le libéralisme. Il vise à imposer une certaine

---

<sup>267</sup> Article L 621-80 du Code de commerce.

<sup>268</sup> Article L 621- 12 du Code de commerce.

<sup>269</sup> E. JOUFFIN, op.cit., n° 354.

<sup>270</sup> Article 6 du Code civil.

<sup>271</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

<sup>272</sup> J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, n° 127.

conception de l'intérêt général<sup>273</sup>, de l'utilité publique : *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique*<sup>274</sup>.

La majeure partie de la législation relative aux procédures collectives est d'ordre public.

Le législateur a ainsi multiplié les règles impératives, auxquelles les parties ne peuvent déroger. Il s'immisce ainsi dans l'économie, par le biais de cette matière, non pas pour la diriger comme auparavant mais pour l'orienter afin qu'elle soit conforme à des principes relevant de l'intérêt général et pas de l'intérêt privé d'une certaine catégorie de personnes. Ici, sous couvert de dispositions impératives qui protègent à première vue le débiteur donc un intérêt particulier, le législateur entend protéger l'intérêt de l'entreprise qu'il estime supérieur. Le développement de l'ordre public économique se traduit parallèlement par le déclin de la liberté contractuelle. L'ordre public est une restriction de la liberté contractuelle car il existe au-dessus des intérêts particuliers des intérêts généraux que le pouvoir de la volonté ne saurait méconnaître.

L'intérêt premier de l'entreprise est donc préservé grâce aux normes impératives posées par le législateur.

Les atteintes à la liberté contractuelle en droit des procédures collectives sont réelles mais sont limitées à ce qui est nécessaire au redressement de l'entreprise puisque c'est l'intérêt de l'entreprise qui est recherché.

Par ailleurs, la détérioration de la liberté contractuelle n'est pas propre au droit des procédures collectives mais s'inscrit dans l'évolution de la théorie générale du contrat qui voit ses principes fondateurs reculés.

## Section 2 L'altération des principes directeurs du contrat

La théorie générale du contrat est gouvernée par différents principes dérivés de l'article 1134 du Code civil : le principe de la force obligatoire du contrat, du consensualisme, de la liberté contractuelle et enfin le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe est le principe fondamental, la clef de voûte de la théorie du contrat. Or il a été remis en cause. C'est le principe de base sur lequel repose la conception traditionnelle du contrat, conception

---

<sup>273</sup> J. GHESTIN, *idem*.

qui cède le pas sur une conception contemporaine du contrat attachée désormais à l'aspect économique de celui-ci<sup>275</sup>. Par conséquent, si la conception traditionnelle du contrat est en déclin, le principe de l'autonomie l'est également. (A) Une autre caractéristique attachée à certains contrats connaît également un affaiblissement, c'est le caractère *intuitus personae*. Alors que traditionnellement les contrats conclus *intuitus personae* pouvaient être rompus dès lors qu'une qualité de la personne cocontractante était modifiée, le droit des procédures collectives a contribué à ce que ce ne soit plus le cas. Il en a résulté une perte d'efficacité de ces contrats. (B)

### Paragraphe 1 L'affaiblissement du principe de l'autonomie de la volonté

La théorie générale des contrats a connu une évolution sous l'élan, notamment, du droit des procédures collectives. Elle a subi l'érosion de ses principes fondateurs, notamment du principe de l'autonomie de la volonté, à la suite d'atteintes législatives et jurisprudentielles. Le principe de l'autonomie de la volonté signifie d'une part que personne ne peut être engagée contre sa volonté et d'autre part, que chacun est libre de contracter à sa guise<sup>276</sup>.

L'évolution de la théorie générale du contrat s'est réalisée sous l'impulsion de facteurs économiques (A) et sociaux. (B)

#### A Par des facteurs d'ordre économique

Il est de tradition française que l'Etat intervienne dans les échanges économiques. Même si aujourd'hui cette immixtion est relativement limitée, elle n'est pas sans influence sur le contrat qui est le moyen par lequel se réalisent les échanges économiques. Ainsi le dirigisme contractuel réduit la liberté contractuelle<sup>277</sup>. *Au contrat librement voulu par les parties s'est substitué le contrat dirigé*<sup>278</sup>.

En droit des procédures collectives, ce phénomène se traduit par le fait que les dispositions prises pour assurer le respect du contrat ne sont pas motivées par les principes

---

<sup>274</sup> F. CHABAS, Leçons de droit civil, Monchrestien, 9<sup>e</sup> éd., Tome 2, 1<sup>er</sup> vol, p. 22.

<sup>275</sup> Voir *supra*.

<sup>276</sup> F. CHABAS, op.cit., p.20.

<sup>277</sup> B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, op.cit., n° 23 : *L'orientation de l'économie s'est faite aux dépens de l'autonomie de la volonté. Elle n'a pas eu pour objectif de supprimer la volonté en tant que facteur des contrats et des entreprises, mais de l'endiguer, de la canaliser, de manière qu'elle ne puisse dégénérer en anarchie ou en abus de toutes sortes.*

directeurs du droit commun des obligations mais par des considérations d'ordre économique<sup>279</sup>. Ces principes sont donc affaiblis, surtout celui de l'autonomie de la volonté et par extension celui de la liberté contractuelle. La volonté des parties ne serait plus le fondement du contrat à cause de l'interventionnisme étatique. Pour une partie de la doctrine, le contrat serait fondé sur des éléments objectifs tels que l'utilité économique *pour la satisfaction des besoins des membres du corps social, cette satisfaction ne pouvant être procurée qu'en conformité avec l'intérêt général*<sup>280</sup> ou la conciliation d'intérêts. Ce raisonnement est conforme à celui du législateur en droit des procédures collectives.

Cependant pour un auteur<sup>281</sup>, la volonté reste, même si son recul est indéniable, le seul fondement du contrat. L'opinion inverse<sup>282</sup> développée par J. Ghestin, soutient que l'autonomie de la volonté, dont la liberté contractuelle est le corollaire, *est subordonnée à la justice et à l'utilité publique*<sup>283</sup>. Il remet en cause le dogme de la volonté puisque son postulat de départ, l'égalité des parties, s'est révélé avec le développement économique inexact. Il substitue l'utile et le juste au dogme de l'autonomie de la volonté. Le contrat est économiquement utile, il est l'objet de la satisfaction des besoins des parties ce qui n'est pas le cas de la volonté qui se borne à déterminer les conditions de l'opération<sup>284</sup>. D'autre part, le contrat ne serait, toujours selon J. Ghestin, obligatoire que s'il est juste<sup>285</sup>. Le contrat doit être conforme à la justice commutative, *peu importe que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne*<sup>286</sup>. Ces fondements justifieraient le rôle croissant du législateur et du juge dans les relations contractuelles, animés par le désir de faire respecter ces principes supérieurs à la volonté. L'utile et le juste seraient les nouveaux principes fondamentaux de la théorie générale du contrat.

