



HAL
open science

La continuation des contrats dans la faillite

Jean-Luc Hénaff

► **To cite this version:**

Jean-Luc Hénaff. La continuation des contrats dans la faillite. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 1983. Français. NNT : 1983METZ001D . tel-01775528

HAL Id: tel-01775528

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01775528v1>

Submitted on 24 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

LA CONTINUATION DES CONTRATS
DANS LA FAILLITE

EXCLU DU
PRÊT

THÈSE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT
(Doctorat d'État)

présentée et soutenue publiquement

par

Jean-Luc HENAFF

le 17 décembre 1983

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DROIT-SCIENCES ECO - METZ -	
N° Inv	1983002D
Cote	D/Dr 83/1
Loc.	Magasin
Cat	COUC



Membres du Jury :

Président : M^{me} Andrée BRUNET, Professeur
Assesseurs : MM. François TERRE, Professeur
Jean-Marc BISCHOFF, Professeur
Alain VIANDIER, Professeur
Christian BOLZE, Professeur

U N I V E R S I T E D E M E T Z

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES

ECONOMIQUES ET SOCIALES

Doyen

M. RAMAN

Assesseurs du Doyen

Mme CHEVALIER, M. SCHAEFER

Doyens honoraires

MM. HAMON, FERRARI, DIETSCH, Mme BRUNET

M. FERRARI Pierre

Professeur

Mme BRUNET Andrée

Professeur

M. RAMAN Jean-Pierre

Professeur

M. TARONDEAU Jean-Claude

Professeur

M. BOLZE Christian

Professeur

M. HARRARI Jean-Claude

Professeur associé

M. MEERPOEL André

Maître-Assistant

M. BRANCHET Bernard

Maître-Assistant

Mme CHEVALIER Françoise

Maître-Assistante

M. GILARDI Jean-Claude

Maître-Assistant

M. SCHAEFER Philippe

Maître-Assistant

M. BALTER Jean-François

Maître-Assistant

Mme GUILLAUME Michèle

Maître-Assistante

Mme PETITDEMANGE Danièle	Assistante
M. DIETSCH François	Assistant
M. OHLMANN Jean-Claude	Assistant
M. PIERRE-CAPS Stéphane	Assistant
M. BELHAMICI Djaffar	Assistant associé
Mme CHATEAU Monique	Assistante
M. DERVAUX Bernard	Assistant
Mlle DROUIN Elisabeth	Assistante
Mme GRIESBECK Nathalie	Assistante

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS USUELLES

- Aj. : Ajoutez
- Ann. : Annales
- Ann. droit com. : Annales de droit commercial
- Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
- Chron. : Chronique
- Cf. : Confer
- C. civ. : Code civil
- C. com. : Code de commerce
- Concl. : Conclusions
- D. : Recueil Dalloz
- Doct. : Doctrine
- D. H. : Recueil Dalloz hebdomadaire
- D. O. : Droit ouvrier
- D. P. : Recueil Dalloz périodique
- Dr. soc. : Droit social
- G. P. : Gazette du Palais
- Jal des Faillites : Journal des Faillites
- J. C. P. : La semaine juridique
- J. Class. civ. : Jurisclasseur civil
- J. Class. com. : Jurisclasseur commercial
- Qot. Jur. : Quotidien juridique
- Rec. gén. des lois : Recueil général des lois
- Rev. de Jur. com. : Revue de jurisprudence commerciale
- Rev. Crit. : Revue Critique
- R. F. : Revue générale du droit des faillites et liquidations
- R. G. D. C. : Revue générale de droit commercial
- R. T. D. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
- R. T. D. Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S	: Recueil Sirey
Somm.	: Sommaire
Tab. de J. P.	: Tableau de jurisprudence

OUVRAGES CITÉS DU SEUL NOM DES AUTEURS

Argenson et Toujas.- Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillites, traité et formulaires, 4^o éd.

de Juglart et Ippolito.- Règlement judiciaire, liquidations des biens, faillite personnelle, suspension provisoire des poursuites, 1977, 2^o éd.

Lyon-Caen et Renault.- Traité de droit commercial, T. 8, 5^o éd.

Percerou et Desserteaux.- Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, T.I 1935, T.II 1937, T.III 1938, 2^o éd.

Ripert et Roblot.- Traité élémentaire du droit commercial, T.I 1980, 10^o éd., T.II 1981, 8^o éd.

INTRODUCTION

1 La liquidation des biens ou le règlement judiciaire ne débouchent que très rarement sur une cessation immédiate et totale du commerce du failli. En effet, la continuation d'une certaine activité constitue dans le règlement judiciaire "un élément essentiel... d'une tentative de redressement de l'entreprise en difficulté" (1). Quant à la liquidation des biens, il faut bien constater que "la réalisation avantageuse des éléments de l'entreprise irrémédiablement condamnée ne s'accommode pas le plus souvent d'un arrêt brutal de l'activité" (2).

Dans ces conditions, même s'il n'y a pas de poursuite d'exploitation au sens strict du terme, le syndic devra alors, sinon conclure de nouveaux marchés, du moins prendre des dispositions transitoires. Par exemple, s'il ne peut vendre rapidement les produits ou l'outillage qui appartiennent au débiteur, il devra en assurer la conservation ou l'entretien. Pour cela, il lui faudra poursuivre la location des locaux, conserver le concours de certains employés, s'assurer contre l'incendie, le vol, etc...

L'ensemble de ces dispositions de nature contractuelle ne souffre d'un point de vue économique aucune discussion, car son intérêt dans le cadre de la procédure est évident. En revanche, il soulève en droit des difficultés aisément concevables. Lorsque deux individus concluent un contrat, et que durant son exécution, l'un des deux protagonistes fait l'objet d'une

(1) M. Hardouin : "La continuation de l'exploitation dans les procédures de règlement de la situation des entreprises en difficulté", thèse Rennes 1975, p. 2.

(2) M. Hardouin, préc., p. 2.

procédure collective, il y a de fortes chances pour que celui des cocontractants qui est en faillite (3) non seulement n'ait pas satisfait à certaines des obligations prévues au contrat, mais encore ne présente de prime abord aucune garantie pour l'avenir. Dès lors, dans quelle mesure le tiers contractant est-il obligé d'exécuter sa prestation, alors que les principes du droit des contrats, et notamment l'article 1184 du Code civil lui permettent de demander la résolution de la convention ?

2 Depuis la thèse de Bonnichon, relative aux effets de la faillite sur les contrats antérieurs (4), qui date du début du siècle, cette question n'a, à notre connaissance, fait l'objet en droit français d'aucune étude globale ; les thèses qui existent en la matière n'approchent le problème que par le biais du contrat de bail (5) ou encore du contrat de travail (6). Mais cette lacune n'est pas la seule raison de l'intérêt que suscite le sort des contrats dans la faillite. La loi du 13 juillet 1967, qui a modifié très sensiblement l'esprit des procédures collectives en mettant notamment l'accent sur l'entité économique que constitue l'entreprise, a donné au problème de la reprise des contrats en cours une dimension nouvelle.

3 Sous l'empire du décret de 1955, qui constituait la réglementation en vigueur avant la réforme de 1967, il importait avant tout d'opérer une distinction nette entre les commerçants malhonnêtes et les autres. Le tribunal ne devait ainsi tenir compte que des seules fautes commises par le débiteur et le déclarer, selon les cas, tantôt en liquidation judiciaire, tantôt en faillite. La première de ces procédures, qui se clôturait en prin-

(3) Les termes de "faillite" et de "jugement déclaratif", bien que n'étant plus mentionnés par la loi de 1967, seront cependant parfois utilisés. Il ne s'agit alors nullement d'une allusion au régime antérieur, mais simplement d'une commodité de langage pour désigner tantôt la liquidation des biens et le règlement judiciaire, tantôt le jugement qui les prononce.

(4) Bonnichon, "Des effets de la faillite sur les contrats antérieurs", thèse Paris 1900.

(5) J. Debroise, "Les droits du loueur d'objets mobiliers en cas de faillite du preneur", thèse Rennes 1967 ; G. Bachasson, "Le crédit-bail et la faillite", thèse Aix-en-Provence 1978.

(6) D. Nazet-Allouche, "Les entreprises en difficulté et l'emploi, normes et pratiques", thèse Bordeaux 1980.

cipe par un concordat, pouvait de la sorte s'appliquer à une entreprise économiquement condamnée, alors que la seconde entraînait du seul fait des fautes commises par le débiteur la fermeture de commerces simplement mal gérés et qui auraient donc pu subsister après une réorganisation. Dès lors, il n'est pas étonnant que le décret de 1955 ne contienne aucune réglementation d'ensemble de la reprise des contrats en cours ; sa finalité n'était pas de sélectionner les entreprises en fonction de leur chance de redressement, ni a fortiori d'en favoriser économiquement le rétablissement ou la liquidation, mais d'écarter les commerçants ne présentant pas les garanties de moralité requises. "Le règlement de la situation de l'entreprise n'était qu'une conséquence du sort réservé à l'entrepreneur" (7).

Mis à part certains contrats synallagmatiques, comme ceux de mandat (8), de société (9), d'assurance (10), de bail d'immeuble (11), ou encore de travail (12), pour lesquels il existait, soit dans le Code de commerce, soit dans le Code civil ou le Code du travail, quelques textes plus ou moins relatifs à l'incidence de la faillite (13), le principe directeur dont il était convenu à l'époque de s'inspirer était celui posé par l'article 1184 du Code civil. Selon cet article, une condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement. Dès lors, remarquait la doctrine (14), il faut en la matière distinguer deux catégories de contrat : d'une part, ceux dont il est certain qu'ils ne peuvent être exécutés en cas de faillite, par exemple les contrats conclus intuitu personae et qui doivent alors être résolus de plein droit ; d'autre part, ceux qui ont fait l'objet d'une inexécution antérieure, ou encore dont l'exécution par le failli est improbable, et pour lesquels le cocontractant peut demander une résolution judiciaire.

(7) M. Hardouin, préc. p. 5.

(8) Art. 2003 du Code civil.

(9) Art. 1865, 4 du Code civil.

(10) Art. 18 de la loi du 13 juillet 1930.

(11) Art. 507 et 531 anc. du Code de commerce.

(12) Art. 23 al. 8 du Code du travail.

(13) Sur la question de l'application d'un régime particulier aux contrats de travail, cf. infra p. 104 n° 83 et s.

(14) En ce sens Percerou et Desserteaux n° 876.

Ce système, au demeurant parfaitement justifié en droit commun (15), est d'un point de vue économique extrêmement critiquable. Théoriquement, l'application ainsi faite de l'article 1184 est exacte, et elle conduisit d'ailleurs à prôner le jeu des clauses résolutoires pour cause de faillite, sans qu'à aucun moment il soit possible de puiser dans le droit des contrats un quelconque argument en sens contraire (16). Economiquement, en revanche, le résultat de cette analyse est catastrophique. En n'accordant au syndic aucun pouvoir exorbitant du droit commun, le décret laissait l'entreprise à la merci du cocontractant. Comment le syndic aurait-il eu la moindre chance de liquider correctement l'entreprise ou de la redresser définitivement, si le courant contractuel qui la liait au monde des affaires s'interrompait brutalement, ou encore si la poursuite des contrats était assujettie à l'octroi d'avantages particuliers, comme le paiement intégral de l'arriéré, qui ne pouvaient qu'entamer un peu plus son assise financière et son crédit ?

4 Conscient de la nécessité d'éviter la disparition d'unités économiques qui, mieux gérées, eussent été viables et productives (17), le législateur est intervenu dans la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 pour opérer une distinction devenue désormais classique entre l'homme et l'entreprise. Il s'agissait, comme le précisaient les motifs du projet gouvernemental, d'éliminer "les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité", et inversement d'assurer "la survie d'entreprises pouvant être financièrement redressées, au besoin en écartant les dirigeants dont la gestion serait critiquable" (18).

(15) Cf. infra p. 189 n° 147.

(16) Cf. infra p. 38 n° 30 et 31.

(17) En ce sens Houin, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, communication faite à l'Inspection Générale des Finances le 6 octobre 1964 en annexe du rapport de l'Inspection Générale des Finances sur les aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire. Sirey 1970, p. 271.

(18) Sur la loi du 13 juillet 1967 voyez F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, Defrenois 1969. J. Desbois, La réforme de la faillite et l'institution d'un concordat préventif, Banque 1967, p. 841 ; R. Ithubirde, La loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, Rev. de Jur. com. 1968, p. 3 ; E. Massin, Réflexions

Pour ce faire, la loi prévoit des sanctions dont l'ampleur varie en fonction des fautes commises par les dirigeants, et des mesures patrimoniales qui dépendent en principe uniquement de la situation de l'entreprise (19), et qui consistent, soit en une liquidation des biens, soit en un règlement judiciaire. Ces deux procédures présentent d'ailleurs quelques similitudes avec celles qui existaient sous l'empire du droit antérieur. La liquidation des biens débouche, comme la "faillite" qu'elle remplace, sur la vente de tous les biens du débiteur, alors que le règlement judiciaire se termine en principe par un concordat. Toutefois, elles s'en distinguent par leur objet : "la recherche d'un point d'équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et celui de ses partenaires s'est aujourd'hui substitué à celui que voulait autrefois réaliser le droit de la faillite entre le souci d'apurer au mieux le passif et la volonté de punir les mauvais débiteurs" (20).

En outre, et cela s'inscrit bien dans la finalité économique et sociale de cette réforme, le législateur a tenu à ce que l'élimination ou le redressement de l'entreprise se fasse au mieux de l'intérêt général. Pour cela, il a tout d'abord consacré la solution jurisprudentielle et doctrinale qui accordait un droit de préférence aux cocontractants dont la collaboration permettait à l'entreprise, soit de survivre au mieux de ses intérêts jusqu'au jour de sa liquidation définitive, soit encore de parvenir à un concordat satisfaisant. D'autre part, et c'est le corollaire de l'avantage reconnu aux cocontractants qui voient leur contrat poursuivi, il a prévu dans l'article 38 de la loi de 1967 que le syndic conservait "en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, en fournissant la prestation promise à l'autre partie".

-
- ./. et observation sur la nouvelle législation concernant la cessation des paiements, Rec. gén. des lois 1969 p. 317 ; R. Plaisant, La loi sur la faillite, n° 67563 du 13 juillet 1967, Rev. des syndics 1967 p. 313 et 1968 p. 61 ; E. Dupontavice, La réforme de la faillite, J.C.P. 1968 I 2138 ; A. Solal, Nouveaux concepts introduits dans le droit des faillites, R.T.D. Co. 1969, p. 719 ; G. Toujas et Argenson, Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens, J.C.P. 1968 I 2179.
- (19) Cependant, la faillite personnelle provoque la conversion des règlements judiciaires en liquidation des biens ou la résolution du concordat, en ce sens Ripert et Roblot n° 2815.
- (20) M. Hardouin, préc. p. 23 n° 15.

5

Cette disposition a été de prime abord perçue par une partie de la jurisprudence et de la doctrine (21) comme le simple rappel d'une règle acquise bien avant 1967, règle selon laquelle la faillite, sauf exception (22), ne met pas fin de plein droit aux contrats en cours. Cette analyse s'appuyait notamment sur les articles 52 à 54 de la même loi qui remplacent les anciens articles 507 et 531 du Code de commerce relatifs aux contrats de bail. Le raisonnement était simple et consistait à soutenir que l'article 38 ne pouvait en aucun cas engendrer une modification du régime en vigueur jusqu'alors, car si le législateur avait voulu revenir sur le droit de la reprise, il l'aurait fait de façon globale sans mentionner particulièrement le contrat de bail. En d'autres termes, ces auteurs soutenaient que les articles 38 et 52 ne pouvaient contenir des solutions identiques sous peine que l'un des deux fasse double emploi. Comme l'article 52 décrit expressément ce que doit être le sort du contrat de bail et les conditions de sa reprise, c'est donc que ce régime est exceptionnel et que l'article 38 ne revenait pas sur les solutions acquises.

Mais cette interprétation qui aboutit à reconduire les solutions jurisprudentielles validant le jeu de la clause résolutoire de plein droit pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire (23), est inadmissible car elle est incompatible avec les objectifs que poursuivait le législateur en 1967. Comment le syndic pourrait-il procéder à une liquidation avantageuse ou à une réorganisation valable de l'entreprise, si faute de pouvoir reprendre les contrats intéressants à des conditions financièrement supportables, il ne peut attendre dans la liquidation des biens le moment propice à une dispersion du patrimoine du débiteur, ou opérer dans le règlement judiciaire le rétablissement de l'entreprise ? Il en va de même pour le paiement de l'arriéré que les cocontractants avant 1967 mettaient en général comme condition à la reprise de leur prestation (24). Non seulement, comme l'a constaté la Cour de cassation en 1974 (25), cette

(21) Cf. infra p. 185 n° 144 et s.

(22) cf. infra p. 50 n° 41 et s.

(23) Cf. infra p. 38 n° 30 et s.

(24) Cf. infra p. 179 n° 139 et s.

(25) Cass. com. 22 janvier 1974, G.P. 1974.I.445 note M. Le Galcher-Baron, D. 1974 514 note F. Derrida, J.C.P. 1975 17865 note E.M.B.

solution est incompatible avec l'article 13 alinéa 2 de la loi de 1967 et par voie de conséquence avec le principe de l'égalité des créanciers qui l'inspire, mais encore, elle ruine toute tentative du syndic allant dans le sens d'une réorganisation de l'entreprise ou même d'une liquidation bénéficiaire.