Il semble que ses deux théories soient trop extrêmes. Leur combinaison serait mieux à même d'appréhender l'état des fondements de la théorie générale du contrat à l'heure actuelle. L'autonomie de la volonté reste un principe fondateur du contrat mais elle est réduite par la prise en compte d'autres principes que sont le contexte économique et social, l'égalité, la justice, l'équilibre. Ces nouveaux principes issus des droits spéciaux, surtout du droit des

---

<sup>278</sup> C. LARROUMET, Droit civil Les obligations, Le contrat, Tome 3, Economica, 4ème éd, n° 121.

<sup>279</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n° 19.

<sup>280</sup> C. LARROUMET, op.cit., n° 134.

<sup>281</sup> C. LARROUMET, qui est en opposition sur ce point avec J. GHESTIN.

<sup>282</sup> Opinion développée entre autres par J. GHESTIN dans son traité de droit civil, op.cit.

<sup>283</sup> J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, chron., p.1.

<sup>284</sup> J. GHESTIN, op.cit., p. 4.

<sup>285</sup> On peut citer la célèbre formule de Fouillée, disciple de Kant: " qui dit contractuel, dit juste."

procédures collectives, enrichissent la théorie générale des contrats sans remettre totalement en cause ses principes fondateurs traditionnels.

Pour voir comment se combinent ces différents principes directeurs, il faut distinguer entre la conclusion et l'exécution du contrat. Lors de la conclusion, l'autonomie de la volonté est nécessairement présente<sup>287</sup> puis l'exécution du contrat échappe à la volonté des parties qui doivent remplir leurs obligations telles qu'elles ont été conclues originairement. C'est au moment de l'exécution du contrat que les nouveaux principes vont s'appliquer. Cependant, le principe d'intangibilité du contrat ainsi que la force obligatoire de celui-ci pourraient empêcher la prise en compte de ses principes mais ils sont également altérés parce que le contrat est devenu *un lien vivant entre les parties, il doit être susceptible d'évoluer dans la mesure où des impératifs supérieurs le commandent*<sup>288</sup>. Le contrat s'inscrit dans un milieu juridique, il n'est pas hermétiquement clos. De sorte que les principes contemporains de justice contractuelle, d'utilité économique, d'égalité affectent l'immuabilité du contrat. Le législateur ou le juge fera évoluer le contrat si l'un de ces principes, supérieurs à la volonté des parties, l'exige.

En somme, *la recherche et le respect de la volonté n'apparaissent plus comme une priorité absolue dans le régime du contrat, mais comme une quête subordonnée au respect de valeurs objectives supérieures*<sup>289</sup>. A la conception traditionnelle, subjective du lien contractuel, succède une conception objective.

## B Par des facteurs sociaux

*L'autonomie de la volonté était fondée sur une prétendue égalité des contractants*<sup>290</sup>. Or si l'égalité juridique est réelle, il s'est avéré, au cours du XIXe siècle, que l'égalité socio-économique entre les parties n'existait pas. Des liens d'interdépendance entre les parties sont inévitables. La partie dominante impose sa volonté, et libre à l'autre de contracter ou non avec elle<sup>291</sup>. Fort de cette constatation, le législateur doit intervenir pour encadrer ces inégalités de fait, et éviter ou sanctionner les abus. Il intervient pour rétablir l'équilibre contractuel, en

---

<sup>286</sup> J. GHESTIN, op.cit., p.6.

<sup>287</sup> Même pour les contrats d'adhésion, pour lesquels le contenu est déterminé par la partie « forte » au contrat, l'autre partie reste libre de conclure ou pas le contrat.

<sup>288</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 11.

<sup>289</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 23.

<sup>290</sup> F. CHABAS, op.cit., p. 20.

<sup>291</sup> Le contrat d'adhésion est un bel exemple de la rupture d'équilibre entre les parties.

dirigeant ou imposant les contrats. Il intervient également dans l'exécution du contrat, dispensant parfois le débiteur de remplir ses engagements<sup>292</sup>. La liberté contractuelle est donc réduite par le législateur. Dans cette optique s'est développée un ordre public contractuel de protection<sup>293</sup>. La morale a fait son entrée dans la conclusion et dans l'exécution du contrat. La justice contractuelle, la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie sont aussi des éléments qui ont influencé l'évolution de la théorie générale du contrat. Il s'agit de restreindre la liberté du plus fort pour plus d'égalité contractuelle<sup>294</sup>. L'intérêt social est favorisé au détriment de l'intérêt individuel. La conception contemporaine du contrat adopte l'idée d'une collaboration, d'une coopération entre les parties qui succède à la vision d'intérêts antagonistes des parties. On parle de fraternité contractuelle, *d'affectio contractus*.

Une nouvelle approche du contrat s'est développée. *Le lien contractuel tend peu à peu à substituer au conflit d'intérêts, l'union des intérêts*<sup>295</sup>. Le contrat serait fondé sur une conciliation d'intérêts, afin de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires basés sur la fraternité, la justice<sup>296 297</sup>. Ces principes sont présents en droit des procédures collectives puisque les sacrifices demandés aux cocontractants du débiteur le sont dans le but socio-économique de sauver une entreprise en difficultés par la prise en compte des intérêts du débiteur. L'exigence de fraternité contractuelle permet par exemple, au législateur et au juge, dans le cadre d'une procédure collective, en raison des difficultés du débiteur, d'octroyer des délais de grâce, *expression d'une compassion imposée au créancier*<sup>298</sup>.

Ces facteurs économiques et sociaux que nous venons de voir sont à l'origine de l'évolution de la théorie générale du contrat. Outre l'affaiblissement de ses principes directeurs, les conséquences du caractère *intuitus personae* dont sont dotés certains contrats, sont également en repli.

## *Paragraphe 2 La dégradation du caractère personnel du contrat*

---

<sup>292</sup> F. CHABAS, op.cit., p. 20.

<sup>293</sup> Voir *supra*.

<sup>294</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 25.

<sup>295</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 6.

<sup>296</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 2.

<sup>297</sup> On peut citer à titre d'illustration du principe de fraternité l'obligation d'information, de conseil.

<sup>298</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, op.cit., n° 31.

Certains contrats sont conclus en considération de la personne. Le caractère *intuitus personae* rend le contrat incessible, intransmissible car il est lié à la personne des contractants plus encore qu'un contrat « classique »<sup>299</sup>. La prise en considération des qualités de la personne, telles que la solvabilité ou la confiance, signifie que tout bouleversement ultérieur serait une cause de rupture supplémentaire par rapport aux causes traditionnelles. Le contrat est donc fragilisé.

En droit civil le caractère *intuitus personae* perd du terrain alors qu'il a tendance à se développer en droit commercial par exemple pour les réseaux de distribution avec les contrats de concession ou de franchise.

Paradoxalement, en droit des procédures collectives le caractère *intuitus personae* cède le pas devant le principe général de la continuation des contrats en cours. Si la loi n'a pas expressément précisé que l'article L 621-28 du Code de commerce s'appliquait aux contrats conclus en considération de la personne, la jurisprudence s'en est chargée dans un arrêt de 1987<sup>300</sup>. Il ne pouvait en être autrement en raison des objectifs fixés par le législateur. Le principe de la continuation des contrats doit être le plus général possible, il doit toucher tous les contrats à partir du moment où ils sont en cours et qu'ils permettent d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise y compris, donc, ceux conclus *intuitus personae*. D'autant plus que ces contrats se multiplient dans les relations d'affaires, les écarter du principe de continuation serait un handicap pour le redressement de l'entreprise.

Le caractère *intuitus personae* subit une grave atteinte. Cependant cette atteinte se justifie d'une part, pour atteindre l'objectif de sauvegarde de l'activité de l'entreprise, et d'autre part, par la nouvelle conception du contrat plus économique et moins attachée à la personne<sup>301</sup>. L'aspect juridique du contrat, lien de droit entre les parties, s'efface au profit d'un aspect patrimonial. Il est ainsi plus attaché à l'entreprise elle-même qu'au débiteur, d'où un recul du caractère *intuitus personae*. Ainsi, la considération de la personne, qui justifiait la rupture du contrat en cas de modification de ses qualités personnelles, perd son efficacité et n'empêche plus la continuité de ce type de contrats malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'une des parties. On pourrait soutenir alors que le caractère *intuitus*

---

<sup>299</sup> M.H. MONSERIE, thèse préc., n° 177.

<sup>300</sup> Com 8 déc 1987, D. 1988, 52, 2° espèce, note F. Derrida.

<sup>301</sup> E. JOUFFIN, thèse précitée, n° 364 : *Que l'on évoque une « patrimonialisation » ou bien encore, une « réification » du lien contractuel, on aboutit toujours à une mise à l'écart de la volonté des parties dès lors qu'est en jeu la survie de l'activité à l'occasion de laquelle a été initiée ladite relation.*

*personae* se reporte sur les qualités de l'entreprise mais se serait aller trop loin car la notion d'entreprise n'est pas reconnue juridiquement comme sujet de droit<sup>302</sup>.

L'aspect personnel du contrat peu développé en droit civil perd de sa valeur en droit des procédures collectives. Sa spécificité s'effrite alors même que ces contrats sont de plus en plus nombreux dans les relations commerciales.

Le droit des procédures collectives est incontestablement source d'évolution de la théorie générale du contrat. Il a participé à faire évoluer la conception traditionnelle du contrat vers une conception économique. Il a introduit à coté des fondements classiques du contrat des principes nouveaux.

Qu'on le déplore ou qu'on l'encourage, l'influence des droits spéciaux sur le droit commun est une réalité. Les interactions entre le droit des obligations et le droit des procédures collectives sont source d'enrichissements mutuels.

Certes cela aboutit à un morcellement du droit commun qui se modifie par voie d'exception, au gré de lois qui sont de moins en moins générales mais qui satisfont tel ou tel intérêt selon des considérations politiques ou des lobbys. On peut regretter qu'il n'y ait pas une refonte globale, plus cohérente que des modifications au coup par coup sans réflexion générale, sans une vision d'ensemble de la matière.

Si la liberté contractuelle est affectée par le droit des procédures collectives c'est à cause de l'intérêt économique que représente le contrat tant pour le débiteur et pour l'entreprise que pour le cocontractant. Ainsi la préservation de cet intérêt amène le droit des procédures collectives à prendre des dispositions particulières touchant au sort du contrat.

## **Chapitre 2 Les intérêts économiques attachés au sort du contrat**

Le contrat est un support d'échanges économiques. Les parties y trouvent chacune un intérêt sinon elles ne l'auraient pas conclu. Leur intérêt, d'ordre économique, peut être

---

<sup>302</sup> M.H. MONSERIE, thèse préc., n° 194.

divergent. Le débiteur ou l'administrateur devra conserver les contrats utiles au redressement de l'entreprise tandis que les cocontractants aimeraient se défaire d'un contrat conclu avec une personne qui connaît à présent des difficultés. Chaque contractant cherche à satisfaire son intérêt personnel, bien que nous ayons vu que la nouvelle conception du contrat intègre la notion de fraternité de sorte que chaque partie devrait se soucier, outre son propre intérêt, de celui de son cocontractant.

*Le contrat est maintenu ou sacrifié en fonction de paramètres d'ordre économique*<sup>303</sup>. L'intérêt recherché est prioritairement celui de l'entreprise, nous l'avons vu, mais il ne faut pas oublier l'intérêt du cocontractant ou du cessionnaire, dans le cadre d'un plan de cession.

Si *a priori* le cocontractant espère que son contrat ne sera pas poursuivi, il n'est pas exclu qu'il désire le continuer, et le législateur a pris des dispositions afin d'inciter des personnes à contracter avec le débiteur malgré ses difficultés. Quant au cessionnaire, il espère que les contrats qu'il estime nécessaires à la reprise lui seront cédés. (Section 1)

*A contrario*, les partenaires du débiteur trouveront un plus grand intérêt dans la rupture du contrat que dans son maintien. (Section 2)

## Section 1 Les intérêts de la continuité du contrat

Il appartient au seul administrateur de décider de continuer ou pas les contrats en cours. Les cocontractants sont donc soumis à ce choix. Alors que la plupart d'entre eux espèrent que l'administrateur choisira de rompre leur contrat, d'autres souhaitent inversement que leur contrat soit maintenu. (§1)

Dans le cadre d'un plan de cession, il appartient au tribunal de choisir les contrats qui vont être cédés. Le cessionnaire aura intérêt à ce que certains contrats continuent afin de reprendre l'activité dans les meilleures conditions possibles. (§2)

### *Paragraphe 1 Pour le cocontractant*

A partir du moment où l'administrateur a opté pour la continuation d'un contrat en cours, le cocontractant voit son sort s'améliorer en raison de sa participation, forcée, au

---

<sup>303</sup> C. BRUNETTI-PONS, op.cit., n°4.

redressement de l'entreprise. A ce titre, il bénéficie de la priorité de paiement de l'article L 621-32 du Code de commerce (A) et peut profiter du transfert de certaines sûretés. (B)

#### A Bénéfice de la priorité légale de paiement

Il est aisé de comprendre que les créanciers et cocontractants d'une entreprise deviennent prudents si l'entreprise rencontre des difficultés. Ils ne sont pas fervents à faire crédit à l'entreprise ou à maintenir leurs relations contractuelles. Pour pallier ce risque et « *appâter* » les fournisseurs de crédit<sup>304</sup>, une priorité de paiement a été instaurée au profit des créanciers postérieurs<sup>305</sup>. Ils peuvent exiger, dès l'échéance, le paiement intégral de leur créance<sup>306</sup>. Si tel n'est pas le cas, ils peuvent engager immédiatement tous les recours que leur offre le droit commun alors même que l'article L 621-32 du Code de commerce organise un classement entre créanciers.