En réalité, le mécanisme de la reprise des contrats en cours ne peut être étudié qu'à la lumière des principes posés en 1967. Il est exact que l'article 52 de cette loi prévoit à propos du contrat de bail une réglementation spécifique qu'il n'est d'ailleurs pas toujours facile d'interpréter (26). Mais cette disposition témoigne uniquement de l'intérêt particulier que présente le contrat de bail pour le bon déroulement de la procédure. En aucun cas, il n'est possible d'en déduire que l'article 38 ne fait qu'entériner les solutions acquises sous l'empire du régime antérieur. Bien au contraire, la continuation de la totalité des contrats en cours, y compris les contrats de travail, d'assurance, ou encore les contrats conclus intuitu personae, doit être analysée en fonction de cet article et du souci d'équilibre entre le cocontractant et l'entreprise qu'il révèle (27).

6 La justification et les conséquences de cette affirmation feront précisément l'objet de cette thèse, et il convient maintenant d'apporter quelques précisions sur la manière dont la question sera abordée.

D'abord, il est évident que, lorsqu'avant l'ouverture de la procédure le débiteur a fourni la totalité des prestations prévues au contrat, le cocontractant doit, s'il ne l'a déjà fait, exécuter ses obligations à la demande du syndic, sans que l'ouverture d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire puisse modifier en quoi que ce soit cette solution directement issue du droit commun des contrats. Ce n'est donc que lorsqu'il y a inexécution, soit de la part du failli, soit des deux parties au contrat, que la reprise des contrats en cours engendrera quelques difficultés, qui varieront d'ailleurs en fonction du moment où interviendront ces refus d'exécution.

(26) Cf. infra p. 69 n° 54 et s.

(27) Pour les contrats d'assurance : cf. infra p. 93 n° 74.
Pour les contrats de travail : cf. infra p. 111 n° 88

Ensuite, il n'est pas question de passer en revue la totalité des contrats qui pourraient être en cours au jour du jugement déclaratif. D'une part, il est peu probable qu'un tel catalogue exhaustif puisse être dressé, cela en raison de la quantité de conventions qu'il faudrait répertorier. D'autre part, même à supposer que cela soit possible, ce travail serait aussi inutile que fastidieux en raison des nombreuses répétitions dont il serait émaillé. Il est exact toutefois que certains contrats font l'objet de solutions particulières, soit, comme le contrat de bail, en vertu d'une disposition expresse de la loi de 1967 (28), soit, et c'est le cas des contrats de travail et d'assurance, à la suite du maintien par la jurisprudence de certains textes spécifiques (29). Ces conventions feront bien sûr l'objet d'un examen particulier qui conduira d'ailleurs à nier la spécificité des contrats d'assurance et de travail.

Mais ceci est exceptionnel. A la vérité, il importe avant tout de rechercher dans une perspective globale en quoi le droit d'option accordé au syndic par la loi de 1967 influe sur la situation du cocontractant, tant au moment de la reprise du contrat, que durant son exécution. Pour ce faire il importe de préciser dans un chapitre préliminaire l'influence qu'exerce l'existence de la masse sur la reprise des contrats, ce qui suppose établies les positions respectives du débiteur du syndic et de la masse. Nous verrons ensuite dans une première partie les principes gouvernant le droit d'option, puis dans une seconde partie, les conséquences de la levée de l'option.

(28) Art. 52 à 54 de la loi du 13 juillet 1967.

(29) Cf. supra note n° 27.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

L'INFLUENCE DE L'EXISTENCE DE LA MASSE
SUR LA REPRISE DES CONTRATS

7 En l'état actuel du droit, la reprise des contrats suppose l'intervention du syndic. Comme ce dernier est l'organe de la masse, celle-ci ne peut rester étrangère au phénomène de la continuation des contrats. (Section I)

Toutefois, la participation de la masse résulte davantage d'un effet mécanique ou d'une nécessité logique que d'un impératif économique. Dès lors, si, comme le prévoit le projet de la réforme de la faillite (1), la masse est rayée du droit positif, sa disparition ne modifiera pas fondamentalement les questions suscitées par la reprise des contrats en cours. (Section II)

SECTION I : LE DROIT POSITIF

8 En prévoyant dans l'article 13 de la loi de 1967 que "le jugement qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager", puis en précisant dans l'article 38 de la même loi que "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie", le législateur a fait inter-

(1) Projet de loi relatif au règlement judiciaire, n°1578, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 1983.

venir dans la problématique de la reprise des contrats trois acteurs, le débiteur, le syndic et la masse, dont il convient de déterminer les rôles respectifs. (§ I)

En effet, ce n'est qu'après avoir mené cette étude à bien qu'il sera possible de comprendre en quoi le qualificatif habituel de "créanciers de la masse", qui est appliqué à l'ensemble des tiers ayant acquis leurs droits après l'ouverture de la procédure du chef des activités du syndic, ne rend pas compte de la réalité. Notamment, les créances résultant de la poursuite des contrats par le syndic ne sont pas, contrairement à ce que pourrait suggérer la terminologie habituelle, des créances de la masse personne morale, mais des créances du débiteur. (§ II)

§ I : La position de la masse et du syndic vis-à-vis du débiteur

9 Après avoir suscité des controverses passionnées, le principe de la personnalité morale de la masse paraît aujourd'hui acquis ; la Cour de cassation, en effet, renouant avec une décision du 24 août 1843 (1), a déclaré le 17 janvier 1956 (2) que "la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent", et cette solution a été reprise depuis dans plusieurs décisions (3).

A partir du moment où la personnalité morale de la masse est ainsi admise (4), elle rejaillit sur la situation du syndic. L'opinion couramment défendue consiste d'une part à voir dans le syndic à la fois le représen-

(1) Req. 24 août 1843, S. 1843.I.757.

(2) Cass. com. 17 janvier 1956, J.C.P. 1956.II.9601 note R. Granger, D. 1956 265 note R. Houin, R.T.D. Co.1956, p. 117 n°9 obs. R. Houin, p. 427 n°4 obs. M. Boitard. R.T.D. Civ. 1956, p. 401 n°14 obs. P. Hébraud.

(3) Sur la justification de cette solution, A. Brunet, "Masse des créanciers et créanciers de la masse", thèse Nancy 1973, p. 12, n°12.

(4) En ce sens, A. Brunet, préc. p. 27 et s.

tant du débiteur et l'organe de la masse, d'autre part à faire de cette dernière l'ayant cause du débiteur. Cette position est discutable. En réalité, il faut tirer toutes les conséquences de la personnalité morale de la masse : le syndic en est l'organe exclusif et celle-ci, qui est en temps normal un tiers vis-à-vis du débiteur, devient son représentant lorsqu'elle exerce les pouvoirs d'administration et de disposition du failli.

Selon la jurisprudence, "si en principe, les créanciers sont les ayants cause universels de leur débiteur, lorsqu'ils invoquent les droits de celui-ci, il en est autrement de la masse des créanciers lorsque celle-ci invoque un droit propre qui lui est conféré directement par la loi" (5). En d'autres termes, la masse est considérée de prime abord par les tribunaux comme l'ayant cause du débiteur, et ce n'est que dans l'hypothèse exceptionnelle où elle tient ses pouvoirs de la loi qu'elle peut être qualifiée de tiers.

Cette position, bien que parfois partagée par la doctrine (6), est discutable. Certes, il ne fait aucun doute que la masse soit un tiers lorsqu'elle use d'un droit propre, mais il n'existe aucune raison pour admettre que dans toutes les autres situations, elle est l'ayant cause du débiteur. En réalité, la masse est toujours un tiers vis-à-vis du débiteur. Tout au plus agit-elle en tant que représentant de ce dernier lorsqu'elle recueille ses pouvoirs d'administration et de gestion.

10 Il est exact, toutefois, que la détermination de la qualité de la masse vis-à-vis du débiteur ne va pas sans quelques difficultés, dans la mesure où, a priori, chacune des notions d'ayant cause et de tiers semble pou-

(5) Com. 11 mai 1964, D. 1965 443 note J. Prévault, J.C.P. 1964.II.13892 note J.A., R.T.D. Co.1964, p. 858 n°49 obs. R. Houin.

(6) En ce sens, de Juglart et Ippolito, 3ème volume n°1183-2 ; A. Honorat, J. Class. com. anc. art. 437 à 614-26, Fasc. E10, La masse des créanciers, n°15 ; "La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur" études Audinet, p.227 n°15 ; contra, Percerou et Desserteaux, t.2, n°1142 ; Ripert et Roblot n°2944 ; F. Derrida, "Tiers ayant cause ? la situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives", R.T.D. Co.1976, p.7 ; "Observation sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D.1981, chron. 267.

voir se justifier. "En faveur de la première, il est possible d'invoquer le fait que la masse est composée d'individus qui sont les ayants cause du débiteur ; en faveur de la seconde, il faut insister sur le fait que la faillite modifie la situation des créanciers par la discipline qu'elle leur impose et surtout par les pouvoirs qu'elle confère au groupement qu'ils vont désormais former" (7).

Mais cette alternative est plus apparente que réelle car, contrairement à ce que croient certains auteurs (8), si les actes accomplis par le débiteur avant l'ouverture de la procédure sont, en principe, opposables à la masse, cela n'implique nullement que cette dernière soit l'ayant cause du failli. D'une part, il est erroné de soutenir que la qualité de tiers de la masse est incompatible avec le respect des engagements nés du chef du débiteur, avant le jugement déclaratif, car c'est là, comme le soulignent Percerou et Desserteaux, le sort de tous ceux qui tiennent leurs droits d'autrui. En effet, "le créancier hypothécaire n'a pas plus de droits que ceux qui appartiennent au propriétaire de l'immeuble au jour de l'inscription de l'hypothèque, le créancier gagiste pas plus de droits que ceux qui appartiennent au propriétaire au jour de la mise en possession. Et pourtant, personne ne songe à leur refuser la qualité de tiers" (9). D'autre part, lorsque la masse agit, ce n'est pas en tant qu'ayant cause du failli, mais en vertu d'un droit propre, c'est-à-dire en tant que tiers. La preuve en est qu'elle procède à des opérations que le débiteur ne peut mener à bien en raison du dessaisissement dont il est frappé, par exemple poursuivre en justice le recouvrement de sa créance, en disposer ou encore transiger sur elle (10). Enfin, "puisque le failli est dessaisi et que précisément l'effet du dessaisissement est de donner à la masse la qualité de tiers, (et sur ce point tout le monde est d'accord ; on discute seulement sur la nature du dessaisissement) comment prétendre qu'elle n'est en principe que l'ayant cause du failli ?" (11).

(7) A. Brunet, préc., p. 52 n°45.

(8) Cf. note 6 et références citées.

(9) Percerou et Desserteaux, n°1142 bis ; dans le même sens, F. Derrida, R.T.D.Co. 1976, préc. n°29, qui soutient qu' "aujourd'hui, il est définitivement acquis que l'effet d'opposabilité des conventions est indépendant de l'effet obligatoire lui-même".

(10) En ce sens, A. Brunet, préc. p. 57.

(11) Percerou et Desserteaux, n° 1142.

Certains rétorqueront peut-être que cette dernière remarque n'apporte rien, qu'il est acquis depuis longtemps que les actes accomplis par le débiteur après l'ouverture de la procédure sont en vertu du dessaisissement inopposable à la masse, mais que cette solution ne concerne précisément que ces agissements postérieurs au jugement déclaratif, et que par conséquent le système jurisprudentiel selon lequel la masse est en principe l'ayant cause du débiteur, sauf lorsqu'elle exerce des droits propres, est toujours d'actualité. A cela il faut répondre, et nous emprunterons là encore cette idée à Mme Brunet, que cette analyse "comme l'erreur de ne considérer le dessaisissement que comme concernant les seuls actes accomplis par le débiteur postérieurement au jugement déclaratif, alors qu'il faut envisager l'activité du débiteur d'une façon globale. La masse qui appréhende le patrimoine du failli se trouve dans une situation totalement différente de celle du créancier qui exerce l'action oblique. Puisque le failli est paralysé par le dessaisissement la masse agit en vertu d'un droit autonome et distinct de celui du débiteur (12). Elle se présente donc comme un tiers. Certes, elle doit respecter les engagements souscrits par le débiteur avant le jugement déclaratif : les droits réels et les droits personnels consentis par celui-ci. Mais le dessaisissement permet à la masse de méconnaître les actes du débiteur passés antérieurement au jugement déclaratif qui ne deviennent opposables aux tiers que moyennant une formalité complémentaire destinée soit à les publier (transcription, signification de la cession de créance) soit à leur donner date certaine (13) et lorsque ladite formalité n'a pas été accomplie avant le jugement déclaratif" (14). Par conséquent, tout conduit à considérer la masse comme étant a priori un tiers par rapport au débiteur, et cela quelle que soit la période à laquelle ont été passés les actes considérés.

11

Mais le dessaisissement ne conduit pas seulement à admettre que la masse est en principe un tiers vis-à-vis du failli, il a aussi pour effet de priver le débiteur (le débiteur seul dans le règlement judiciaire) du droit d'administrer et de disposer de ses biens. En effet, les articles

(12) Percerou et Desserteaux, n°94.

(13) Percerou et Desserteaux, n°96.

(14) A. Brunet, préc., n°49, p. 59 et 60.

14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967 prévoient que le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens emporte selon les cas, soit l'assistance du débiteur par le syndic, soit de manière plus radicale le remplacement du premier par le second, et cela pour tous les actes relatifs à l'administration ou à la disposition des biens du débiteur. Ce faisant, la question de la situation de la masse ne peut que ressurgir, car sa position de tiers ne permet pas d'expliquer pourquoi les actes passés par le syndic ou sous sa surveillance lui sont opposables. En d'autres termes, il convient en l'occurrence de se demander si la masse, tout en demeurant en principe un tiers, n'occupe pas exceptionnellement une autre situation qu'il faut de surcroît définir.

12

La Cour de cassation, suivie en cela par de nombreux auteurs, décide que lorsque des agissements ont lieu dans ce cadre, la masse est "l'ayant cause du débiteur dans le patrimoine duquel se réalisent les effets des actes d'exploitation" (15). La raison avancée est, soit là encore que la masse est sauf exception l'ayant cause du débiteur, soit plus subtilement qu'en l'espèce le syndic est le représentant du débiteur et que par conséquent si ses agissements sont opposables à la masse, alors qu'ils affectent exclusivement le patrimoine du débiteur, c'est donc que la première est l'ayant cause du second. A la vérité, ces deux arguments n'en forment qu'un car ils reposent l'un comme l'autre sur le même a priori et ne sont que les stades successifs d'un cercle vicieux. En effet, l'idée selon laquelle le représentant du débiteur ne peut être que le syndic ne s'appuie sur rien, si ce n'est sur la conviction que la masse est exclusivement ici l'ayant cause du débiteur ; dès lors, ce qui est présenté comme un enchaînement logique n'est, tout bien considéré, que la répétition d'un postulat unique relatif à la situation de la masse.

Or, cette proposition est inadmissible. Lorsque le syndic recueille les pouvoirs d'administration et de gestion du débiteur, ou lorsqu'il l'assiste, la masse ne devient pas l'ayant cause du failli. D'abord, il ne se produit, comme le rappelle M. Derrida, "aucune transmission du passif du

(15) Com. 16 mars 1965, D. 1966 63.

débiteur à la masse ; spécialement le passif né de la continuation des contrats en cours ou de la poursuite d'exploitation, malgré l'appellation de passif de masse (16) qui lui est généralement donné, est un passif personnel au débiteur, tout comme l'actif né dans les mêmes conditions appartient au débiteur" (17). Ensuite, "quand les créanciers, quelle que soit l'origine de leurs droits, sont payés sur les biens propres de la masse, le recours à la notion d'ayant cause universel du débiteur n'est d'aucune utilité, car ces biens proviennent d'action en inopposabilité ou en responsabilité auxquelles le débiteur est étranger et qu'il ne pourrait exercer lui-même ; comment pourrait-il transmettre des droits sur ces biens alors qu'il n'en a lui-même aucun" ? (18).

13

Parvenu à ce stade, deux solutions sont concevables. Selon M. Derrida, qui défend la première, le fait que le syndic représente le débiteur n'implique nullement que la masse soit l'ayant cause de ce dernier. Pour cet auteur, les actes passés après le jugement "sont accomplis par le débiteur, tout au moins en son nom et pour son compte, et non par la masse elle-même, l'intervention du syndic ne s'analysant pas nécessairement et uniquement en une participation de la masse ; lorsqu'elle a lieu dans le cadre du désaisissement, cette intervention engage directement le débiteur, sans interférence de la masse elle-même ; il ne se produit donc aucun transfert des pouvoirs du débiteur à la masse qui aurait exercé les droits de ce dernier, ni transmission des créances ou des dettes résultant de l'acte ; c'est pourquoi la masse ne saurait être ayant cause universel du débiteur ; les actes produisent effet directement dans le patrimoine du débiteur ; le syndic y ayant participé, ils sont opposables à la masse, d'autant plus qu'elle y a été présente par le syndic qui est son organe naturel. Ainsi l'opposabilité des actes passés par le débiteur ne suppose nullement que la masse soit son ayant cause ; il ne l'y a jamais représentée ; elle-même ne l'a pas davantage représenté ; et ce n'est pas parce que ne disposant d'aucun droit propre, elle n'est pas tiers au regard de ces actes, qu'elle doit être ayant cause du débiteur" (19).

(16) Sur ce point, cf. *infra* p.320 , n°243 et s.

(17) F. Derrida, *préc.*, R.T.D. Co. 1976, n°29, p. 21.