Cette priorité de paiement se combine avec le paiement comptant des créances de sommes d'argent<sup>307</sup> des cocontractants dont le contrat a été continué. Ils savent qu'à la première difficulté, l'administrateur doit mettre fin au contrat, si au vue de la trésorerie, il sait qu'il ne pourra pas honorer la prochaine échéance. Le cocontractant est en droit de réclamer un paiement complet à l'échéance prévue, faute de quoi, s'il ne désire pas accorder de délai de paiement, le contrat sera résilié de plein droit. Cette rupture facilitée du contrat en cas de non paiement d'une somme d'argent est une disposition favorable aux cocontractants qui savent qu'au moindre problème la rupture du contrat sera souple. C'est une contrepartie à la continuité du contrat qui leur a été imposée.

Grâce à ces dispositions, créanciers et cocontractants sont plus enclins à rester partenaires de l'entreprise et à participer à son redressement.

#### B Bénéfice du transfert du contrat

Comme nous l'avons vu précédemment, le cocontractant du débiteur peut voir son contrat cédé contre son gré à un tiers reprenneur dans le cadre d'un plan de cession. Alors même que cette cession forcée empêche au cocontractant de choisir son cessionnaire, ce qui

---

<sup>304</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *op.cit.*, n° 208.

<sup>305</sup> Article L 621-32 du Code de commerce.

<sup>306</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *op.cit.*, n° 216.

s'avère fâcheux notamment pour les contrats *intuitus personae*, il se retrouve néanmoins avec un cessionnaire *in bonis*. Ainsi la cession d'un contrat ou d'un bien peut être une chance pour le cocontractant qui aura certes un nouveau cocontractant qu'il n'aura pas choisi mais il sera *in bonis* et mieux à même de remplir ses obligations. D'autant plus que pour les contrats d'une importance financière et économique conséquente, chacune des parties aura intérêt à ce qu'il soit cédé ou maintenu. En effet, la rupture de tout contrat, en particulier les « gros », signifie perte d'un client, de recettes et nécessite la recherche de nouveaux partenaires.

Par ailleurs, le cocontractant du débiteur, avec lequel il a conclu un contrat de vente d'un bien à crédit, garanti par une sûreté immobilière ou mobilière spéciale<sup>308</sup>, voit, en cas de cession du bien à un repreneur, sa sûreté également transférée. La modification de cette disposition en 1994 avait pour objectif d'augmenter la protection des créanciers bénéficiant d'une sûreté. En fait, il s'agit d'une transmission de créance entraînant celle des sûretés l'assortissant<sup>309</sup>. L'article L 621-96 alinéa 3 du Code de commerce constitue une garantie supplémentaire pour ces créanciers munis d'une sûreté spéciale, une sorte de garantie de deuxième degré<sup>310</sup>. Leur sûreté ne va pas être purgée, elle va être transmise en même temps que le bien.

## *Paragraphe 2 Pour le cessionnaire*

Le tribunal décide des contrats qu'il cède au repreneur. Il cède ceux qu'il estime *nécessaires au maintien de l'activité*<sup>311</sup>.

Il est évident que certains contrats sont plus importants que d'autres pour assurer la continuité de l'entreprise. Tel est le cas par exemple d'un contrat de concession ou de franchise. La cession de ce type de contrat est la condition *sine qua non* pour que la reprise de l'entreprise soit un succès. S'il est sûr que certains contrats sont plus indispensables que d'autres, la distinction se fait sur des critères économiques, quantifiables. Le choix est fait par le tribunal, aidé par l'avis du repreneur qui a en pratique un pouvoir beaucoup plus décisif que

---

<sup>307</sup> Article L 621-28 al 2 du Code de commerce.

<sup>308</sup> Article L 621-96 du Code de commerce.

<sup>309</sup> P. DUBOIS, G. TERRIER, *Réflexions sur l'article 93 alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985*, p. 289, n°14.

<sup>310</sup> *Idem*, n° 15.

<sup>311</sup> Article L 621-88 du Code de commerce.

ne le laisse entendre la lettre du texte de loi<sup>312</sup>. Parce que le contrat cédé doit être nécessaire à la reprise, le contrat s'affirme plus que jamais comme un bien qui doit circuler librement<sup>313</sup>.

Le repreneur profite alors de contrats qu'il n'a pas à renégocier puisque que ces contrats sont en cours, ils ont été conclus par le débiteur ou l'administrateur. Ils doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure<sup>314</sup>. L'avantage du choix de la cession par le tribunal est la rapidité et l'efficacité. En effet, la renégociation des contrats par le cessionnaire lui-même serait source de lenteur et le cocontractant pourrait lui imposer des conditions moins favorables<sup>315</sup> que celles qu'il avait conclues avec le débiteur. Le cessionnaire a tout intérêt à demander dans son offre de reprise les contrats qu'il aimerait se voir céder. Le tribunal doit tenir compte de son avis.

Le cessionnaire voit mieux que quiconque l'intérêt économique que peut avoir un contrat. S'il en demande la cession c'est pour son intérêt économique. La dimension juridique du contrat disparaît.

S'il existe des intérêts dans la poursuite des contrats il y en a aussi dans leur rupture.

## Section 2 Les intérêts de la remise en cause du contrat

Que ce soit le cocontractant du débiteur (§1) ou le cessionnaire (§2), l'un et l'autre, peuvent avoir intérêt à ce que leur contrat ou certains d'entre eux, ne soient pas poursuivis.

### *Paragraphe 1 Pour le cocontractant*

Une personne qui a conclu un contrat avec une autre, mise par la suite en redressement judiciaire, souhaitera que son contrat soit rompu au plus vite. Pourtant, sa situation comme créancier est plus défavorable avant l'ouverture de la procédure qu'après. En effet, les créances antérieures ne peuvent faire l'objet d'un paiement<sup>316</sup> après le jugement d'ouverture de la procédure, elles sont soumises à déclaration. S'ajoute à ce principe, l'interdiction et la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Par contre les créances postérieures relèvent du droit commun et sont même davantage protégées puisque les créances de sommes d'argent issues d'un contrat continué sont payées comptant,

---

<sup>312</sup> *Idem.*

<sup>313</sup> E. JOUFFIN, thèse préc., n° 350.

<sup>314</sup> Article L 621-88 du Code de commerce.

<sup>315</sup> Redressement et liquidation judiciaires, cession de l'entreprise, Lamy droit commercial, n° 3390.

quant aux autres créances nées régulièrement et postérieurement au jugement d'ouverture, elles sont payées à leur échéance<sup>317</sup>.

En somme, la législation pousse les cocontractants à la vigilance car dès qu'ils perçoivent les premières difficultés chez leur partenaire, ils ont intérêt à réclamer leur dû tout de suite voire à rompre le contrat et ce avant que leur cocontractant soit en cessation des paiements et qu'une procédure soit engagée, sinon ils seront confrontés au gel du passif antérieur. C'est pour ces raisons que le législateur de 1994 surtout, a tenté de réajuster la situation des créanciers antérieurs et de trouver un équilibre entre créanciers antérieurs et postérieurs.<sup>318</sup>

### *Paragraphe 2 Pour le cessionnaire*

Le cessionnaire ne souhaitera pas récupérer l'ensemble des contrats en cours. Certains risqueraient d'entraver la reprise de l'activité de l'entreprise au lieu de la favoriser. Il fait alors des propositions parmi les contrats susceptibles d'être cédés à savoir les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services<sup>319</sup>.

Les sûretés éventuellement attachées aux contrats cédés ne sont en principe pas transférées sauf celles garantissant le remboursement d'un bien acheté à crédit. Or cette disposition<sup>320</sup> peut avoir de lourdes conséquences financières pour le repreneur qui devra prendre à sa charge le remboursement du crédit qui s'ajoute au prix de cession. En effet, pour le cessionnaire cela correspond à une charge pécuniaire supplémentaire, non pas le transfert de la sûreté elle-même, mais le remboursement du crédit qui a financé le bien qui lui a été cédé. C'est pourquoi le législateur a permis, alors même que cet article est d'ordre public, que le cocontractant et le cessionnaire puissent conclure un accord prévoyant une réduction du montant des échéances. Pour ce type de contrat il est légitime de penser que le repreneur évitera d'en demander la cession à moins bien sûr que la réussite de son projet de reprise en dépende.

---

<sup>316</sup> Sauf les exceptions posées par l'article L 621-24 du Code de commerce.

<sup>317</sup> Article L 612-32 du Code de commerce.

<sup>318</sup> Sachant qu'un même créancier peut être à la fois créancier antérieur et postérieur, par exemple si son contrat a été poursuivi.

<sup>319</sup> Article L 621-88 du Code de commerce.

<sup>320</sup> Article L 621- 96 al 3 du Code de commerce.

## CONCLUSION

La liberté contractuelle est indéniablement ébranlée par le droit des procédures collectives. En effet, tour à tour la législation touche à la liberté de contracter des parties, au contenu, à l'exécution du contrat, à sa poursuite ou sa rupture. Le droit de contracter est mis à mal par des atteintes à différents niveaux et d'intensité plus ou moins forte mais touchant à la fois le débiteur et surtout ses cocontractants.

L'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat, principes dont découle la liberté contractuelle, sont affaiblies par le droit des procédures collectives. L'ensemble de ces atteintes est justifié par l'intérêt de survie de l'entreprise. Ces atteintes sont orientées vers deux axes : la liberté contractuelle n'est pas respectée soit afin de préserver les contrats nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise, soit afin de rompre des contrats inutiles au redressement économique de l'entreprise, même ceux conclus avant l'ouverture de la procédure et qui ne sont plus en cours.

Certains principes qui sont *les piliers de la conception classique du contrat, se révèlent soudainement des obstacles*<sup>321</sup> pour la sauvegarde de l'entreprise. La liberté contractuelle peut s'avérer être un frein pour le redressement de l'entreprise ce qui justifie les atteintes qu'elle subit.

L'intérêt économique de l'entreprise est jugé supérieur à l'intérêt personnel des parties. La sauvegarde de l'entreprise relève de l'intérêt général devant lequel les intérêts particuliers doivent s'incliner. Ainsi, pour atteindre les objectifs prépondérants de la loi, les principes qui composent la liberté contractuelle sont altérés. Chaque atteinte est prise afin de servir au mieux l'intérêt de l'entreprise que l'on cherche à sauver. Il ne faut pas oublier que le droit des procédures collectives est un droit d'exception, qui, par essence, déroge au droit commun afin de satisfaire les spécificités de sa matière. Ensuite, si la loi de 1985 a consacré le sacrifice des cocontractants et créanciers, le législateur de 1994 a tenté de rééquilibrer les choses après avoir constaté qu'un trop grand sacrifice des créanciers, dispensateurs de crédit, ne permettait pas le redressement des entreprises.

---

<sup>321</sup> M.H. MONSERIE, thèse préc., n° 664.

Malgré tout, ces atteintes sont encadrées et demeurent limitées à ce qui est nécessaire pour le redressement de l'activité économique de l'entreprise. L'ambition des droits spéciaux n'est pas de refaire, de repenser entièrement le droit commun mais de l'adapter, l'intégrer à leurs particularités. Le droit des procédures collectives est un droit dérogatoire certes, mais il se sert des fondements du droit commun pour les détourner à son profit. En outre, le droit commun réapparaît au cours de la procédure. La liberté contractuelle retrouve sa pleine et entière souveraineté à certains moments de la procédure, quand l'intérêt de l'entreprise ne nécessite pas de protection particulière qui pourrait légitimer des atteintes au libre jeu de la volonté des cocontractants.

Les atteintes à la liberté contractuelle sont limitées ensuite, par le fait que certaines dispositions issues du droit des procédures collectives initialement dérogatoires au droit commun sont reprises, assimilées par celui-ci et deviennent le principe. L'influence du droit des procédures collectives sur le droit commun est incontestable et permet de le faire évoluer avec la société. Par exemple, le recul du principe de l'autonomie de la volonté en droit commun du contrat est le fait, notamment, de l'entrée d'une dimension économique dans le contrat par le droit des procédures collectives. La nouvelle conception du contrat comme bien, élément patrimonial, objectivement utile pour l'entreprise a remis en question la conception traditionnelle du contrat et les principes qui y sont attachés dont la liberté contractuelle.

A travers les atteintes que subit la liberté contractuelle, nous prenons conscience de l'importance que représentent les cocontractants du débiteur pour l'entreprise. Sans échanges économiques l'entreprise n'est rien. Les dispositions légales, d'ordre public, ont pour objectif d'éviter la fuite des cocontractants, partenaires économiques sans qui l'activité économique ne pourrait fonctionner.

Les atteintes à la liberté contractuelle ne constituent pas une « mise à mort » de celle-ci mais lui permettent de s'adapter aux circonstances, quitte à favoriser une partie plutôt qu'une autre, dans l'optique de préserver ou de rompre le lien contractuel qui transcende la volonté des parties.