(18) F. Derrida, *préc.*, R.T.D. Co. 1976, n°29, p.21.

(19) F. Derrida, *préc.*, R.T.D. Co. 1976, n°30, p.22.

Mais cette argumentation n'est pas totalement convaincante. D'une part, il est difficile de voir ce que peut être la situation de la masse, si elle n'est ni tiers ni ayant cause du débiteur. D'autre part, ce système ne permet pas d'expliquer certaines solutions jurisprudentielles, et notamment celle relative à la responsabilité de la masse pour faute du syndic (20). Enfin, il conduit à admettre que le syndic joue un double rôle, l'un vis-à-vis de la masse, l'autre à l'égard du débiteur. Or, non seulement cela n'est guère compatible avec la personnalité morale de la masse "qui impose de ne voir dans le syndic que l'organe de la masse" (21), mais de plus, "une telle complexité dans les fonctions du syndic a toutes les chances de soulever des difficultés délicates à résoudre lorsqu'il faudra savoir si le syndic a agi en tant que représentant de la masse ou en tant que représentant du débiteur" (22). En réalité, il faut reconnaître avec Mme Brunet qu'il s'agit d'une complication inutile car "il est possible d'atteindre le résultat désiré en utilisant une autre voie, à la fois plus simple et plus saine : il suffit de considérer que c'est la masse elle-même qui a la qualité de représentant du débiteur si bien que le syndic se trouve cantonné dans la seule fonction qui soit logiquement concevable à son sujet, celle d'organe de la masse. Le problème de savoir en quelle qualité le syndic a agi est ainsi supprimé et renvoyé au niveau de la masse où il sera beaucoup plus facile de découvrir les éléments permettant d'apporter une solution cohérente à la difficulté" (23).

Il est vrai cependant que la masse, par l'intermédiaire de son organe le syndic, n'exerce les pouvoirs d'administration et de disposition du débiteur que dans la liquidation des biens ; en cas de règlement judiciaire, en effet, le débiteur n'est soumis qu'à la règle de l'assistance obligatoire, et conserve ainsi, sauf exception (24), la faculté de gérer son patrimoine. Par conséquent, le débiteur n'est, au sens strict du terme, représenté par la masse que dans la première de ces procédures. Mais "il importe

(20) Cf. infra p. 364, n° 277 et s.

(21) A. Brunet, préc., p. 83, n° 62.

(22) A. Brunet, préc., p. 35, n° 33.

(23) A. Brunet, préc., p. 36, n° 33.

(24) L'article 14 al. 2 de la loi du 13 juillet 1967 ne permet à la masse de représenter le débiteur que s'il refuse "de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine".

toutefois de remarquer que dans les deux procédures l'intervention de la masse est nécessaire pour qu'un acte concernant le patrimoine du débiteur soit valablement passé à l'égard de celle-ci" (25). Dès lors, "la différence entre le rôle que la masse joue dans la liquidation des biens et celui qu'elle joue dans le règlement judiciaire ne concerne que les modalités de son intervention et non son principe" (26).

14

L'application de ce système à la reprise des contrats en cours ne suscite aucune difficulté particulière. Il est exact que la masse doit en l'occurrence respecter les stipulations acceptées par le débiteur, à moins que la loi ne l'en dispense (27), et que dans cette mesure elle est l'ayant cause du débiteur. Mais cette situation ne doit pas faire illusion car elle n'est que la conséquence de l'exercice du droit de reprise qui appartient exclusivement à la masse et qui donc peut être considéré comme un droit propre. Plus exactement, lorsque la masse entend reprendre un contrat, elle ne se présente pas d'emblée comme l'ayant cause du débiteur ; elle commence par passer volontairement de la qualité de tiers à celle de représentant, puis elle use du droit d'exiger la reprise que lui accorde la loi de 1967 et l'applique à l'un des contrats figurant dans le patrimoine du débiteur. A cet égard, il faut se garder de croire que la masse agit en qualité de tiers, au prétexte qu'elle invoque un droit de reprise qui n'appartient qu'à elle. En effet, l'option instaurée par l'article 38 ne peut s'appliquer qu'aux contrats initialement conclus par le débiteur et figurant encore dans son patrimoine ; dès lors, le pouvoir dont dispose la masse, fut-il exorbitant du droit commun, est subordonné à sa qualité de représentant.

§ II : La notion de créancier de la masse

15

Lorsque le syndic réclame l'exécution d'un contrat, la jurisprudence et la pratique admettent depuis longtemps "que le cocontractant est créan-

(25) A. Brunet, préc., n° 59, p. 78.

(26) A. Brunet, préc., n° 59, p. 79.

(27) Cf. infra p. 299, n° 227 et s.

cier dans la masse pour la période antérieure au jugement et créancier de la masse à partir du moment où le syndic a manifesté son intention de poursuivre le contrat" (28). L'existence de cette dernière catégorie de créancier n'a rien d'étonnant; à partir du moment où la masse est dotée de la personnalité morale, et possède un patrimoine, il est tout à fait normal qu'apparaissent des créanciers qui auront pour gage l'actif de ce patrimoine.

Ce qui est plus discutable, en revanche, c'est que, selon la formule initiale, le cocontractant, et de manière plus générale tous les créanciers dont les droits sont nés du chef de l'activité du syndic, ont la masse pour obligée. Or cela est une erreur; la catégorie des créanciers de la masse, telle qu'elle est actuellement utilisée, englobe, comme l'a très bien montré Mme Brunet, deux sortes de créanciers totalement différents : d'une part ceux qui sont véritablement les créanciers de la masse personne morale et que nous appellerons vrais créanciers de la masse ; d'autre part ceux qui ne sont en réalité que les créanciers du débiteur en état de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, mais qui bénéficient d'un droit de préférence par rapport aux créanciers dans la masse et que nous appellerons désormais faux créanciers de la masse" (29).

Si cette distinction n'a jamais été reprise expressément par la jurisprudence, c'est parce que les tribunaux ne tirent pas toutes les conséquences de la personnalité morale de la masse, et surtout s'obstinent à considérer le syndic comme le représentant du débiteur, au risque d'oublier que la masse peut revêtir plusieurs qualités.

16 Avant 1956, et bien que la thèse de la personnalité morale de la masse se soit peu à peu imposée, la majorité des auteurs estimaient que les créanciers de la masse "étaient des créanciers du failli qui bénéficiaient d'une situation privilégiée, justifiée par l'idée que leur intervention permettait au syndic de conserver ou d'accroître le patrimoine du failli" (30). Bien sûr cela revenait à méconnaître la personnalité morale de la masse et à abonder dans le sens des quelques commentateurs qui soutenaient que

(28) Ripert et Roblot, t. II, n° 2963.

(29) A. Brunet, thèse préc., p. 91, n° 66.

(30) Ripert et Roblot, n° 2960, t. II.

cette entité n'était qu'une fiction (31), mais à l'époque, "la masse n'avait pas d'actif propre, appréciable en argent" (32), de sorte qu'il "n'aurait servi pratiquement à rien de leur permettre d'exercer leur droit sur cet actif" (33).

En reconnaissant la personnalité morale de la masse, et surtout en admettant que celle-ci pouvait acquérir un actif propre, la Cour de cassation aurait dû amener la doctrine à modifier radicalement son interprétation du concept de créancier de la masse. En effet, "a priori, il semblerait que la thèse qui voit dans le créancier de la masse le créancier de la personne morale que constitue la masse, doive l'emporter : la masse n'emprunte plus le patrimoine du débiteur, elle possède un patrimoine propre, plus rien n'interdit de considérer que les créanciers qui apparaissent postérieurement au jugement déclaratif du fait de l'activité du syndic sont effectivement les créanciers de la masse" (34). Pourtant, ce ne fut pas le cas et cela pour la simple raison que l'actif de la masse risquait de s'avérer incapable de désintéresser la totalité des créanciers de la masse. Pour éviter ce résultat, il fut alors admis que les créanciers dont les droits naissent des engagements du syndic les exerceraient sur les biens figurant à "l'actif de la faillite" (35), c'est-à-dire qu'ils seraient "à la fois créanciers du débiteur, conservant leur privilège traditionnel sur le patrimoine de celui-ci, et créanciers de la personne morale qu'est la masse, possédant sur son actif un droit de propriété commandé par l'autonomie de son patrimoine" (36).

17

Cette solution est totalement inadmissible. D'abord, d'un point de vue strictement pratique, il est certain, comme le remarque M. Cabrillac, qu'elle comporte une part d'arbitraire. Il se peut, par exemple, que les créanciers de la masse épuisent l'actif du failli alors que le patrimoine de la masse renferme des valeurs provenant du jeu des inopposabilités de la

(31) En ce sens, Thaller, "Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite", Rev. Crit., 1881, p. 632.

(32) Ripert et Roblot, t. II, n° 2960.

(33) Ripert et Roblot, t. II, n° 2960.

(34) A. Brunet, thèse préc., p. 97.

(35) En ce sens, Cass. com. 10 juin 1968, Bull. IV, n° 181.

(36) Ripert et Roblot, t. II, n° 2960.

période suspecte. Dans ces conditions, et pour peu que la solution jurisprudentielle qui impose une répartition égalitaire du patrimoine de la masse soit toujours d'actualité, "la situation des créanciers munis d'un privilège général est susceptible d'être gravement atteinte par le seul fait, purement accidentel, que la somme distribuée aux créanciers de la masse provient d'un patrimoine plutôt que d'un autre. Peut-on permettre au hasard de la liquidation, voire à l'arbitraire du syndic, de mettre en échec un privilège général ? Le danger est d'autant plus grand que les sommes provenant des biens du failli apparaissent normalement plus tôt que les sommes obtenues par le jeu de la période suspecte" (37).

Ensuite, et cela est plus grave, cette formule est sur un plan théorique incompatible avec certains des principes dégagés par la jurisprudence. D'une part, "autoriser les créanciers de la masse à se payer sur les biens du failli, oblige l'interprète à s'interroger sur le degré d'autonomie de la masse par rapport au débiteur. Si en définitive, les créanciers de la masse sont payés sur l'actif de la faillite, il n'aura servi à rien de tirer de l'ombre le patrimoine de la masse après avoir proclamé l'existence de la personnalité morale" (38). D'autre part, il est pour le moins surprenant que les bénéfices résultant de la continuation d'exploitation ou de la reprise des contrats entrent dans le patrimoine du débiteur, au prétexte que le syndic agit en l'occurrence comme le représentant du débiteur, alors que les dettes issues de ces mêmes opérations frappent indifféremment le patrimoine du débiteur ou celui de la masse. De deux choses l'une, ou bien, comme le pense la majorité de la doctrine, "le syndic, lorsque son activité fait naître des dettes de la masse, agit en sa double qualité d'organe de la masse et de représentant du débiteur" (39) et dans ce cas l'actif de la masse doit, juste retour des choses, profiter lui aussi de ces agissements, ou bien le syndic est uniquement le représentant du débiteur, "dans le patrimoine duquel se réalise les effets des actes d'exploitation" (40) et dès lors, il n'est pas concevable que la masse réponde de quelque manière que ce soit des dettes afférentes à cette activité.

(37) M. Cabrillac, note sous Com. 27 octobre 1964, D. 1965, 129.

(38) A. Brunet, thèse préc., p. 99.

(39) Ripert et Roblot, t. II, n° 2960.

(40) Cass. com. 16 mars 1965, préc.

Enfin, cette position repose tout entière sur la possibilité qu'aurait le syndic de représenter simultanément le débiteur et la masse, au cours d'une seule opération. Mais cela est faux ; non seulement nous pensons que le syndic est exclusivement l'organe de la masse (41), mais qui plus est, même en admettant que le syndic soit aussi le représentant du débiteur, il n'en demeure pas moins que cette faculté de représenter l'un ou l'autre est alternative et non cumulative. Car enfin, il est impossible, sous peine de ruiner totalement l'autonomie juridique et patrimoniale de la masse, que cette dernière puisse être engagée par autre chose que l'utilisation de l'un de ses droits propres. Au surplus, si tel était le cas il faudrait alors corrélativement reconnaître que le patrimoine du débiteur supporte les charges issues des activités propres de la masse ce qui est inadmissible.

18

En définitive, le tort de cette analyse est donc de proposer un modèle qui ne tient pas suffisamment compte de la personnalité juridique de la masse, et qui, ce faisant, nie les divergences de nature qui séparent les diverses créances auxquelles l'activité du syndic donne lieu. En réalité, il faut, pour approcher de manière satisfaisante, le concept de créancier de la masse, ne pas perdre de vue que celle-ci, par l'intermédiaire de son organe le syndic, peut revêtir diverses qualités dont il importe de tenir compte pour définir la portée des obligations contractées. En effet, et c'est à M. Lucas que revient le mérite de l'avoir affirmé le premier, "il n'est plus question de soutenir comme par le passé que toutes ces dettes doivent être soumises à un régime uniforme, sous la commune désignation de "dettes de masse" (42). Il faut, ajoute cet auteur, "recourir au critère tiré de la qualité prise par la masse : les nouvelles dettes pèsent sur le débiteur lorsque le syndic se borne à en assurer l'opposabilité à la masse, alors ayant cause du débiteur ; elles pèsent uniquement sur la masse si le syndic exerce les droits propres de cette dernière" (43).

Cette formule doit être approuvée dans son principe. Il est exact, comme l'écrit M. Roblot, qu'une analyse approfondie doit conduire à faire une

(41) Cf. supra p. 12, n°9 .

(42) H.J. Lucas, "Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", R.T.D. Co. 1969, p. 913, n° 37.

(43) H.J. Lucas, préc., n° 37.

distinction parmi les créanciers de la masse."Il en est dont le droit naît à l'occasion de l'exercice des droits propres à la masse : tel est le cas pour les frais de justice engagés dans une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux sur le fondement de l'article 99 de la loi de 1967. On est alors en présence de créanciers de la masse au sens plein de l'expression. Ces créanciers ont pour gage l'actif propre de la masse. ... Dans d'autres hypothèses, la masse exerce les droits et actions du débiteur. Les créanciers dont les droits naissent de ces engagements ont pour gage normal l'actif du débiteur, avec droit de préférence sur les créanciers dans la masse" (44).

Toutefois, dans la mesure où nous estimons que la masse n'est jamais l'ayant-cause du débiteur, mais tout au plus son représentant (45), il faut adapter le système préconisé par M. Lucas aux résultats de notre analyse de la situation de la masse vis-à-vis du débiteur. Ainsi, "chaque fois que l'activité du syndic fait apparaître un créancier, il faut se demander à quel titre la masse, par l'intermédiaire de son organe le syndic, a agi. Si la masse s'est bornée à représenter le débiteur, c'est-à-dire si elle a accompli un acte qui ressortit aux pouvoirs d'administration et de disposition du débiteur qu'elle a récupérés, le créancier n'est qu'un faux créancier de la masse et n'a qu'un droit de préférence sur le patrimoine du débiteur. Si la masse agit en tant que tiers par rapport au débiteur, le créancier est un vrai créancier de la masse personne morale et il a pour gage l'actif de son patrimoine" (46).

19 A cet égard, il est impossible d'approuver la position de M. Derrida qui soutient que les créances résultant de la continuation d'exploitation ou de l'exécution d'un contrat en cours, "tout en incombant personnellement au débiteur, peuvent être payées sur l'actif propre de la masse" (47). A

(44) Ripert et Roblot, n° 2960 in fine.

(45) Cf. supra p.13, n°10 et s.

(46) A. Brunet, thèse préc., p. 103, n° 72.

(47) F. Derrida, "Observation sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D.1981, chron. 274, n° 14 ; "Les différentes catégories de créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif", D. 1974, chron. 292, n° 8.

l'appui de son affirmation, cet auteur fait valoir, tout d'abord, que "la notion même de passif dit de masse a été imaginé pour justifier le paiement préférentiel dont bénéficieront ces créanciers ; ceux-ci doivent être payés avant les créanciers dans la masse ; cet objectif ne serait évidemment pas atteint si ces derniers étaient payés sur l'actif propre de la masse alors que les premiers ne le seraient pas totalement sur les biens du débiteur ; ce serait aller à l'encontre même du résultat voulu que de payer les créanciers dans la masse avant les créanciers dits de la masse, emploierait-on pour cela l'actif propre de la masse" (48). Il ajoute, d'autre part, que "pour donner à la solution un fondement juridique il faut se référer au particularisme de la personnalité morale de la masse dont l'objet spécifique est, indépendamment de la collectivisation de la poursuite des créanciers, d'assurer sur une base égalitaire le paiement des créanciers dont le droit était antérieur au jugement. Dans la mesure où l'actif propre de la masse tend à ce paiement, on peut admettre cette personnalité morale. Mais on ne peut pousser son indépendance au point d'exclure sur cet actif l'action des créanciers dont le droit est certes né après le jugement, mais qui ont fourni leurs prestations dans l'intérêt commun du débiteur et de la masse elle-même ; assurément celle-ci ne s'est-elle pas nécessairement enrichie et il n'est pas question de faire ici application de la théorie de l'enrichissement sans cause ; mais on ne saurait ignorer que les créanciers dont il s'agit ont pris en considération, pour traiter après le jugement, la situation résultant de l'ensemble de la procédure, c'est-à-dire aussi bien celle du débiteur que celle de la masse ; c'est pourquoi ils doivent être des créanciers de la procédure" (49).

Ce raisonnement appelle plusieurs critiques. Il faut remarquer tout d'abord qu'il est plus que douteux que ces créanciers aient tenu compte d'un patrimoine qui n'est pas celui du débiteur et qui, de surcroît, n'était pas encore forcément constitué à l'époque où ont été acquises leurs créances. Ensuite, même à supposer que ces créanciers aient cru de bonne foi avoir pour gage le patrimoine de la masse, cette seule constatation n'est en aucun cas suffisante pour contraindre cette dernière à les désin-

(48) F. Derrida, préc., D. 1981, chron. 274, n° 14.

(49) F. Derrida, préc., D. 1974, chron. 292, n° 9.

téresser. Enfin, et ce sera notre troisième critique, la solution proposée par M. Derrida, réduit à néant l'autonomie financière de la masse, car non seulement la possession d'un actif ne lui sera dans ces conditions d'aucune utilité, mais de plus, il s'ensuivra tôt ou tard une confusion entre le patrimoine du débiteur et celui de la masse. A cela, il a été rétorqué que "l'objection serait importante, et même décisive, si la masse devait répondre du passif né après le jugement à titre principal, de la même manière, sur le même plan, que le débiteur soumis à la procédure collective lui-même ; or il n'en est rien ; la masse joue plutôt le rôle de garant qui dispose d'un recours contre le débiteur, à supposer que celui-ci recueille un actif" (50). Mais cette remarque ne prouve rien, bien au contraire. L'important en l'espèce n'est pas que la masse soit engagée à titre subsidiaire ou à titre principal, mais de savoir de manière plus radicale si oui ou non elle peut être engagée sans en avoir manifesté l'intention. Or de ce point de vue, la réponse ne peut qu'être négative. Mis à part l'hypothèse d'une faute du syndic (51), il faut, pour que la masse personne morale soit obligée qu'elle ait agi en tant que tiers par rapport au débiteur. Or ce n'est pas le cas ici ; la masse use des pouvoirs d'administration et de disposition du débiteur, et agit par conséquent comme le représentant de celui-ci. Dès lors, "les effets de l'acte ne produisent dans le patrimoine du débiteur et le soi-disant créancier de la masse n'est en réalité qu'un créancier du débiteur, qui bénéficie d'un droit de préférence par rapport aux créanciers dans la masse" (52).

(50) F. Derrida, préc., D. 1981, 275, note 78.

(51) Cf. infra p. 364, n°277 et s.

(52) A. Brunet, thèse préc., p. 103, n° 72.

SECTION II : LE PROJET DE RÉFORME

20

Le projet de loi relatif au règlement judiciaire enregistré en juin 1983 (53), vise à remplacer à la fois la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens et l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur la suspension provisoire des poursuites. Il prévoit, en cas de cessation des paiements, une procédure unique de "règlement judiciaire" comportant deux phases : tout d'abord une période d'observation dont la durée maximale de neuf mois serait plus ou moins longue selon l'importance de l'entreprise (54), puis "un plan d'entreprise" dont le but sera, soit la continuation de l'entreprise, soit la cession totale ou partielle de son actif, moyen qualifié par le ministère de la justice de "radicalement nouveau" (55), soit à défaut la liquidation.

En outre, et cela concerne plus directement notre propos, ce projet apporte des changements qui, sans remettre en cause le principe de la reprise des contrats en cours, semble en bouleverser le mécanisme. Il s'agit d'une part de la disparition de la masse et d'autre part du démantèlement de la fonction de syndic dont les activités seraient dévolues tantôt à un "administrateur", tantôt à un "représentant des créanciers". Cependant, cette refonte est moins radicale qu'il n'y paraît, cela du moins à s'en tenir à la question de l'exécution des contrats en cours. En effet, la disparition de la masse et celle de son organe, le syndic, ne modifient pas fondamentalement les données et les solutions des problèmes que suscite l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967.

21

Selon la note de présentation de l'avant projet, la nouvelle procédure de "règlement judiciaire des entreprises en difficulté" aurait pour objec-

(53) Ce projet de loi relatif au règlement judiciaire a été enregistré le 14 juin 1983 sous le n°1578.

(54) Art. 8, al. 2.

(55) Note de présentation de l'avant projet de loi sur le règlement judiciaire des entreprises en difficulté, p. 3, diffusé en février 1983.

tif d'assurer par priorité la sauvegarde de l'outil industriel viable et le maintien de l'emploi, sans pour autant sacrifier les créanciers. Moyennant un gel momentané des créances et une poursuite contrôlée d'exploitation, il s'agira de permettre l'élaboration sous l'égide d'un expert indépendant et la fixation par le tribunal d'un plan d'entreprise" (56). Mais cette formule, qui ménage chacune des parties en présence, ne doit pas faire illusion. En réalité, il faut étendre à l'hypothèse du "règlement judiciaire", les commentaires qu'a inspiré au garde des Sceaux, le projet de loi relatif à "la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises". Selon le ministre de la justice, il faut, pour "sauver les entreprises ou les unités de production viables (un droit) réaliste (qui) marquera la primauté donnée à l'économique sur le juridique" ; "ce n'est donc ni la protection de l'emploi à tout prix, ni la défense des droits et privilèges, parfois source de paralysie, des créanciers qui inspirent le nouveau droit" (57).

22

Cette démarche explique très certainement qu'aucun des textes en préparation ne fasse allusion à la masse des créanciers, car cette abstention traduit bien la préoccupation essentielle de la réforme : le maintien de l'entreprise, fût-ce aux dépens momentanés des tiers. Au demeurant, même s'il se trouvait un texte qui, comme l'article 13 alinéa 1 de la loi de 1967, fasse référence à l'existence d'un groupement organisé des créanciers, cela n'aurait guère de portée. En effet la mention de l'existence d'une masse des créanciers n'a d'intérêt que dans la mesure où elle débouche sur l'attribution de la personnalité juridique. Or, ce résultat, dans la réforme en préparation, ne peut plus être atteint, car l'existence d'un actif propre à la masse y est nié. L'article 112 du projet prévoit ainsi que le produit de l'action "en nullité" (actuellement action en inopposabilité) a pour effet "de reconstituer l'actif du débiteur", et n'entre plus dans celui de la masse. De même l'article 181, qui devrait remplacer l'actuel article 99, précise que les sommes versées par les dirigeants "entrent dans

(56) Note de présentation, préc. p. 3.

(57) Propos tenus par M. Badinter le 4 juillet 1983 lors de la discussion relative au projet de loi "relatif à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises", Journal "Le Monde" du 6 juillet 1983, p.6.

le patrimoine du débiteur" et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise en tenant compte du rang des créances. Cette seconde disposition est d'ailleurs malheureuse car l'on peut se demander ce que deviendront les versements effectués par les dirigeants fautifs, lorsqu'aucune poursuite d'activité n'interviendra ; mais là n'est pas le problème principal. Ce qu'il importe en l'occurrence de remarquer, c'est que les deux éléments qui composent traditionnellement l'actif de la masse sont transférés dans le patrimoine du failli. A quoi bon dès lors soutenir que la masse des créanciers est dotée de la personnalité morale ? Il est à vrai dire beaucoup plus plausible que le réformateur ait purement et simplement banni le terme même de "masse" pour marquer sa volonté de rompre avec les solutions acquises sous l'empire de la loi de 1967.

Appliquée au problème des contrats en cours, la disparition de la personnalité morale accordée traditionnellement au groupement des créanciers a pour effet immédiat d'interdire à ce dernier toute représentation du débiteur ; d'une part, à défaut de personnalité juridique, le principe même de la représentation du failli par le groupement des créanciers est exclu ; d'autre part, puisque le représentant des créanciers n'est plus pour autant l'organe de la masse, il n'est pas possible d'admettre plus longtemps que la faculté d'exiger la reprise des contrats en cours est un droit du groupement que son représentant ne fait qu'exercer en ses lieux et place.

23

Qui plus est, et c'est le second aspect de la réforme qui doit être souligné, le représentant des créanciers ne dispose plus de la possibilité de demander la poursuite des contrats en cours. En effet, il est prévu dans l'article 10 du projet que dans le jugement d'ouverture, le tribunal désigne le juge commissaire, un ou plusieurs administrateurs, un représentant des créanciers et invite le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel à faire choix d'un représentant des salariés. Les articles 102, 112 et 149 précisent en outre que le représentant des créanciers remplit une triple fonction : d'une part, il vérifie les créances qui lui sont déclarées et transmet, avec ses observations et toutes preuves justificatives, au juge commissaire une proposition d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente (58) ; d'autre part, il peut exercer l'ac-

(58) Art. 102.

tion "en nullité" (59) ; enfin, il est nommé en qualité de liquidateur par "le tribunal qui prononce la liquidation de l'entreprise" (60). Mais en aucun cas il ne peut user, comme le fait le syndic, des pouvoirs d'administration et de disposition qui appartiennent au débiteur; ceux-ci sont exercés, selon l'article 31 du projet, soit par le chef d'entreprise sous la surveillance de l'administrateur, soit par l'administrateur lui-même. Quant à la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours, elle est, d'après l'article 36, l'apanage exclusif de l'administrateur. Par conséquent, même en considérant la "masse" comme une personne morale, il ne peut être soutenu dans le cadre de ce projet, qu'elle représente le débiteur en cas de reprise d'un contrat.

24

Telle qu'elle est proposée, la nouvelle procédure "de règlement judiciaire des entreprises" s'appuie donc sur "une transformation du statut des mandataires de justice". A ce propos, M. Badinter explique, fort justement à notre avis, que "ce sont ici moins les hommes que les fonctions et leur organisation qui sont en cause. Dans un système moderne, il n'est plus possible que relèvent d'une profession unique des intérêts éventuellement opposés : la représentation de l'entreprise et celle des créanciers, la mission de gestion et celle de liquidation ; à la profession unique, celle de syndic, succèdera donc la dualité des professions et des fonctions, celle d'administrateur et celle de mandataire liquidateur" (61).

Mais alors, le titulaire de l'option n'a donc plus rien à voir avec le groupement des créanciers, et dans ces conditions il semble bien que le mécanisme de la reprise soit totalement modifié. En réalité, il n'en est rien, et cela justement grâce au second changement introduit par le projet : la disparition de la personnalité morale de la masse.

En effet, la position que nous défendons dans le cadre de la loi de 1967 et qui consiste à faire de la masse, par l'intermédiaire de son organe le syndic, le représentant du débiteur (62) n'a pas valeur de dogme. Elle

(59) Art. 112.

(60) Art. 149.

(61) Journal "Le Monde" préc., p. 6, 1^o col.

(62) Cf. supra p.13, n^o 10 et s.

est uniquement fondée sur la nécessité d'expliquer pourquoi les agissements du syndic sont opposables à la personne morale que constitue la masse et qui de ce fait est un tiers. Mais, à partir du moment où la masse n'est plus dotée de la personnalité juridique, cette construction ne s'impose plus, et cela d'autant plus qu'aucune confusion n'est à redouter entre le titulaire de l'option et le représentant des créanciers. En d'autres termes, il n'est plus nécessaire de chercher une explication permettant de transformer un tiers en représentant puisque la masse n'a plus la personnalité juridique et de ce fait ne peut plus être considérée comme un tiers.

25

La non participation du groupement des créanciers à la reprise des contrats pourraient cependant poser quelques difficultés lorsqu'il s'agira de justifier le droit de préférence de ceux que nous avons convenu d'appeler les faux créanciers de la masse (63). En effet, selon nous cette situation préférentielle s'explique actuellement par le fait qu'il existe un engagement de la masse consistant, non pas à garantir personnellement le règlement de pareilles dettes, mais à ce qu'elles soient payées par préférence sur l'actif du débiteur (64). Dès lors si les créanciers sont totalement étrangers à la reprise des contrats en cours et plus généralement aux actes d'administration et de disposition passés par l'administrateur, il n'y aura plus aucun fondement à la situation privilégiée des créanciers apparus du chef des activités de l'administrateur, et, à défaut de texte expresse, la situation de ces derniers sera pour le moins malaisée. Mais précisément, l'article 39 du projet, dont la cohérence en la matière mérite d'être soulignée au passage, prévoit que "les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité continue à titre provisoire ou définitif. En cas de cession totale ou de liquidation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail.

(63) Cf. supra p. 19, n° 15 et s.

(64) Cf. infra p. 376, n° 288.

Par conséquent, cette question n'aura pas lieu d'être, pas plus que celle relative à d'éventuels recours des faux créanciers de la masse vis-à-vis du groupement des créanciers ; en effet cela supposerait que ce groupement soit doté d'un patrimoine, ce qui n'est pas le cas.

26

Quant aux grands problèmes suscités par le domaine, la mise en oeuvre ou les modalités de la reprise, ils sont identiques à ceux que provoque actuellement l'article 38. L'article 36 du projet, en précisant que l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie conduit là encore à se demander ce qu'il faut entendre par contrats en cours, de quelle manière l'administrateur doit prendre parti, ou encore ce que recouvre la notion de prestation promise à l'autre partie. Il est vrai toutefois que le projet tente d'apporter une réponse à certaines de ces questions en affirmant, d'une part que "le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture, le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvrant droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif"; d'autre part que "notobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut produire effet, du seul fait de l'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire". Mais cela ne fait qu'entériner de façon maladroite des solutions admises déjà depuis un certain temps. Par exemple, l'absence de disposition relative aux contrats conclus "en considération de la personne" laisse, comme par le passé, libre cours à toutes les interprétations car le critère proposé habituellement est par trop imprécis (65). Qui plus est, on peut se demander si l'alinéa 5 du dit article, qui rend caduque toute résolution du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de "règlement judiciaire", ne risque pas de rendre sans objet les clauses résolutoires acquises avant le jugement.

(65) Cf. infra p.60 , n°46 et s.

PREMIERE PARTIE

LES PRINCIPES GOUVERNANT LE DROIT D'OPTION

27

L'article 38 alinéa 1 de la loi du 13 juillet 1967, qui accorde au syndic en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie, reprend un principe qui était déjà admis avant 1967, bien qu'il ne fut énoncé de manière expresse que pour certains contrats.

Cette possibilité accordée au syndic lui permet à la fois d'exiger la poursuite des contrats en cours dont le maintien paraît avantageux, et d'éviter une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts en cas de résiliation. Elle est sans aucun doute exorbitante du droit commun et comporte de ce fait certaines conditions qui relèvent tantôt du domaine du droit d'option, tantôt de sa mise en oeuvre.

TITRE 1 : LE DOMAINE DU DROIT D'OPTION

TITRE 2 : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION

TITRE 1

LE DOMAINE DU DROIT D'OPTION

28

Aux termes de l'article 38, qui ne vise que les contrats en cours au jour de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire, le droit d'option accordé au syndic ne concerne ni les contrats résiliés par application d'une clause résolutoire expresse acquise avant le jugement déclaratif, ni ceux dont la réalisation est intervenue avant l'ouverture de la procédure.

Ainsi, par exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que "lorsque des contrats de crédit-bail prévoient qu'ils pourront être résiliés par la société bailleuse, sans qu'elle ait besoin de remplir aucune formalité judiciaire, ni effectuer aucune mise en demeure, celle-ci étant constituée par la seule arrivée du terme en cas de non paiement à une échéance d'un seul terme du loyer, ... c'est à bon droit que le juge des référés a constaté la résiliation des contrats résultant du non paiement des loyers alors que par lettre recommandée avec accusé de réception, la société en avait réclamé le règlement, en mentionnant la sanction qui y était attachée ; sa décision ne saurait être infirmée au motif que, le règlement judiciaire de la société locataire ayant été prononcé quelques jours après l'ordonnance de référé, le syndic se prévaut de la faculté que lui confère l'article 38 alinéa 1 de la loi du 13 juillet 1967 d'exiger l'exécution des contrats en cours ; en effet, la clause de résiliation sans formalité, ni mise en demeure, à défaut de paiement d'un seul terme de loyer, a produit tous ses effets antérieurement au prononcé du règlement judiciaire de sorte qu'à ce moment les contrats se trouvaient résiliés depuis longtemps et n'étaient plus des contrats en cours" (1).

(1) Aix-en-Provence, 17 décembre 1976, Bull. Aix 1976.4, n°399, p.108, D. 1977, I.R. 379.

De même un arrêt de la Chambre commerciale, en date du 18 novembre 1980 a précisé que "dès lors que, conformément à la convention des parties, l'acheteur doit devenir propriétaire du terrain vendu dès la réalisation de la condition suspensive, que celle-ci s'est accomplie et que la vente est donc réalisée, avant le prononcé du règlement judiciaire de l'acheteur, le syndic n'a pas à se prononcer sur la poursuite de l'exécution de la convention, même s'il reste encore à signer l'acte authentique et à payer le prix" (2).

En revanche, tous les contrats qui sont en cours d'exécution au moment du jugement déclaratif peuvent en principe faire l'objet du droit d'option instauré par l'article 38. Toutefois, il existait avant 1967 deux catégories d'exception dont il importe de connaître le sort à la lumière des dispositions législatives actuelles : il s'agit d'une part, des contrats qui étaient déclarés résiliés ou résolus de plein droit par la faillite ou le règlement judiciaire, soit parce qu'ils comportaient une clause résolutoire expresse, soit parce qu'ils étaient empreints d' intuitu personae , et d'autre part des conventions, qui tout en pouvant faire l'objet d'une reprise en vertu du droit commun, n'en obéissaient pas moins à une réglementation particulière.

(2) Cass. soc., 18 novembre 1980, Bull. V , n° 383, p. 309, D. 1981, 131.

C H A P I T R E I

LE PROBLÈME DE LA RÉOLUTION DE PLEIN DROIT DE CERTAINS CONTRATS

29

En principe, le prononcé d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire n'a pas pour effet d'entraîner de plein droit la résolution ou la résiliation des contrats en cours, ce qui permet au syndic d'en exiger la poursuite en vertu de l'article 38.