# BIBLIOGRAPHIE

## I Ouvrages généraux :

- A. BENABENT,  
*Droit civil, les obligations*, Cujas, 9<sup>e</sup> éd.
- R. CABRILLAC,  
*Droit des obligations*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd.
- J. CARBONNIER,  
*Droit civil 4, les obligations*, Thémis, 22 éd.
- F. CHABAS,  
*Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., Tome II, 1<sup>er</sup> vol.
- A. COURET et *varii auctores*,  
*La réforme de droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 1995.
- F. DERRIDA, P. GODE et J.P. SORTAIS,  
*Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 1991.
- P. DIDIER,  
*L'entreprise en difficulté*, PUF, 1999.
- J. GHESTIN,  
*Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, éd.1993.
- C. LARROUMET,  
*Droit civil, les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 1998, 4<sup>e</sup> éd.
- P. MALAURIE, L. AYNES,  
*Les obligations, Droit civil*, Cujas, 9<sup>e</sup> éd.
- J.F. MARTIN, J.L. VALLENS,  
*Lamy Droit commercial, Redressement et liquidation judiciaires*, 2002.
- M.H MONSERIE et C. SAINT-ALARY-HOUIN,  
*Juris-Classeur, Redressement et liquidation judiciaires, Nullités de la période suspecte*, fasc. 2507 et suivants, 1996.
- F. PEROCHON, R. BONHOMME,  
*Entreprises en difficulté, instruments de crédits et de paiement*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd.
- G. RIPERT et R. ROBLOT,  
*Traité de droit commercial, Procédures collectives*, Tome 2, 16<sup>e</sup> éd.

- C. SAINT ALARY-HOUIN,  
*Droit des entreprises en difficulté*, Domat, Montchrestien, 2001.
- B. STARCK, H. ROLAND, BOYER,  
*Droit civil, les obligations, 2, contrats*, Litec, 6<sup>e</sup> éd.
- F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE,  
*Les obligations*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd.
- J. VALLASAN,  
*Redressement et liquidation judiciaires*, Litec, 2000.  
*Juris-Classeur, Redressement et liquidation judiciaires, Continuation des contrats en cours*, fasc. 2335, 2001.

## **II Ouvrages spéciaux :**

- E. JOUFFIN,  
*Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ, 1998.
- M.H. MONSERIE,  
*Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1994.
- P. ROUSSEL-GALL,  
*Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires de l'entreprise*, Thèse Dijon, 1997.

## **III Articles, chroniques et rapports :**

- B. BERLIOZ-HOUIN,  
*Le droit des contrats face à l'évolution économique*, Mélange R. Houin, p. 3.
- B. BOCCARA,  
*Procédures collectives et contrats en cours*, JCP éd. E, 1994-I-385.
- C. BRUNETTI-PONS,  
*La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD com, 2000, p. 783.
- E. CADOU,  
*Justice privée et procédures collectives*, RTD Com, oct-déc. 2000, p. 817.
- M.J. CAMPANA,  
*Les effets de la poursuite des contrats en cours*, RJCom, nov. 1992, p. 55.

- F. DERRIDA,  
*Redressement et liquidation judiciaires : les voies de recours en matière de transfert des contrats dans le plan de cession de l'entreprise*, Petites Affiches, 15 janvier 1997, p. 24.
- P. DUBOIS, G. TERRIER,  
*Réflexions sur l'article 93 alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985*, Mélanges Jeantin, Dalloz, 1999, p. 389.
- J. GHESTIN,  
*L'utile et le juste dans les contrats*, D. chron., 1982, p.1.  
*Introduction au droit des contrats*, JCP éd. G, 1997, I, p. 336.
- Y. GUYON,  
*Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives*, Mélanges J. Ghestin, p. 405.  
*Droit du marché et droit commun des obligations, rapport de synthèse*, RTD com. 51, janv-mars 1998, p. 121.
- J. HAUSER,  
*L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique*, Mélanges Derrupé, 1991.
- C. JAMIN, D. MAZEAUD, J. MESTRE, G. PAISANT,  
*Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Colloque de Chambéry, Droit et patrimoine, 1998, n° 58, p. 42.
- G. JAZOTTES,  
*Les créanciers de l'article 40*, Petites Affiches, 6 sept. 2000, n° 178, p. 36.
- B. LEMISTRE et J.L MERCIER,  
*Le nouveau régime de la continuation des contrats*, Petites Affiches, 14 sept. 1994, p. 55.
- P. LE TOURNEAU,  
*Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mélanges Pierre Raynaud, p. 349.
- F. MACORIG-VENIER,  
*La rupture des contrats*, Petites Affiches, 6 sept. 2000, p. 21.
- D. MARTIN,  
*La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire*, JCP éd. N, 1986.I.180.
- A. MARTIN-SERF,  
*Les nullités de la période suspecte*, Revue des procédures collectives, déc. 2000, n° 5, p. 167.

- M.H MONSERIE,  
*Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations*, in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999.
- J.F. MONTREDON,  
*La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives*, JCP éd. E, 1988.I.15156.  
*La compensation de dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janvier 1985 ?*, JCP éd. G, doctrine, 1991-3480.
- P. PETEL,  
*Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, JCP éd. N, 1992.I.125.
- D. POHE,  
*La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985*, *Revue des procédures collectives*, 1992-3, p. 245.
- J.M. POUGHON,  
*L'approche économique du contrat*, *Droits*, 1990 (12) 47, p. 53.
- S. REIFEGERSTE,  
*La connexité de créances contractuelles : pour une approche juridique d'une condition originale de la compensation*, *Petites Affiches*, 4 avril 2000, n° 67, p. 6.
- A. SERIAUX,  
*Réflexions sur les délais de grâce*, *RTD civ.* 1993.789.
- P.TERNEYRE,  
*Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ?*, *Mélanges G. Peiser*, 1995.473.
- C. THIBIERGE- GUELFUCCI,  
*Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997.357.

#### **IV Notes et commentaires de jurisprudence :**

- CA Aix-en-Provence 29 nov. 1973, D. 1974 somm. 23.
- Com. 22 janvier 1974, D.1974, 514 note Derrida.
- Com. 20 juin 1977 D. 1977 IR 457 obs Honorat.
- Com. 17 juill. 1981, D. 1982 IR 193 obs. Honorat.
- Com. 12 fév. 1985 D. 1985 IR p. 281.
- Versailles 27 mai 1987 *Rev. Proc. Coll.* 1987 n°4 p. 78 obs. Soinne.
- Com. 8 dec. 1987, JCP éd. G, 1988 II, 20927 obs. Jeantin ; D. 1988 *jurisp.* p. 52, note Derrida.
- Poitiers 20 avril 1988, JCP éd. E 1989 II 15591.

- Versailles 23 juin 1988, JCP éd. E 1989 II 15591.
- Aix-en Provence, 9 décembre 1988, D. 1990 Somm. 3, obs. Derrida.
- Com. 17 octobre 1989, JCP 1990- I-15668, n°17 ; D. 1990 somm. p.2.
- Com. 19 déc. 1989, D. 1991. 60 note Sortais.
- Douai 8 mars 1990, JCP 1991, 1721, spéc. n°9.
- Com. 3 avril 1990, D. 1991 somm. p. 1 obs. Derrida ; RTD com 1990, 497, n°3, obs. A. Martin-Serf.
- Colmar 13 juin 1990, D. 1991. 97 note Fabiani.
- Com. 11 décembre 1990, D. 1991 IR 11 ; JCP éd. E 1991 I, 46, n° 14 obs. Cabrillac.
- CA Paris 5 mars 1991, D. 1991 p. 376.
- Com. 19 mars 1991, D. 1991.542 note Duboc, arrêt dit « des porcelets. »
- CA Montpellier 7 mai 1991 D. 1991 note Derrida.
- Com. 12 nov. 1991, D. 1992, somm. 183 obs. A. Honorat ; Com 14 oct. 1997, D. 1998 somm. p.96 obs. A. Honorat.
- Com. 27 nov. 1991 RJDA 2.1992.
- CA Paris 8 oct 1992, Petites Affiches, 28 avril 1993, p. 13, note F. Derrida.
- CA Paris 16 nov 1992, Rev. Proc. Coll. 1993.3 p. 405.
- Com. 16 fév. 1993, Rev. Proc. Coll. 1994 p. 255.
- Com. 2 mars 1993, D. 1993. 426 note Pédamon.
- Com. 30 mars 1993, RJDA 1993-10, p.717 n° 834.
- Com. 5 oct. 1993, Rev. Proc. Coll. 1994 p. 256.
- Com. 25 janv 1994 JCP E 1994 p. 471.
- Com. 5 avril 1994, D. 1995. 215 obs. Honorat.
- Com. 3 mai 1994, dict. perm. Diff. Entr., Bull. 121 p. 7683.
- Civ.1 15 juin 1994 D. 1995. 342. Note A. Leborgne.
- Civ. 1, 14 fév 1995, D. 1996. 391 note Agostini.
- Com. 9 mai 1995, JCP éd. G 1995 II n° 22448.
- Com. 24 oct. 1995, RJP com 1996 p. 204.
- Com. 19 déc.1995, D. aff. 1996. 181.
- Com. 20 fév. 1996 D. 1996, IR 90.
- CA Paris 28 juin 1996, JCP éd. E 1996.
- Com. 11 fév. 1997, RJCom juin 1998 n° 39 ; Dr. et patrimoine juill.août 1997, p.86 n° 1728.
- Cons. Const. 20 mars 1997 JCP 1995 éd. G, II, 22404.
- CA Paris 21 mars 1997, D. aff. 1997 p.702.
- CA Aix-en-Provence 6 mai 1997, JCP E 1998 n° 10 p. 38.
- Com. 20 janv. 1998, JCP éd. E, 1999.761, n° 14, obs. Gavalda et Stoufflet.
- Com. 3 fév. 1998, D. 1999 jurisprudence p. 185 note Bénabent; JCP éd. G 1998 -I-141 n°9 obs. Cabrillac.
- Civ. 1, 3 mars 1998, Defrénois 1998.1461, obs. Bénabent.
- CA Versailles 28 mai 1998, D. aff. 1998, p.1589.
- Com. 9 juin 1998, D. aff. 1998 p. 1177.
- Cons. const. 14 juin 1998, RTD civ, 99, 78, note J. Mestre.
- Com. 13 octobre 1998, Act. Proc. Coll. 1998-11 n° 145 obs. J. Vallasan; D. aff. 1998 p. 1846; JCP 1998 éd G- IV- 3326.
- Com. 16 mars 1999, PA 3 fév. 2000 n° 24, p. 20, note Ch. H. Gallet.
- Com. 6 juill. 1999, Act. pr. coll. 1999.14, n°182.
- Com. 20 juin 2000, JCP éd. E, 2000 p. 1403; Act. Proc. Coll. n° 160.

- Com. 1<sup>re</sup> civ. 20 fév. 2001, D. 2001 p. 1568.
- Com. 19 févr. 2002, Act.Proc.Coll.2002-8, n°102.
- Com. 18 mars 2003, Act. Proc. Coll. 2003-8, n° 96.

## PLAN DETAILLE :

Plan général .....	4
Liste des principales abréviations .....	5
Introduction .....	6

### PREMIERE PARTIE :

<u>Une pluralité d'atteintes prises au nom de la sauvegarde de l'entreprise.....</u>	13
--	----

<u>TITRE 1 Des atteintes afin de protéger les contrats utiles.....</u>	14
--	----

<u>Chapitre 1 Les entraves au principe de l'autonomie de la volonté .....</u>	15
---	----

<u>Section 1 Le maintien forcé du contrat.....</u>	15
--	----

<u>Paragraphe 1 Pendant la période d'observation .....</u>	15
--	----

<u>A Principe de continuation de plein droit des contrats en cours .....</u>	15
--	----

<u>1 Notion élargie du contrat en cours.....</u>	16
--	----

<u>a Définition .....</u>	16
---------------------------	----

<u>b Application de l'article L 621-28 du Code de commerce aux contrats <i>intuitus personae</i> .....</u>	17
--	----

<u>2 Maintien des modalités initiales du contrat.....</u>	17
---	----

<u>B Eviction de la volonté du cocontractant .....</u>	18
--	----

<u>1 L'action du cocontractant limitée à la possibilité de mettre en demeure l'administrateur.....</u>	18
--	----

<u>2 Le sort du contrat soumis au droit d'option de l'administrateur .....</u>	20
--	----

<u>3 La possible modification du délai d'option par le juge .....</u>	21
---	----

<u>Paragraphe 2 Pendant la liquidation judiciaire.....</u>	22
--	----

<u>A Application de l'article L621-28 à la phase liquidative .....</u>	22
--	----

<u>B Controverse sur la résiliation de plein droit des contrats en cours par l'ouverture de la liquidation judiciaire .....</u>	23
---	----

<u>Section 2 La cession forcée du contrat .....</u>	24
---	----

<u>Paragraphe 1 Une cession judiciaire.....</u>	24
---	----

<u>A Un type de cession dérogatoire du droit commun.....</u>	24
--	----

<u>B Indifférence du caractère <i>intuitus personae</i>.....</u>	26
--	----

<u>Paragraphe 2 Une cession imposée .....</u>	27
---	----

<u>A Aux cocontractants initiaux du débiteur.....</u>	27
---	----

<u>B Aux tiers bénéficiant de sûretés.....</u>	29
--	----

<u>Chapitre 2 Les entraves au principe de la force obligatoire du contrat.....</u>	31
--	----