Toutefois, cette solution acquise avant 1967 connaissait à cette époque deux catégories d'exceptions. Il s'agissait d'une part de la clause de résiliation de plein droit pour cause de liquidation des biens, "dont la validité était admise sans discussion, par application des principes du droit commun, car elle constitue un pacte commissaire" (3) ; d'autre part, des contrats conclus intuitu personae qui, en vertu de l'application des textes du Code civil étaient résiliés ou résolus de plein droit par la déconfiture du débiteur (4). Il convient donc de se demander si ces exceptions doivent être reconduites dans le cadre de la législation actuelle, ou si au contraire les dispositions de l'article 38 ne les font pas disparaître.

(3) Ripert et Roblot, t. II, n° 3067.

(4) Ripert et Roblot, t. II, n° 3066.

SECTION I : LE SORT DES CONTRATS FAISANT L'OBJET D'UNE CLAUSE
DE RÉSILIATION OU DE RÉOLUTION EXPRESSE

30

Il arrive fréquemment que les parties insèrent, au moment de la conclusion du contrat, une clause en vertu de laquelle celui-ci sera résolu ou résilié de plein droit au cas où l'un des cocontractants ne satisferait pas à ses engagements.

Ces clauses résolutoires, dites encore "pactes commissaires exprès", jouissent sans aucune doute d'une validité de principe. "Elles sont à ranger au nombre des stipulations qui permettent aux parties désireuses de prévoir l'avenir, de se prémunir contre les événements de nature à modifier l'équilibre contractuel. Elles constituent une illustration remarquable de la tendance générale des contractants à substituer aux règles légales des règles conventionnelles aménagées par la pratique" (1).

Mais si ces clauses possèdent ainsi l'avantage de renforcer efficacement la garantie du créancier, elles peuvent aussi présenter de sérieux inconvénients, non seulement pour le débiteur, mais encore pour les tiers. C'est le cas, notamment, de la clause qui prévoit la résiliation ou la résolution de plein droit, lors de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire de l'une des parties. A la supposer valable, elle permet au créancier de se garantir contre l'insolvabilité du débiteur, en lui assurant un droit de préférence opposable à la masse ; elle est alors beaucoup plus dirigée contre les tiers que contre le débiteur lui-même.

31

Avant 1967, la doctrine admettait, en vertu du principe de la liberté des conventions, la validité de telles clauses (2). Cependant, dans le sou-

(1) J. Borricand, "la clause résolutoire expresse dans les contrats", R.T.D. Civ. 1957, p. 440.

(2) J. Borricand, préc. p.439 ; Percerou et Desserteaux, t.2, n°885 ; Lyon-Caen et Renault, t.8, n°888 ter ; M. Pedamon, "Des clauses résolutoires expresses pour cause de faillite ou de règlement judiciaire dans les ventes mobilières", D. 1963, chron. 145 ; R. Houin, R.T.D.Co. 1959, p. 196, n°56 ; A. Guelot, "De l'effet juridique des clauses de résiliation de baux commerciaux en cas de mise en liquidation judiciaire du locataire", G.P.1952, doct. 29 ; Kayser, "Le droit de résolution du vendeur de meubles face à la faillite de l'acheteur", Ann. droit com.1932, p. 270 et 271.

ci de protéger les intérêts de la masse, le législateur et les tribunaux leur ont manifesté une hostilité croissante.

En particulier, le décret n° 53960 du 30 septembre 1953, repris par l'article 52 de la loi du 13 juillet 1967, a interdit la clause de résiliation de plein droit en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire du locataire, lorsqu'il s'agit de bail d'immeuble affecté à l'activité professionnelle du débiteur. La même condamnation de la clause résolutoire se retrouve en matière de concession immobilière (3). Enfin, selon l'article 1831-5 du Code civil, "le règlement judiciaire ou la liquidation des biens n'entraîne pas de plein droit la résiliation du contrat de promotion immobilière, toute stipulation contraire est réputée non écrite".

En pratique, la clause résolutoire était surtout utilisée dans la vente de meubles, notamment lorsque celle-ci comportait des livraisons successives, mais elle n'avait d'utilité que pour les livraisons qui n'avaient pas encore été effectuées ; en effet, il était acquis qu'en matière de procédure collective, la livraison empêchait toute revendication du vendeur. De plus, même dans l'hypothèse où la livraison n'était pas encore faite, la Cour de cassation avait décidé (4) que le fonctionnement de la clause pouvait être paralysé par l'offre d'exécution du syndic. Elle fondait sa solution sur l'article 551 alinéa 1 du Code commercial d'après lequel le syndic disposait de la faculté d'exiger la livraison d'une marchandise en payant au vendeur le prix convenu.

La loi de 1967 n'a pas conservé les dispositions particulières de l'article 551, mais l'article 38 en reprend les termes mot pour mot, en leur imprimant une portée générale. Dès lors, rien n'interdit de soutenir que le syndic peut désormais paralyser le fonctionnement de la clause au nom de l'option que lui confère l'article 38. Toutefois, il ne faudrait pas en conclure que cette clause est réputée non écrite ; elle est seulement inopposable à la masse.

(3) Loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, art. 53 et 58.

(4) Com. 29 mai 1962, J.C.P. 1962.II.12886 obs. J.A., D. 1962-698, R.T.D. Co. 1963, p. 354, n°7 obs. J. Hémar, p. 679, n°84 obs. R. Houin, qui casse Rennes 25 novembre 1958, G.P. 1959.I.74; M.Pédamon, chron. préc.; R. Houin, préc.

§ 1 : L'inefficacité de la clause résolutoire expresse pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire

32

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Toulouse le 25 avril 1972 (5), et cela malgré l'opinion contraire de nombreux auteurs (6). Le 2 mai 1967, une société civile immobilière avait conclu avec une entreprise de travaux un marché se référant à la norme AFNOR, dans lequel il était précisé que le contrat serait "résilié de plein droit en cas de faillite ou de liquidation judiciaire à moins que dans un délai de deux mois, l'entrepreneur n'ait obtenu son concordat et ne soit maintenu personnellement à la tête de son affaire". Le règlement judiciaire de l'entreprise ayant été prononcé le 17 décembre 1968 et celle-ci n'ayant pas bénéficié d'un concordat dans les délais prévus, la société civile immobilière résiliait le marché le 7 mai 1969. Le syndic intenta alors une action en dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par la résiliation unilatérale du marché. Il invoquait à l'appui de sa demande que l'entreprise en règlement judiciaire ne se trouvait pas dans l'un des cas prévus par la norme AFNOR et que de surcroît elle avait bénéficié de l'autorisation de poursuivre son exploitation. Le Tribunal de grande instance de Toulouse, pour le débouter de sa demande, avait dans un jugement du 13 février 1971 (7) déclaré que si les termes de la norme AFNOR n'avaient pas été mis en harmonie avec les nouvelles dispositions légales, il n'en demeurerait pas moins que le principe de la résolution de plein droit du marché demeurerait en vigueur au cas de constatation de la cessation des paiements, à défaut d'un concordat qui n'était en l'espèce intervenu que 17 mois après le rè-

(5) Toulouse 25 avril 1972, Quot. Jurid. 6 sept. 1972, D. 1973-490, note A. Honorat ; dans le même sens Aix en Provence, 12 sept. 1974, D. 1975, Somm. 14 ; T.G.I. Digne 1er déc. 1972, J.C.P. 1973.IV.305, note J.A. ; Trib. Co. Lons le Saunier 16 févr. 1973, Rev. de Jur.Com., 1973, p.192.

(6) Voyez cependant G. Bachasson, thèse préc., p. 69 et s. ; M. Hardouin, thèse préc., p. 155 et s. ; B. Lyonnet, "Autorité du contrat et autorité du jugement déclaratif de liquidation des biens ou de règlement judiciaire", Rev. de Jur. com. 1973, p. 175 et s. ; J.C. Raffray, "La substitution des cocontractants en cours d'exécution des contrats", thèse Montpellier, 1977, p. 276 à 281 ; B. Teyssié, "Les clauses de résiliation ou de résolution", Cah. dr. entreprise, 1975-I, p. 13 et s.

(7) T.G.I. Toulouse, 13 février 1971, Quot. Jurid. 6 avril 1972, p. 9.

gement judiciaire. D'autre part, toujours selon ce jugement, la continuation de l'exploitation n'entraînait pas le maintien personnel du débiteur à la tête de ses affaires, comme l'exige la norme AFNOR. Ce jugement est infirmé par la Cour d'appel de Toulouse et ceci au motif que "le droit d'option du syndic, institué par une disposition d'ordre public, ne peut être mis en échec par la clause d'un contrat prévoyant la résiliation de plein droit en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens".

33

La prise de position que révèle cet attendu laconique a suscité en doctrine de nombreuses objections (8). Sur le terrain exégétique tout d'abord, d'aucuns ont avancé que si pour certains contrats importants le législateur a pris le soin de réputer non écrites les clauses de résiliation de plein droit en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, c'est que bien évidemment l'article 38 de la loi de 1967 n'édicte en la matière aucune solution de portée générale ; autrement ces dispositions particulières n'auraient aucune raison d'être. De surcroît, comme le note M. Derrida, "on ne peut parler en l'occurrence d'une inadvertance législative, tant ces dispositions sont nombreuses et étalées dans le temps ; le législateur n'a pu de la sorte qu'admettre que ces dispositions dérogeaient au principe général de la validité des clauses de résiliation de plein droit" (9). C'est d'ailleurs, ajoute cet auteur, en ce sens que sembleraient aller les travaux préparatoires de la loi de 1967 : "Le rapport de la commission du Sénat (n° 313, p. 36) a nettement indiqué que le projet confirme le principe actuellement appliqué par la jurisprudence et selon lequel le règlement judiciaire ou la liquidation des biens n'interrompt pas les contrats en cours. Si le texte consacre le régime antérieur, doit subsister la solution admise dans ce régime selon laquelle les clauses de résolution de plein droit sont en principe opposables à la masse et produisent effet" (10).

(8) A. Brunet, thèse préc., p. 163, n°115 ; A. Honorat, J. Class., art. 487 à 614-26, Fasc. F10, n°40 ; F. Derrida, "La réforme du règlement judiciaire et de la faillite", Defrenois 1969, n°77 ; Ripert et Roblot, t. II, n°3067.

(9) F. Derrida note sous Cass. Com. 17 mars 1975, D. 1975-555, 2° col.

(10) F. Derrida, D. 1975-555, 2° col. ; dans le même sens auteurs cités note 8.

Ensuite il a été soutenu que puisque les contrats repris par le syndic devaient être exécutés dans leur intégralité, sans qu'il soit possible d'en retrancher certains aspects, il était difficilement compréhensible que le syndic puisse en même temps demander l'exécution du contrat en cours et méconnaître une disposition fondamentale de ce contrat (11).

Enfin, il a été remarqué que la réglementation des droits du vendeur de meubles, telle que l'a interprétée la Cour de cassation depuis 1962, procède d'une vision traditionnellement restrictive, qu'il s'agissait dans un cadre précis de réaliser un équilibre entre les droits du vendeur et ceux de la masse (12). Par conséquent, rien ne justifierait que soit étendue à tous les contrats la solution adoptée pour la vente mobilière.

34

L'ensemble de cette argumentation peut sembler impressionnante. Elle présente cependant quelques lacunes et surtout conduit à des solutions inadmissibles.

Il faut de prime abord éliminer l'objection fondée sur l'obligation faite au syndic d'avoir à respecter l'intégralité des clauses du contrat, non pas que ce principe soit erroné mais parce qu'il n'a rien à voir avec la question. Lorsque le syndic réclame l'exécution du contrat, il s'engage bien sûr à en respecter l'économie, mais ceci suppose alors au préalable que l'obstacle issu de la présence d'une clause de résiliation de plein droit ait été levé. En effet, de deux choses l'une, ou bien le jeu de la clause résolutoire est admis et dans ce cas il n'y a ni possibilité d'option ni a fortiori d'exécution postérieure au jugement déclaratif ; ou bien à l'inverse la convention est effectivement poursuivie et alors il est bien évident que ceci ne peut intervenir qu'après qu'ait été déclarée inopposable à la masse la clause de résiliation de plein droit. En aucun cas, il ne peut y avoir à la fois admission de la clause et reprise. Ainsi, lorsque les tenants de la validité de la clause résolutoire croient voir dans le mécanisme de la reprise une raison supplémentaire militant en faveur de

(11) F. Derrida, D. 1975-555 et 556 ; dans le même sens auteurs cités note 8.

(12) F. Derrida, D. 1975-556 ; dans le même sens auteurs cités note 8.

leur opinion, ils confondent les conditions et les conséquences de la reprise et dénoncent une antinomie qui, par définition, ne peut exister.

Quant à l'argument a contrario, beaucoup plus fort il est vrai, issu de l'existence dans la loi de 1967 et dans d'autres postérieures, de dispositions spéciales, excluant dans certains cas précis la clause de résiliation de plein droit, il doit, pour une appréciation valable, être rapproché de celui qui consiste à nier que les solutions acquises en matière de vente de meubles puissent être étendues à l'ensemble des contrats.

En effet, comme le souligne très justement M. Derrida, il est impossible de se rallier à la fois à ces deux arguments qu'invoquent pourtant avec une belle unanimité les partisans du maintien du régime antérieur. La loi de 1967 ne contient plus de disposition particulière au vendeur de meubles, de sorte que le seul texte qui puisse avoir aujourd'hui vocation à régir cette situation n'est autre que l'article 38. Mais dès lors, selon l'interprétation préconisée, il est impossible d'échapper à l'alternative suivante : "ou bien le principe antérieur de validité des clauses de résolution de plein droit subsiste et la vente mobilière y est soumise comme tous les contrats qui n'ont pas donné lieu à une disposition particulière ; la solution de l'arrêt de 1962 est écartée. Ou bien si l'on veut maintenir cette dernière solution, parce que le législateur n'a pas voulu modifier l'équilibre antérieurement réalisé dans la situation du vendeur de meubles, il faut décider que l'article 38 la justifie ; mais du même coup, compte tenu de la disposition générale de ce texte, il faut étendre la solution à tous les contrats en cours" (13). Il est donc impossible de reconduire dans leur ensemble les solutions en vigueur avant 1967 et l'argument tiré des travaux préparatoires tombe par la même occasion.

35

Ayant ainsi à opérer un choix parmi les solutions acquises avant 1967, entre celles concernant la majorité des contrats et celles s'appliquant à l'hypothèse particulière de la vente de meubles, la Cour de cassation s'est indirectement prononcée pour la seconde. Elle a affirmé le 17 mars

(13) F. Derrida, D. 1975-556.

1975 (14) que "nonobstant la clause de résiliation de plein droit stipulée, les syndics conservaient par application de l'article 38 alinéa 1 de la loi du 13 juillet 1967, la faculté d'exiger l'exécution desdits contrats en fournissant la prestation promise à l'autre partie". Bien que la Chambre commerciale se borne à affirmer sa solution sans aucunement la justifier, elle doit être approuvée.

D'un point de vue pratique tout d'abord, il est évident qu'écarter le caractère d'ordre public de l'article 38 reviendrait à faire des clauses de résiliation de plein droit des clauses de style au risque non seulement de priver l'article 38 de toute utilité effective, mais encore d'empêcher la poursuite d'exploitation d'une entreprise viable. Qui plus est, la présence généralisée de clauses de résiliation de plein droit aurait toutes chances de battre en brèche la jurisprudence de cette même Cour, hostile au paiement préférentiel des prestations antérieures au jugement déclaratif. Elle permettrait en effet au cocontractant qui bénéficierait de la clause d'en brandir la menace, ce qui contraindrait le syndic à prendre l'engagement de payer intégralement les prestations déjà fournies pour pouvoir procéder à la reprise de la convention (15).

Mais il y a plus important. Pour admettre que le créancier puisse aller à l'encontre des intérêts de la masse, il faudrait qu'il puisse invoquer un préjudice issu de la reprise (16). Or puisque par hypothèse le syndic s'engage pour l'avenir à exécuter intégralement le contrat, c'est-à-dire à fournir au cocontractant "les prestations qu'il attendait et dont il aurait dû se contenter si la procédure collective ne s'était pas ouverte" (17), ce dernier ne subit d'un point de vue économique aucun désagrément (18) ; il n'y a donc aucune raison pour qu'il retire de la faillite un avantage particulier. C'est là que réside à notre sens l'argument décisif, car si la poursuite du contrat avait aggravé si peu que ce soit la

(14) Cass. com. 17 mars 1975, D. 1975-553, R.T.D. Co. 1975, p. 637, n°18, obs. Houin et Le Gall.

(15) En ce sens, M. Hardouin, préc. ; F. Derrida, préc.

(16) Cf. infra p. 364, n° 277 et s.

(17) F. Derrida, préc., p. 556, 2° col.

(18) Sur l'application de ce raisonnement en matière de crédit-bail, cf. p. 205, n° 161 et s.

situation du cocontractant, quand bien même la présence d'une clause résolutoire eût dû ruiner toute tentative d'exploitation, son fonctionnement aurait pu alors se justifier.

§ II : Les conséquences de cette solution

36

Une fois acquis le fait "que l'article 38 se présente comme la généralisation de l'ancien article 551 du Code de commerce" (19), toute difficulté n'est pas pour autant écartée. Il reste à savoir si la solution ainsi posée se traduit par une simple inopposabilité à la masse de la clause résolutoire ou si plus radicalement la clause doit être réputée non écrite.