<u>Section 1 Par la loi.....</u>	31
----------------------------------	----

<u>Paragraphe 1</u> <u>Inefficacité des clauses résolutives</u> .....	31
<u>A</u> ...Fondées sur l'état de cessation des paiements du débiteur.....	32
<u>1</u> <u>Neutralisation de « toute disposition légale »</u> .....	32
<u>2</u> <u>Neutralisation des clauses contractuelles</u> .....	33
<u>B</u> ...Fondées sur l'exception d'inexécution.....	34
<u>Paragraphe 2</u> <u>Inefficacité de l'indivisibilité conventionnelle</u> .....	35
<u>Section 2</u> <u>Par le juge</u> .....	36
<u>Paragraphe 1</u> <u>Par l'octroi de délais de paiement</u> .....	36
<u>A</u> <u>Dans le cadre d'un plan de cession</u> .....	36
<u>B</u> <u>Dans le cadre d'un plan de continuation</u> .....	38
<u>Paragraphe 2</u> <u>Par la substitution de garanties</u> .....	39
<u>TITRE 2</u> <u>Des atteintes afin de faciliter la rupture de contrats inappropriés</u> .....	42
<u>Chapitre 1</u> <u>La remise en cause du contrat : une dérogation à la résolution judiciaire de droit commun</u> .....	43
<u>Section 1</u> <u>Les contrats visés</u> .....	43
<u>Paragraphe 1</u> <u>Les contrats non continués</u> .....	43
<u>A</u> <u>Les contrats rompus implicitement</u> .....	43
<u>B</u> <u>Les contrats rompus explicitement</u> .....	45
<u>Paragraphe 2</u> <u>Les contrats continués puis non exécutés</u> .....	46
<u>Section 2</u> <u>Le sort des indemnités de résiliation</u> .....	47
<u>Chapitre 2</u> <u>Les nullités de la période suspecte</u> .....	50
<u>Section 1</u> <u>Des fondements différents de ceux de droit commun</u> .....	51
<u>Paragraphe 1</u> <u>Le particularisme de ces nullités par rapport au droit commun</u> .....	51
<u>A</u> <u>La prise en compte de la date de la conclusion du contrat</u> .....	52
<u>B</u> <u>La nullité des contrats commutatifs déséquilibrés</u> .....	53
<u>Paragraphe 2</u> <u>Une nullité « sui generis »</u> .....	54
<u>A</u> <u>Une nullité distincte de l'action paulienne</u> .....	54
<u>B</u> <u>Les nullités de la période suspecte : � mi-chemin entre la nullité absolue et la nullité relative</u> .....	55
<u>Section 2</u> <u>Mise en œuvre de ces nullités</u> .....	57
<u>Paragraphe 1</u> <u>Conditions</u> .....	57
<u>A</u> <u>Conditions communes aux nullités de droit et facultatives</u> .....	57
<u>B</u> <u>Conditions propres à chacune des deux types de nullités de la période suspecte</u> .....	58
<u>1</u> <u>Conditions de mise en œuvre des nullités de droit</u> .....	59
<u>2</u> <u>Conditions de mise en œuvre des nullités facultatives</u> .....	60
<u>Paragraphe 2</u> <u>Effets</u> .....	60

<u>DEUXIEME PARTIE : Des atteintes limitées</u> .....	62
<u>TITRE 1</u> <u>La résurgence du droit commun des obligations</u> .....	64
<u>Chapitre 1</u> <u>La persistance du droit commun des contrats</u> .....	64
<u>Section 1</u> <u>Retour au droit commun pour les contrats continués</u> .....	64
<u>Paragraphe 1</u> <u>Maintien des conditions initiales du contrat</u> .....	65
<u>Paragraphe 2</u> <u>Maintien du droit de poursuite individuelle</u> .....	66
<u>Section 2</u> <u>Retour tempéré du droit commun dans le plan de continuation</u> .....	67
<u>Paragraphe 1</u> <u>Retour du droit commun...</u> .....	67
<u>Paragraphe 2</u> <u>...dans le respect des modalités du plan</u> .....	69
<u>A</u> <u>Inaliénabilité de certains biens</u> .....	69
<u>B</u> <u>Respect des délais fixés par le plan</u> .....	70
<u>Chapitre 2</u> <u>L'adaptation de procédés du droit commun</u> .....	71
<u>Section 1</u> <u>L'octroi de délais de paiement</u> .....	71
<u>Paragraphe 1</u> <u>Les conditions des délais de paiement</u> .....	71
<u>Paragraphe 2</u> <u>Les effets des délais de paiement</u> .....	73
<u>Section 2</u> <u>La compensation</u> .....	74
<u>TITRE 2</u> <u>L'évolution de la conception classique du contrat</u> .....	77
<u>Chapitre 1</u> <u>Une mutation sous influence du droit des procédures collectives</u> .....	78
<u>Section 1</u> <u>La valeur économique du contrat</u> .....	78
<u>Paragraphe 1</u> <u>La patrimonialisation du contrat</u> .....	78
<u>A</u> <u>Le contrat, lien économique plus que juridique</u> .....	79
<u>B</u> <u>La valeur économique du contrat retenue par le droit commun des obligations</u> .....	81
<u>Paragraphe 2</u> <u>La protection de l'intérêt de l'entreprise avant l'intérêt particulier des cocontractants</u> .....	82
<u>A</u> <u>La primauté de l'intérêt de l'entreprise</u> .....	82
<u>B</u> <u>Les moyens mis en œuvre pour défendre l'intérêt de l'entreprise</u> .....	83
<u>1</u> <u>L'immixtion du juge dans le contrat</u> .....	83
<u>2</u> <u>L'extension des règles d'ordre public</u> .....	84
<u>Section 2</u> <u>L'altération des principes directeurs du contrat</u> .....	85
<u>Paragraphe 1</u> <u>L'affaiblissement du principe de l'autonomie de la volonté</u> .....	86

<u>A</u> <u>Par des facteurs d'ordre économique</u> .....	86
<u>B</u> <u>Par des facteurs sociaux</u> .....	88
<u>Paragraphe 2</u> <u>La dégradation du caractère personnel du contrat</u> .....	89
<u>Chapitre 2</u> <u>Les intérêts économiques attachés au sort du contrat</u> .....	91
<u>Section 1</u> <u>Les intérêts de la continuité du contrat</u> .....	92
<u>Paragraphe 1</u> <u>Pour le cocontractant</u> .....	92
<u>A</u> <u>Bénéfice de la priorité légale de paiement</u> .....	93
<u>B</u> <u>Bénéfice du transfert du contrat</u> .....	93
<u>Paragraphe 2</u> <u>Pour le cessionnaire</u> .....	94
<u>Section 2</u> <u>Les intérêts de la remise en cause du contrat</u> .....	95
<u>Paragraphe 1</u> <u>Pour le cocontractant</u> .....	95
<u>Paragraphe 2</u> <u>Pour le cessionnaire</u> .....	96
Conclusion.....	97
Bibliographie.....	99
Plan détaillé.....	105