Au soutien de cette dernière opinion, M. Derrida observe que la seule inopposabilité "conduirait à des situations inconfortables voire inextricables : à supposer que le débiteur ait obtenu un concordat, faudrait-il permettre à son cocontractant, sur le fondement de la clause de résolution ou de résiliation de plein droit écartée à la demande du syndic, d'obtenir la suppression du contrat alors que le maintien de celui-ci est indispensable à la poursuite de l'activité et à l'exécution des engagements concordataires?" (20). "La Haute juridiction a voulu donner à l'entreprise un moyen supplémentaire de rester en activité..., on ne peut autoriser ce cocontractant à faire après le concordat ce qui lui était interdit pendant la période préparatoire du règlement judiciaire ; on ne peut le laisser maître du sort de l'entreprise" (21).

Pour cet auteur, la justesse de ces considérations d'ordre économique est corroborée par deux constatations. D'une part dans le régime ancien, les restrictions à l'action résolutoire issues des articles 548 à 551 auraient eu une portée générale et, n'étant pas ainsi limitées à la masse, elles auraient très bien pu jouer au profit du débiteur lui-même. Ce der-

(19) Houin et Le Gall, R.T.D. Co.1975, p. 638, n° 17.

(20) F. Derrida, préc., p. 557, 1ère col.

(21) F. Derrida, préc., p. 558, 1ère col.

nier n'aurait donc pas eu à redouter les initiatives des vendeurs de meubles car "ceux-ci ne pouvaient invoquer que leur sûreté comme tout autre créancier hypothécaire ou privilégié" (22). D'autre part, les articles 52, alinéa 1 in fine de la loi du 13 juillet 1967 pour le bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, et 1831-5 du Code civil pour le contrat de promotion immobilière, décident expressément que la clause doit être réputée non écrite ; cela permettrait de penser que le législateur a entendu reconduire les solutions antérieures.

37

A vrai dire, la position défendue par M. Derrida ne pouvait être autre. Cet auteur estime en effet, et cela explique son option plus clairement que ne pourraient le faire les arguments qui viennent d'être présentés, que "pour la continuation des contrats en cours... le syndic se borne à assister ou à représenter le débiteur" (23). Mais alors, il apparaît que dans ce système, pour être d'une quelconque utilité au syndic, l'exclusion de la clause résolutoire doit impérativement concerner au premier chef le débiteur, car autrement, ne profitant qu'à la masse, elle ne pourrait en aucun cas être invoquée par le syndic. Ce dernier en effet, du propre aveu de M. Derrida "agit indépendamment de sa qualité d'organe de la masse"(24).

Cette dissociation des différentes qualités que réunirait la personne du syndic est inadmissible (25). Le syndic, quelle que soit la nature de son intervention, agit en tant qu'organe de la masse et ce notamment lorsqu'il exerce la faculté d'option que lui reconnaît l'article 38. Il ne saurait dès lors voir l'étendue de ses prérogatives assujettie à celle du débiteur ; il ne connaît pour seule limite que celle de la masse.

De ce seul point de vue, la reconnaissance du simple caractère inopposable de la clause de résolution de plein droit pourrait être considérée, sans plus d'ambages, comme amplement suffisante, s'il n'y avait les arguments d'ordre pratique et exégétique présentés par M. Derrida qu'il faut maintenant examiner.

(22) F. Derrida, préc., p. 558, 1ère col.

(23) F. Derrida, préc., p. 558, 2° col.

(24) F. Derrida, préc., p. 558, 2° col.

(25) Cf. supra p.12, n°9 et s.

38

A l'argumentation issue des articles 52 alinéa 1 de la loi de 1967 et 1831-5 du Code civil, il faut objecter que non seulement le bail est soumis à une réglementation particulière en raison de son objet et de son utilité propre (26), mais surtout que selon l'article 60 de la loi de 1967 "le privilège de l'action résolutoire et le droit de revendication établis par l'article 2102-4 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés à l'encontre de la masse que dans la limite des dispositions ci-après". Il faut donc en conclure que, puisque la situation de tout cocontractant est actuellement assimilée à celle du vendeur de meubles, si l'action résolutoire de ce dernier ne peut être écartée qu'au profit de la masse, l'exclusion de la clause de résolution ou de résiliation de plein droit ne peut, cette fois-ci de façon générale, être invoquée par le débiteur.

Le recours aux solutions préconisées par la jurisprudence antérieurement à 1967 n'y change rien. D'une part l'interprétation qu'en donne M. Derrida n'a rien d'évident car, à notre connaissance, la question de l'effet à l'égard du débiteur des clauses résolutoires de plein droit ne s'est jamais expressément posée. D'autre part, quand bien même cela serait, il n'y a aucune raison de reconduire certaines solutions alors que, non seulement le régime dont elles procèdent se révèle impraticable dans son ensemble, mais encore que l'article 60 s'y oppose formellement.

39

Ne demeure ainsi que l'objection reposant sur la possibilité qu'aurait le créancier de compromettre l'exécution du concordat en demandant la résolution du contrat. Elle a ceci d'étonnant qu'elle revient à confondre, dans une véritable pétition de principe, la continuation d'exploitation effectuée au cours de la procédure collective et la situation issue du concordat, alors que celui-ci "met fin au règlement judiciaire et modifie les rapports juridiques entre les créanciers et le débiteur" (27).

Autoriser le cocontractant à faire durant le concordat ce qui lui était interdit pendant la période préparatoire, c'est peut-être, comme le

(26) Cf. infra p.69 , n°54 et s.

(27) Ripert et Roblot, t. II, 3214.

soutient M. Derrida, le laisser maître de l'avenir de l'entreprise, et c'est sûrement regrettable, mais en aucun cas cela n'est suffisant pour transgresser le principe de la liberté des conventions car ici l'intérêt de la masse n'est plus en jeu. En effet, "dès que le jugement d'homologation est passé en force jugée, le dessaisissement du débiteur prend fin, le syndic cesse ses fonctions, ..., le concordat supprime pour l'avenir la masse des créanciers" (28). Quoi de plus normal que les exigences issues de l'intérêt de la masse soient révolues avec la disparition de celle-ci.

Au demeurant, il faut avoir conscience que le cocontractant qui invoque une clause résolutoire n'est pas plus dangereux pour l'entreprise que le créancier muni d'une sûreté et qui entend s'en prévaloir. Le propre d'un concordat viable n'est pas d'épargner au débiteur les conséquences de ses engagements mais au contraire d'en évaluer avec justesse la portée. Dans cette optique, rien n'interdit d'ailleurs de sonder le cocontractant sur ses intentions ; une fois celles-ci connues, il sera possible d'envisager les chances de réussite du concordat. Procéder autrement, c'est oublier que le sort d'une entreprise n'est pas uniquement lié au montant de ses dettes et de ses créances, mais aussi à la nature et au contenu de ses engagements.

40

L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 16 mars 1976 doit donc être pleinement approuvé (29). Une société avait, à l'occasion d'une opération de crédit bail, donné en location un appareil. Le contrat de bail contenait, outre une clause de résiliation de plein droit, une clause pénale dont le montant correspondait au total des loyers impayés, plus une indemnité de résiliation. Le locataire ayant cessé toute activité au lendemain de sa mise en règlement judiciaire, le syndic n'avait manifesté aucune intention de continuer le contrat de location. Par contre le débiteur remis à la tête de ses affaires entendait, afin d'éviter le jeu de la clause pénale, exciper de l'inopposabilité de la clause de résiliation qui en était le fondement.

(28) Ripert et Roblot, t. II, 3228.

(29) Cass. com. 16 mars 1976, D. 1976-646 ; dans le même sens, Paris 1ère Ch. 2 déc. 1977, G.P. 781, Somm. 209, Somm. 223 ; Paris 1ère Ch. 3 févr. 1978, G.P. 1979-I, Somm. 60.

Les premiers juges décidèrent qu'effectivement la clause de résiliation de plein droit et la clause pénale contenues dans le contrat étaient inopposables à la masse des créanciers et que le débiteur pouvait bénéficier de cette inopposabilité ; le juge du contrat devait donc déterminer librement le montant du préjudice sans être lié par l'estimation forfaitaire que réalisait la clause pénale. En appel la Cour d'Aix en Provence (30) décida tout au contraire que le débiteur était tenu de respecter la clause pénale déterminant le montant de l'indemnité destinée à réparer le préjudice. La Cour de cassation l'en approuve en retenant qu'aucun texte ne dispose qu'une telle clause concernant une location de chose mobilière serait réputée non écrite après le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Cette analyse qui avait déjà été proposée par MM. Houin et Le Gall (31) est parfaitement exacte. Il est vrai, comme le remarque ces deux auteurs, que mis à part l'option instaurée au profit exclusif de la masse, via son organe le syndic, "le contrat conserve sauf exception toute sa vigueur. Plus précisément, il semble bien que la clause de résolution (et la clause pénale qui peut y être jointe), pourrait trouver application pendant la procédure si le syndic décidait de ne pas user de la faculté de poursuivre l'exécution du contrat : les dommages et intérêts prévus à l'article 38 alinéa 2 de la loi de 1967 seraient alors fixés par le contrat" (32). De même la prise de position du syndic, quelle qu'elle soit, ne doit pas empêcher le cocontractant de se prévaloir de la clause de résolution ou de résiliation postérieurement à l'homologation du concordat.

(30) Aix en Provence 17 janv. 1974, préc.

(31) R.T.D.Co.1975, p. 639 et 640.

(31) R.T.D.Co.1975, p. 640.

SECTION II : LE SORT DES CONTRATS CONCLUS "INTUITU PERSONAE"

41

Le caractère d'ordre public de l'article 38 prive ainsi de toute efficacité les clauses résolutoires stipulées pour cause de cessation de paiement. Mais une seconde question se pose alors, celle de savoir si cet article s'applique à tous les contrats en cours, ou si au contraire, il convient de reprendre en la matière la distinction élaborée antérieurement à propos des contrats conclus intuitu personae .

Avant 1967, il était très généralement enseigné (1) que les contrats dans lesquels la considération de la personne et la confiance mutuelle jouaient un rôle prépondérant, étaient résiliés dès le prononcé du jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, de sorte que le syndic n'avait à leur égard aucune faculté d'option. Cette opinion, fondée sur les articles 2003 3° du Code civil qui met fin au mandat en cas de déconfiture de l'une des parties, et sur l'ancien article 1865 4° du Code civil qui, dans la même hypothèse, prononçait la dissolution de la société, avait été adoptée par la jurisprudence. Elle considérait, par exemple, que des contrats comme la convention de compte courant, celle d'ouverture de crédit ou encore la concession de licence d'exploitation, devaient être automatiquement résiliés lors de l'ouverture de la procédure collective (2).

Les commentateurs de la loi du 13 juillet 1967 se sont dans leur grande majorité prononcés pour le maintien de ce régime dérogatoire (3). Ils estiment "qu'au lendemain de la loi nouvelle et dans le silence de celle-

(1) Percerou, Ann. droit com. 1909, p.277 et s. ; Percerou et Desserteaux, t.II, n°873 et s. ; Lyon-Caen et Renault, t.8, n°886 et s.

2) Pour les comptes courants et ouvertures de crédit, Req. 19 nov. 1906, D.P.1907.I.78 ; cf. Vasseur et Marin, "Les comptes en banque", n°277 ; pour les concessions de licences d'exploitation, Paris 11 juillet 1936, R.F. 1936-492.

(3) M.J. Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillite, Effets, n°279 ; J. Bigot, J.C.P. 1969.I.2268 ; A. Honorat, J. Class. com., V° Faillite, Fasc. F10, n°34 ; R. Houin, R.T.D.Co.1971, p. 784, 1973, p. 876 ; C. Bord, "Règlement judiciaire et liquidation des biens", p. 184 ; Ripert et Roblot, t.II, n°3066 ; M. Contamine-Raynaud, "L'intuitus personae dans les contrats", thèse Paris 1974, p. 321 et s.

ci, ces solutions se maintiennent en raison de leur fondement de telle sorte que pour ces contrats, il n'y aurait pas matière à application de l'article 38, mais rupture automatique du lien contractuel" (4).

Pourtant, si classique soit-elle, cette solution présente quant à sa mise en oeuvre et quant à ses conséquences de graves inconvénients que l'interprétation de plus en plus restrictive adoptée par la jurisprudence n'a pas pour autant éliminée. A notre avis, ce n'est pas dans cette direction qu'il faut s'engager pour résoudre la question ; la démarche consistant à limiter autant que faire se peut le domaine de ce régime dérogatoire n'est qu'un pis aller dont les résultats sont décevants (§ 1). D'ailleurs, elle contribue à dissimuler que ce sont en réalité les fondements de cette exception qu'il est nécessaire de remettre en question (§ 2).

§ 1 : Le principe de la résiliation de plein droit de ces contrats

42

L'affirmation du principe de la résiliation de plein droit des contrats conclus intuitu personae, résulte de la volonté manifestée par la jurisprudence de généraliser à l'ensemble des conventions présentant cette caractéristique, les dispositions qui, dans le Code civil, concernent le contrat de mandat et le contrat de société.

Aux termes de l'article 2003 du Code civil, tout d'abord, le mandat finit par la déconfiture soit du mandant soit du mandataire ; doctrine et jurisprudence s'accordent (5), sauf exception (6), à reconnaître que cet effet doit a fortiori "être attaché à la faillite qui produit l'impossibilité d'exécution avec bien plus de force encore, puisqu'elle entraîne le

(4) Y. Boyer, "L'incidence de la faillite sur les contrats en cours en droit français", Ann. Toulouse, 1975, p. 107.

(5) M.J. Reymond de Gentile, préc. ; A. Honorat, préc. ; Percerou et Dessertheaux, t.2, n°881 ; Lyon-Caen et Renault, t.8, n°896 ; M. Contamine-Raynaud, préc., p.324 ; Cass. civ. 12 nov. 1890 , S. 1891.I.50, D.1891.I.408 ; Amiens 21 mars 1891, D. 1892.2.305 ; Cass. civ. 31 juillet 1912, G.P. 1912.2.350, D. 1913.I.81 note Percerou ; Com. 20 février 1973, D. 1973.I.R.109.

(6) F. Derrida, D. 1977, doct. 38, note 85.

dessaisissement du débiteur" (7). Cependant, toujours selon les mêmes sources, la règle reçoit exception lorsque le mandat est donné non seulement dans l'intérêt du mandant mais aussi du mandataire (8), ou encore lorsqu'il n'est que l'un des éléments d'un contrat synallagmatique, passé avec le mandataire ou avec un tiers, que le règlement judiciaire ou la liquidation de biens n'interrompt pas. La Cour de cassation a ainsi jugé que "le mandat conféré à un tiers, à l'effet de faire un emploi déterminé de fonds appartenant au mandant, n'est pas révoqué par la faillite de celui-ci, lorsqu'il fait partie d'un ensemble de conventions conclues de bonne foi entre les parties et que le droit du syndic se borne alors à veiller à ce que ce mandat soit exécuté suivant les termes du contrat" (9).

Ensuite d'après l'ancien article 1865 4° du Code civil qui, bien que non repris par la loi du 4 janvier 1978, doit être mentionné ici car il est l'une des sources de la position jurisprudentielle actuelle, les sociétés finissent à la déconfiture de l'un des associés. La solution est, là encore et pour les mêmes raisons, étendue à la faillite (10), étant entendu par ailleurs que malgré la généralité de ses termes l'article 1865 4° ne concernait que les sociétés où dominait l'intuitu personae, c'est-à-dire les sociétés de personnes et non les sociétés de capitaux. Ce principe a été repris dans l'article 22 de la loi 66537 du 24 juillet 1966, modifié par la loi 67559 du 12 juillet 1967, applicable aux sociétés en nom collectif et en commandite simple. En cas de faillite, d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'incapacité frappant l'un des associés, la société est dissoute, à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne le décident à l'unanimité.

(7) Percerou, préc., p. 277.

(8) Cass. civ. 31 juillet 1912, préc. ; A. Honorat, préc. ; M.J. Reymond de Gentile, préc.

(9) Cass. civ. 31 juillet 1872, S. 1873.I.157, D.P. 1872.I.300 ; contra Douai 20 février 1847, S. 1848.2.33, D.P. 1848.2.93 ; Cass. com. 28 mars 1977, Bull. IV, n°95, p. 81 ; contra Cass. com. 20 février 1973, Bull. V, n°83, p. 76.

(10) Req. 18 janvier 1881, D.P. 1881.I.244 ; 18 avril 1893, D.P. 1893.I.423 ; Civ. 24 octobre 1938, D.H. 1939.65.

43

C'est à partir de ces deux textes et de leur interprétation sur laquelle il nous faudra revenir, qu'a été extrapolé le principe de la résolution de plein droit des contrats conclus intuitu personae, lorsque survient la faillite de l'une des parties. La généralité des termes de l'article 38 et surtout son caractère d'ordre public aurait dû conduire, sinon à une remise en cause, du moins à un nouvel examen de la question. Il n'en a rien été, la doctrine ayant estimé dans sa très grande majorité (11) que le législateur n'avait pas voulu revenir sur cet acquis et que s'il n'avait été fait aucune mention de l'existence d'un régime particulier, applicable aux contrats conclus intuitu personae, ce ne pouvait être qu'un oubli. La jurisprudence semble avoir adopté cette opinion dans les rares décisions intervenues en la matière (12).

La plus connue est un jugement rendu le 7 mars 1974 par le Tribunal de grande instance de Paris (13). Une société britannique avait, sur les conseils d'un groupement de juristes, inséré dans un avenant prolongeant un contrat de concession exclusive, une clause de résiliation de plein droit au cas où surviendrait la faillite du concessionnaire. Ce dernier ayant été déclaré le 23 mars 1970 en règlement judiciaire, le syndic exigea la continuation du contrat au motif que le caractère d'ordre public de l'article 38 retirait toute efficacité à la clause de résiliation. Le concédant qui tenait à faire fabriquer et vendre les produits de sa marque par un autre concessionnaire, crut alors devoir verser une lourde indemnité pour obtenir une résiliation amiable ; il intenta ensuite une action en responsabilité contre ses conseils, leur reprochant d'avoir inclus dans le contrat une clause de résiliation "nulle en vertu d'une disposition d'ordre public". Pour le débouter, le tribunal retient que la société demanderesse "ne pouvait s'en prendre qu'à elle-même du préjudice prétendument souffert pour se libérer à l'égard du syndic". En effet, remarquent les magistrats, dès lors que "le contrat de fabrication sous licence d'exploitation d'un

(11) cf. note 3.

(12) En ce sens, M. Hardouin, thèse préc., p. 151 ; R. Houin, obs. R.T.D.Co. 1971, p. 783, n°26.

(13) T.G.I. Paris 7 mars 1974, G.P. 1974.I.390 note T. Buhagiar, J.C.P. 1976.II.18219 note R. Plaisant, R.T.D.Co. 1974, p. 268.

brevet et à plus forte raison un tel contrat lorsqu'il accorde une exclusivité dans une aire territoriale donnée et plus encore quand la marchandise est commercialisée sous la marque et le nom du donneur de licence, est chargé du maximum d'intuitus personae imaginable dans ce genre de convention, son exécution serait évidemment bouleversée matériellement et moralement sous un régime de règlement judiciaire, impliquant l'insuffisance fâcheuse du licencié et par contrecoup une atteinte très grave au prestige et à la trésorerie du cocontractant, entièrement déçu en sa confiance dans la capacité du dirigeant de la maison en état de cessation de paiement". Il faut donc opter pour l'automatisme de la résiliation, fondée sur le caractère intuitu personae du contrat, de sorte que l'hypothèse de la mise en oeuvre de l'article 38 se trouve écartée. En conséquence, l'erreur d'interprétation de cet article imputée aux défendeurs ne peut avoir entraîné aucun préjudice particulier.

La même solution a été retenue par la Cour de cassation le 17 mars 1975 (14) à propos d'un contrat de foretage dans lequel se trouvait incluse une clause de résiliation de plein droit "si bon semble au concédant, en cas de faillite, de règlement judiciaire ou de liquidation amiable du concessionnaire". Le règlement judiciaire de ce dernier fut prononcé le 20 novembre 1969 et le concédant notifia au syndic son intention de se prévaloir de la clause de résiliation. Sur assignation du liquidateur aux fins de voir déclarer nulle ladite clause, la Cour d'appel (15) estime qu'elle était inopposable à la masse des créanciers, par application de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967. La Cour de cassation lui donne raison, mais prend soin pour ce faire de constater "que les contrats de foretage dont il s'agit, n'avaient pas été conclus intuitu personae". A contrario, elle se prononce donc pour la disparition de plano de ce dernier type de contrat (16).

(14) Cass. com. 17 mars 1975, D. 1975, Somm. 79, G.P. 25-27 mai 1975, Panoramade J.P., p. 16, D. 1975-553, note F. Derrida, R.T.D.Co. 1975, p. 637 n°17.

(15) C.A. Paris 27 avril 1973, Quot. Jurid. 1973, p. 5, n°77.

(16) En ce sens, M. Hardouin, thèse préc., p. 152, note 3.

Ces décisions s'inscrivent dans la ligne des solutions acquises avant la loi de 1967 ; elles ont, à ce titre, été favorablement accueillies par la doctrine. Elles n'en présentent pas moins de sérieux inconvénients.

Pratiquement, elles risquent d'aboutir, notamment lorsque l'entreprise a pour objet exclusif d'exploiter des licences, à interdire purement et simplement toute poursuite d'activité, même en cas de règlement judiciaire. Elles risquent du même coup, d'inciter les dirigeants à ne pas déposer leur bilan, et ceci n'est pas une hypothèse d'école. M. Hardouin cite dans sa thèse (17) l'exemple d'une société qui avait pour seul objet l'exploitation de licence de brevet de revêtement de sol. Dans l'impossibilité de faire face à ses échéances, elle sollicitait de ses créanciers des délais de paiement, en leur exposant qu'à défaut, elle serait contrainte de déposer son bilan, ce qui entraînerait à coup sûr la cessation de toute activité.

Il y a plus grave. D'après le vocabulaire juridique publié sous la direction de H. Capitant (18), lorsqu'un contrat est conclu intuitu personae, cela signifie que la considération de la personne avec laquelle on a contracté, a déterminé le consentement du ou des contractants. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, le créancier de la prestation essentielle s'engage intuitu personae, lorsqu'il prend en considération les qualités actives de son débiteur, "c'est-à-dire les qualités colorant son activité des éléments qualitatifs et quantitatifs, tels le talent, l'habileté professionnelle, l'originalité, etc..." (19). Mais alors, en cherchant bien, tous les contrats comportent une certaine dose d'intuitus personae(20), et il faut ainsi, sous peine d'être obligé de considérer la quasi totalité des conventions comme résiliées de plein droit par la faillite, ce qui aurait pour effet de dénier toute portée à l'article 38, admettre que "cette constatation ne fournit qu'une réponse incomplète. Il faut encore se préoccuper du contenu de l'intuitus personae dans le contrat considéré et particulièrement, rechercher si les qualités nor-

(17) M. Hardouin, thèse préc., p. 152, note 4.

(18) Capitant, Vocabulaire juridique, voir intuitus personae (1936).

(19) Valleur, "L'intuitus personae dans les contrats", thèse Paris, 1938, p. 103.

(20) En ce sens, R. Plaisant, J.C.P. 1976.I.8219 ; R. Houin, R.T.D.Co.1974, p. 269.

malement prises en considération dans un type de contrat, sont bien celles qui avaient exercé sur le consentement une influence décisive. Finalement, il faut soigneusement se garder de rechercher dans la notion d'intuitus personae une solution abstraite, même sous la forme d'une présomption simple... La classification des contrats, à laquelle se sont livrés de nombreux auteurs, semble ainsi assez vaine. En réalité, l'influence exercée sur le consentement par l'identité du cocontractant, ou la qualité qui lui fait défaut, est une question de pur fait qui doit être résolue selon les circonstances propres à l'espèce" (21).

A cet égard, l'analyse présentée par le Tribunal de grande instance de Paris dans le jugement précité du 7 mars 1974, est peu satisfaisante. Non seulement elle n'apporte aucune justification au principe même de la résolution de plein droit des contrats conclus intuitu personae, mais de plus elle conduit, comme l'ont souligné certains commentateurs (22), à entendre de façon très extensive la catégorie des contrats dont la part d'intuitus personae s'avère suffisante pour justifier la résiliation en cas de faillite.

A la lecture de ce jugement, il apparaît en effet que ce qui motive aux yeux du tribunal la rupture de la convention de licence d'exploitation, c'est tout d'abord l'éventuelle atteinte "au prestige et à la trésorerie du cocontractant", résultant de "l'exécution évidemment bouleversée matériellement et moralement sous un régime de règlement judiciaire" ; c'est ensuite "l'insuffisance fâcheuse du licencié", c'est-à-dire son incompétence et son manque de surface financière. Or, tout bien considéré, ni l'un ni l'autre de ces deux arguments n'est de nature à justifier une résiliation de plein droit en cas de faillite de l'autre partie.

En ce qui concerne, en premier lieu, la perte de confiance dans les capacités des dirigeants de la maison en état de cessation de paiement, il est évident que c'est par un abus de langage qu'elle est présentée comme la conséquence de l'ouverture de la procédure. En réalité, puisqu'elle est

(21) J. Ghestin, "La notion d'erreur dans le droit positif actuel", thèse Paris 1961, p. 237 et 238.

(22) Y. Boyer, préc., p. 107 ; R. Plaisant, préc. ; M. Hardouin, préc.

engendrée par le comportement du débiteur et puisque ce dernier est dessaisi à compter du jour de sa mise en règlement judiciaire, elle est forcément issue d'agissements antérieurs que la mise en liquidation de bien ou en règlement judiciaire ne fait qu'entériner. Il n'y a donc, de ce point de vue, aucune raison de permettre au cocontractant d'invoquer la faillite de l'autre partie pour se libérer de ses obligations.

Certes, il pourrait sembler commode de lier résiliation et règlement judiciaire en remarquant que ce dernier évènement, même s'il n'apporte rien par lui-même, est tout du moins la preuve flagrante des carences du licencié. Mais encore faudrait-il, pour que ceci soit admissible, que cette incompétence révélée par la procédure collective, soit par elle-même, en temps ordinaire, susceptible de permettre au concédant la rupture unilatérale du contrat avant le terme prévu. Ce n'est pas le cas. En période normale, il n'y a aucune raison pour que l'intuitus personae justifie une violation de l'article 1134, une atteinte à la force obligatoire des contrats. "En vérité, le caractère personnel n'ajoute rien. Il serait pour le moins curieux que le respect de la parole donnée soit précisément moins impératif dans les contrats ayant un caractère personnel marqué, reposant donc plus que les autres sur la confiance et sur la considération réciproque" (23). Il en est ainsi en matière de concession exclusive de vente ; le concédant, s'il est libre de ne pas renouveler et s'il est soustrait à l'obligation d'indemniser son partenaire, doit par un juste retour des choses respecter le terme auquel il a adhéré (24). Effectivement, la solution peut sembler sévère lorsqu'un changement dans la situation de l'entreprise concessionnaire risque d'une façon générale de mettre les intérêts du concédant en péril. Mais comme le remarquent MM. Cabrillac et Seube, "dans cette éventualité le droit commun n'est pas sans ressource. Si le changement se traduit par une mauvaise exécution de l'obligation du concessionnaire, le concédant peut faire appel au mécanisme de la résolution judiciaire ou à celui de l'exception non adimpleti contractus. Le juge du principal, sinon celui

(23) P. Simler, "L'article 1134 du Code Civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée", J.C.P. 1971.2413, n°11.

(24) En ce sens P. Simler, préc. ; contra, T.I. Paris 3 oct. 1968, G.P. 1968.2.345 note J.P. Doucet, D. 1969, Somm. 9.

des référés, jouit de toute latitude pour apprécier la gravité des défaillances reprochées au concessionnaire et décider si elles justifient la résolution pour inexécution ou le jeu de l'exception d'inexécution" (25).

Cette démarche est en outre parfaitement utilisable pour combattre l'argumentation reposant sur l'existence "d'un bouleversement matériel et moral" lié à la continuation du contrat par le syndic. D'une part, et ce n'est pas un élément à négliger, le préjudice invoqué pour justifier la rupture unilatérale n'existe pas au jour du jugement déclaratif. D'autre part, rien ne permet d'en supposer la survenance inéluctable ; au contraire tout porte à croire que si la trésorerie et le prestige du concédant subissent une atteinte, celle-ci résulte beaucoup plus des agissements du concessionnaire antérieurement à la faillite que de la reprise du contrat. En effet, dans ce dernier cas, l'incompétence du débiteur, en admettant qu'elle existe, a toutes les chances d'être minimisée grâce aux conseils du syndic. Qui plus est, là encore si cette exécution devait se révéler défectueuse, le concédant ne serait pas privé de tous moyens car rien ne l'empêcherait alors d'invoquer l'exceptio non adimpleti contractus ou de demander la résiliation.

En définitive, pour souscrire à l'argumentation développée par le Tribunal de grande instance de Paris, il faudrait admettre que le cocontractant peut bénéficier, du fait de la faillite, d'une résiliation automatique du contrat en vertu d'éléments qui, lorsqu'ils sont rendus à leur contexte ordinaire, ne peuvent jamais entraîner une résiliation unilatérale du contrat. Un tel raisonnement ne peut entraîner l'adhésion ; la déclaration de faillite n'accroît ni ne réduit les atteintes portées au caractère intuitu personae du contrat, car elle ne fait que sanctionner une situation préexistante. Il n'y a donc aucune raison pour que le mécanisme contractuel en soit affecté ; en particulier le régime de la résiliation doit conserver un caractère nécessairement judiciaire, ce qui exclut par là-même, toute résolution de plein droit pour cause de faillite.

(25) M. Cabrillac et A. Seube, note sous Colmar 18 oct. 1972, D. 1973-499, 2^o col.

C'est d'ailleurs en ce sens que semblent s'orienter certains tribunaux. Ainsi et il faut l'en approuver, la Cour d'appel de Paris a jugé le 2 février 1979 (26) que, malgré son caractère personnel, le contrat de concession exclusive n'est pas résilié de plein droit par la liquidation des biens du concédant, dès lors que celui-ci représenté par le syndic continue à satisfaire aux engagements.

45

Mais ce faisant, il faut avoir pleinement conscience que, dans la mesure où les arguments invoqués à l'appui de la résiliation de plein droit du contrat de concession exclusive se révèlent inopérants et ce alors que ce type de convention est incontestablement marqué d'une forte dose d'intuitus personae (27), ce n'est pas en écartant du bénéfice du régime dérogatoire un nombre sans cesse accru de contrats qu'une solution cohérente pourra être trouvée. Non seulement cette démarche ne résout rien car quelle que soit la sévérité du critère choisi, il existera toujours des contrats qui pourront prétendre à la résiliation de plein droit et cela sans autre justification possible que l'existence d'un principe dérogatoire, mais encore, elle contraint chaque jour un peu plus la jurisprudence à développer pour justifier ses exclusives, une argumentation juridique des moins convaincantes.

C'est le cas, par exemple, de l'arrêt rendu le 11 décembre 1978 et dans lequel la Chambre commerciale refuse de tenir compte du caractère personnel du contrat de location-gérance qui contient une clause de résiliation de plein droit en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire gérant. La Cour de cassation se fonde sur le fait que le propriétaire du fonds de commerce n'avait pas expressément déduit du caractère personnel du contrat invoqué que "la convention échappait par sa nature aux dispositions de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967" (28).

(26) Paris 3^o Ch. B inédit.

(27) J.J. Burst, "Breveté et licencié", n^o382 ; A. Casalonga, Brevets d'invention, n^o 758 ; P. Mathely, "Le droit français du brevet d'invention", p. 408 ; R. Plaisant, J. Class. com. Annexes, V^o Brevets d'invention, Fasc. XXIV, n^o146 ; J. Guyenot, Les contrats de concession commerciale, Sirey 1968, n^o34 et s. ; Cl. Champaud, "La concession commerciale", R.T.D.Co.1963, p. 451, n^o10.

(28) Cass. com. 11 déc. 1978, D. 1979-441, 2^o esp. note F. Derrida.

Pourtant il est bien évident que cette conséquence était incluse dans le moyen; "quel intérêt aurait donc eu le recours à ce caractère, si ce n'est pour exclure la continuation du contrat ?" (29). Ajoutons encore que si cette convention échappe par sa "nature" à la reprise du syndic, il est inutile et illogique de vouloir lier le bénéficiaire de cette solution exceptionnelle à la constatation d'un caractère personnel et ce d'autant plus que la nature d'un contrat conclu intuitu personae est justement de revêtir un caractère personnel.

A vrai dire, l'ambiguïté des justifications présentées à l'appui de cette solution témoigne de l'embarras dans lequel se trouve la jurisprudence ; elle manifeste une hostilité certaine à l'égard de la résiliation de plein droit des contrats conclus intuitu personae, mais elle n'ose pas considérer le problème sous un angle autre que celui du contenu de ce régime dérogatoire. C'est pourtant par la remise en cause du principe même que passe l'élaboration d'une solution cohérente.

§ 2 : Le rejet de cette solution

46

Si la jurisprudence n'ose pas écarter le principe même de la résolution de plein droit des contrats conclus intuitu personae, en cas de faillite de l'un des cocontractants, ce n'est pas, comme le prétend M. Buhagiar (30), qu'elle estime que la mise en règlement judiciaire ou la liquidation des biens prive ces contrats d'un de leurs éléments essentiels, tel que "la prise en considération des aptitudes, de la moralité ou du crédit du cocontractant", mais parce qu'elle demeure convaincue que les conséquences attachées au dessaisissement du failli sont inconciliables avec le caractère personnel que doit revêtir l'exécution de ces contrats.

Pour les tribunaux en effet, et ceci est une conception partagée par de nombreux auteurs (31), le dessaisissement du failli a pour effet de l'

(29) F. Derrida, préc.

(30) T. Buhagiar, note sous T.G.I. Paris 7 mars 1974, G.P. 1974, p. 392.

(31) F. Derrida, "Les contrats administratifs dans les procédures collectives", D. 1977, doct. 38, note 85.

empêcher d'assurer par lui-même l'accomplissement des prestations contractuelles ; comme par ailleurs, le caractère intuitu personae de la convention ne saurait permettre à un tiers, en l'occurrence le syndic, de se substituer au débiteur, la résolution paraît inéluctable et son principe justifié.

47

Devant les conséquences désastreuses que n'a pas manqué d'engendrer, pour la continuation de l'exploitation, l'application de cette analyse, certains auteurs ont tenté, avant et après 1967, d'en restreindre la portée.

La première tentative faite en ce sens, l'a été par le professeur Pic à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Amiens en 1891 qui affirmait (32) qu'un contrat de mandat devait être résolu de plein droit dès lors que le mandataire était en liquidation judiciaire. Selon cet auteur, "la liquidation judiciaire, à la différence de la faillite, n'emporte pas dessaisissement : le liquidé reste à la tête de ses affaires, c'est lui qui figure en personne dans les actes concernant son patrimoine, mais avec l'assistance d'un liquidateur et sous le contrôle de la justice". Il en résulte que dans cette hypothèse, "le maintien des contrats relatifs gérés par le débiteur doit uniquement dépendre de la solution à intervenir sur la continuation de l'exploitation. Si le liquidé est régulièrement autorisé... par le juge commissaire, à continuer l'exploitation de son commerce avec l'assistance des liquidateurs, il paraît difficile de considérer comme résolues de plein droit les conventions synallagmatiques, étroitement liées à cette exploitation, de la nature de celle déférée à l'examen de la cour d'Amiens" ; par contre, "si les liquidateurs et le juge commissaire estiment qu'il n'y a pas lieu de continuer l'exploitation, les conventions liées à l'exploitation deviennent ipso facto caduques".

(32) Pic note sous Amiens 21 mars 1891, D.P. 1892.2.305 ; contra, Percerou, Ann. 1909, préc., p. 279.

Cette distinction a été récemment reprise par certains auteurs (33) et il est vrai que quelques dispositions concernant le fonctionnement des sociétés commerciales et le mécanisme des procédures collectives, semblent la conforter.

En premier lieu, il a été remarqué que les articles 22 et 23 de la loi du 24 juillet 1966, en prévoyant comme cause de dissolution des sociétés en nom collectif et en commandite simple, la faillite de l'un des associés, posaient un problème d'interprétation qui devait être résolu dans le sens d'une distinction entre liquidation des biens et règlement judiciaire. A l'appui de cette position, on a fait valoir que le terme "faillite" devait s'entendre au sens qu'il avait avant 1967, c'est-à-dire qu'il englobait seulement les liquidations de biens à l'exclusion du règlement judiciaire. Il en a alors été déduit que, puisqu'il n'y avait pas de dissolution sans texte, dorénavant, seule la liquidation des biens devait entraîner la dissolution de la société" (34).

En second lieu, la loi du 13 juillet 1967 ne parle de dessaisissement que pour la liquidation des biens ; le règlement judiciaire n'emportant lui qu'assistance obligatoire par le syndic.

48 En réalité, aucun de ces arguments n'est en lui-même particulièrement probant. En ce qui concerne tout d'abord le fait que le règlement judiciaire n'entraîne pas le dessaisissement mais l'assistance obligatoire du failli, il paraît certain, comme le remarque le doyen Roblot, que "les rédacteurs du texte ont confondu la mesure qui frappe le débiteur et la manière dont sont protégés les intérêts de la masse. Qu'il s'agisse du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, le débiteur est dessaisi parce que les actes accomplis irrégulièrement sont inopposables à la masse. Seul varie le procédé employé pour parvenir à l'opposabilité de ces actes (35).

(33) Voyez notamment M. Hardouin, thèse préc., p. 153 ; Mercadal et Janin, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, p. 226, n°676 ; de Juglart et Ippolito, 2° vol. 2° éd., p. 384, n°540 ; J.G.Raffray, thèse Montpellier 1977, "La substitution de cocontractants en cours d'exécution des contrats", p. 283 et 284.

(34) Voyez, A. Honorat, "Continuation des contrats en cours", *J. Class. com.*, art. 437 à 614-26 anc., Fasc. F10, n°35.

(35) Ripert et Roblot, t.II, n°2813.

Quant à l'analyse présentée à propos de l'utilisation du mot "faillite" dans les articles 22 et 23 de la loi de 1966, il est douteux qu'elle puisse être retenue. Il faut en effet noter que ces articles ont été modifiés par la loi du 12 juillet 1967, c'est-à-dire à une époque où le législateur ne pouvait ignorer la terminologie nouvelle qu'il s'apprêtait à voter le lendemain (36). Dès lors, la seule hésitation qui soit permise est entre une définition large, recouvrant à la fois le règlement judiciaire et la liquidation des biens (37), et une définition restrictive qui ne viserait, conformément à la loi de 1967, que la faillite personnelle (38).

49

Reste alors, puisqu'il n'existe aucun argument de texte décisif, à procéder à l'examen de la théorie elle-même. Elle souffre, selon nous, de deux maux qui concernent l'un la nécessité d'une continuation d'exploitation, l'autre la définition apportée au dessaisissement.

Pour Pic, la continuation d'exploitation est une condition nécessaire et suffisante de la poursuite des contrats et plus particulièrement de ceux qui sont conclus intuitu personae. Or, quoi qu'il en soit des solutions antérieures, il est acquis actuellement que l'exercice de l'option instaurée par l'article 38 est indépendant de la poursuite de l'exploitation (39), et il n'y a aucune raison d'écarter ce principe même en présence de conventions présentant un caractère personnel marqué. Faut-il alors actualiser la distinction présentée et soutenir que dans le règlement judiciaire les contrats, quels qu'ils soient, sont toujours susceptibles d'être poursuivis par le syndic ? Cela ne paraît pas souhaitable. Le débiteur en règlement judiciaire, et ceci que la continuation d'exploitation soit ou non autorisée, n'est pas toujours admis à participer à la gestion de l'entreprise ; le juge commissaire peut décider de l'écarter et de lui substituer le syndic (40). Il y a donc là incompatibilité avec le caractère personnel que doit revêtir l'exécution des contrats qui font l'objet de cette étude.

(36) M.J. Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillite, Effets n°291.

(37) En ce sens, Ripert et Roblot, t.II, n°3066.

(38) En ce sens, M.J. Reymond de Gentile, préc., n°293.

(39) En ce sens, Cass. com. 5 juillet 1971, D.1972-135, note J.C. Berr et H. Groutel. Cf. infra p. 123, n°98.

(40) L. 1967 art. 26.

Ce qui est par contre concevable, c'est de calquer le sort de ces contrats sur la présence ou sur l'absence du failli dans la poursuite du contrat, et ce quel que soit le type de procédure appliquée au débiteur.

A cet égard, il faut revenir sur la définition du dessaisissement que donne la jurisprudence, car elle provoque une confusion qui pèse lourdement sur l'analyse de la question. Lorsque les tribunaux lient la résolution de plein droit à l'existence du dessaisissement, c'est parce qu'ils estiment que le failli est alors dans l'impossibilité d'administrer par lui-même son patrimoine et c'est cette façon de voir qu'admettent implicitement les partisans de la théorie de Pic pour justifier leur distinction, puisqu'ils font valoir qu'en cas de règlement judiciaire, le débiteur reste à la tête de ses affaires. Pourtant ce raisonnement n'a pas lieu d'être. Répétons-le, ce que traduit le dessaisissement, c'est la volonté de rendre inopposables à la masse les actes éventuels du débiteur ; la perte de l'administration dans le cadre de la liquidation des biens et l'assistance obligatoire, lorsqu'il s'agit d'un règlement judiciaire, n'en sont que les moyens. Dès lors, une fois acquise la volonté du syndic de donner suite au contrat, l'exécution de ce dernier devient opposable à la masse, les effets du dessaisissement sont écartés et l'argument fondé sur cet état de fait est inopérant (41).

Ne subsiste alors que l'obstacle issu de l'éventuelle absence de participation du débiteur au contrat. Il peut être cependant aisément levé. Il suffira dans le règlement judiciaire, que le juge commissaire décide, sur la requête du syndic, que le débiteur ou les dirigeants sociaux participeront à la continuation de l'exploitation (42). Quant à la liquidation des biens, si la procédure est plus restrictive, elle existe. Ce sera, d'après l'article 26 alinéa 2, au tribunal de constater que la présence du débiteur est nécessaire à la poursuite de certains contrats.

Ce raisonnement doit être étendu à tous les contrats conclus intuitu personae, et il est erroné de distinguer, comme le suggère M. Derrida,

(41) En ce sens, F. Derrida, D.1977, doct. 38, note 85, 2^o col.

(42) L. 1967, art. 26.

les contrats "frappés au coin du crédit pécuniairement mérité du débiteur" de ceux où prévaut "le rôle personnel du cocontractant", pour ne retenir que la possibilité de continuation des seconds (43). Adopter ce point de vue, qui aboutit à déclarer la résiliation de plein droit de conventions telles que le compte courant, c'est prendre le risque de priver l'entreprise des contrats qui lui auraient été le plus utiles (44). De plus, lorsque M. Derrida affirme pour justifier son opinion que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens porte atteinte "au crédit pécuniaire que mérite le cocontractant pour garantir l'exécution de la convention" (45), il confond l'homme et l'entreprise, au risque d'aller à rebours des préoccupations manifestées par le législateur en 1967.

Lorsqu'il y a règlement judiciaire, c'est bien évidemment que le tribunal estime l'entreprise viable, malgré son état de cessation de paiement; c'est en d'autres termes parce qu'il pense que cette dernière mérite un certain crédit. Il est vrai que lors d'une liquidation des biens, les arguments qui viennent d'être exposés militent à l'inverse pour la rupture du contrat ; cependant, il faut avoir conscience de leur effet relatif. Pour qu'ils puissent être de quelque poids, encore faut-il que le cocontractant qui s'en prévaut subisse un préjudice ; ce n'est pas le cas. Dans cette variété de contrats conclus intuitu personae, s'il y a prise en compte des qualités personnelles du débiteur ce n'est pas qu'elles jouent un rôle quelconque dans l'exécution du contrat, c'est uniquement parce qu'elles permettent d'établir une image prospective des capacités financières de l'autre partie. L'intuitus personae n'a donc ici d'autre rôle que d'éviter un éventuel préjudice de caractère financier. Or que se passe-t-il si le syndic décide par exemple de poursuivre une convention de compte courant ? Le solde du compte au jour du jugement déclaratif donne lieu à une production au titre de créance dans la masse ; quant au solde débiteur que dégagera peut-être la poursuite du compte, il sera lui intégralement payé en tant que fausse créance de masse. Il n'y a donc aucune raison de laisser le cocontractant invoquer un accroissement de ses risques, au prétexte que

(43) F. Derrida, D.1979-444, 1^{ère} col.

(44) En ce sens, R. Plaisant, J.C.P. 1976-18219, 1^{ère} col.

(45) F. Derrida, D. 1979-444, 2^o col.

le comportement du failli ne lui permettrait pas d'escompter un paiement intégral, alors que ce règlement lui est assuré sans restriction par le syndic.

51

Les contrats de société et de mandat sont eux aussi susceptibles de s'intégrer dans cette construction.

Tout d'abord, l'affirmation selon laquelle le contrat de société serait résolu de plein droit par la liquidation des biens ou le règlement judiciaire de l'un des associés, paraît illogique et ce pour deux raisons. D'une part, comme le souligne Mme Reymond de Gentile, la procédure collective n'est pas un évènement qui atteint la personne du failli "en qualité d'associé lui interdisant désormais d'exercer le commerce, ou qui entraîne comme l'incapacité, a fortiori le décès, son impossibilité de prendre part à la gestion sociale, ce qui est particulièrement important dans les sociétés où chaque associé engage la totalité de son patrimoine. La procédure collective ouverte contre l'un des associés pourrait tout au plus impliquer que la société est également un état de cessation des paiements, mais non entraîner la dissolution. D'ailleurs on peut penser que les autres causes de dissolution étant l'incapacité et l'interdiction d'exercer une profession commerciale, c'est bien la faillite personnelle au sens de la loi du 13 juillet 1967 qui est visée" (46). D'autre part, la loi du 4 janvier 1978 modifiant les dispositions du Code civil sur les sociétés, n'a pas repris les solutions posées par l'ancien article 1865 4°. Le nouvel article 1860 du Code civil exclut en principe et sauf clause contraire des statuts, ou décision unanime des associés, la dissolution de la société civile en cas de déconfiture, de faillite personnelle, de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'un des associés, ce qui marque une réticence de plus en plus nette du législateur face à l'intuitus personae (47).

(46) M.J. Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, préc., n°293.

(47) En ce sens, Y. Chartier, "La société dans le Code Civil après la loi du 4 janvier 1978", J.C.P. 1978.I.2917, n°289 ; voyez aussi M. Azoulay, "L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat", in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, L.G.D.J. 1960, p.1 et s.

L'assimilation opérée en matière de mandat entre la déconfiture et la faillite prise au sens large encourt elle aussi la critique. En premier lieu, il convient de noter que, la déconfiture étant une procédure qui ne peut se confondre avec la liquidation des biens ou le règlement judiciaire (48), il n'y a pas ici d'ambiguïté terminologique qui puisse justifier un rapprochement a priori. Ensuite et surtout, la déconfiture est une procédure essentiellement civile qui frappe les débiteurs notoirement insolvables; la résolution de plano s'explique alors par le fait que la loi sous-entend dans le mandat "une clause tacite de résiliation de plein droit" au cas où la confiance inhérente aux rapports des parties liées par un tel contrat viendrait à disparaître. Or depuis 1967 l'ouverture d'une procédure collective n'entraîne plus l'indignité du débiteur ; seule la faillite personnelle engendre cette réprobation" (49). Il faut donc affirmer, là encore, que ni le règlement judiciaire ni la liquidation des biens ne doivent exercer d'influence sur le sort du contrat de mandat, ceci bien évidemment sous la réserve que le débiteur participe effectivement à son exécution.

52

C'est en définitive le critère que nous retiendrons : quelle que soit la procédure engagée, les contrats conclus intuitu personae sont susceptibles d'être poursuivis à la demande du syndic, pour peu que ce dernier sollicite et obtienne de l'autorité compétente, c'est-à-dire le juge commissaire en cas de règlement judiciaire ou le tribunal dans l'hypothèse d'une liquidation des biens, la participation du débiteur. Il va de soi que cette autorisation ne saurait être accordée dès lors que le débiteur est en faillite personnelle.

(48) En ce sens, Pic, préc. ; sur la notion de mandat : Almeras, "Du sort du mandat après la faillite du mandant et du mandataire", R.F. 1936, p.79 ; M.F. Nicolas-Magnin, "Le mandat exclusif", D. 1979, doct. 265.
(49) F. Derrida, D.1979, préc., p.444, 1ère col., D.1977, préc., note 85.

CHAPITRE 2

LES RÉGLEMENTATIONS PARTICULIÈRES

53

Mises à part les conventions présentant un caractère personnel marqué, les contrats en cours au jour de l'ouverture de la procédure ne sont donc pas résolus ou résiliés de plein droit par le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de l'une des parties, et cela même s'ils sont assortis d'une clause de résiliation automatique pour cause de faillite. Pour autant, il ne faudrait pas croire que tous relèvent du régime instauré par l'article 38, car la jurisprudence et la doctrine s'accordent en général pour estimer que certains d'entre eux relèvent d'une réglementation particulière.

Cela est effectivement le cas du bail. En introduisant dans la loi du 13 juillet 1967 les articles 52, 53 et 54, le législateur a incontestablement entendu appliquer à cette catégorie de convention des solutions particulières.

En revanche, le système dégagé à propos des contrats de travail et d'assurance est tout à fait critiquable. Il consiste à utiliser pour les premiers l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et pour les seconds l'article L. 113-6 du Code des Assurances. Or non seulement cet ensemble de solutions aboutit à des résultats qui ne s'intègrent pas au mécanisme décrit par l'article 38, mais de plus il n'est pas certain qu'il respecte les conditions d'application de ces articles.

SECTION I : LE CONTRAT DE BAIL

54

Les immeubles affectés à l'activité professionnelle du failli, y compris les locaux qui dépendent de ces immeubles et servent à l'habitation du débiteur, et de sa famille, font l'objet d'une réglementation originale qui mérite une étude approfondie (1).

La loi de 1838, en interdisant au bailleur de procéder à aucune mesure d'exécution pendant les trente jours qui suivaient la déclaration de faillite, n'avait accordé qu'une protection illusoire à la masse des créanciers. En effet, ce délai qui devait dans l'esprit du législateur permettre au syndic de se procurer les sommes nécessaires au paiement des loyers, n'interdisait pas pour autant au propriétaire d'obtenir par un jugement la possibilité de faire saisir les meubles dès le trente et unième jour (2).

Afin de préciser les droits du syndic et notamment de parer au danger de résiliation prématurée du bail, la loi du 12 février 1872 complétée par le décret du 30 septembre 1953 modifia sur ce point les dispositions du Code de commerce.

-
- (1) A.C., "La continuation ou la cession du bail dans les procédures collectives", Rev. des Huissiers, 1982, p.147 ; J. Viatte, "Les rapports entre bailleurs et locataires en état de R.J. ou de L.B.", Rev. des Loyers, 1967, p.363 et s. ; A. Solal, "Le sort du bail commercial en cas de faillite du locataire", A.J.P.I. 1979, p.7 ; "Les modifications apportées aux droits du bailleur par la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le nouveau régime des faillites", A.J.P.I. janv. 1969, p.16 ; R. Martin, "Le sort du bail en cas de R.J. ou de L.B.", Ann. des Loyers 1969, p.794 ; A. Guelot, "De l'effet juridique des clauses de résiliation des baux commerciaux en cas de mise en liquidation judiciaire du locataire", G.P. 1952, doct.29 ; R. Beraud, "Le bail dans le règlement judiciaire", Ann. des Loyers 1981, p.17 ; M.J. Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillite, Effets, n°340 et s. ; A. Honorat, J. Class. com., Continuation des contrats en cours, anc. art. 437 à 614, Fasc. F10, n°16 et s. ; J. Viatte, "Les clauses de résiliation de plein droit dans les baux", Rev. des Loyers, 1978, p.349 et s. ; de Belot, "Situation du bailleur en cas de R.J. ou de L.B. de son locataire", "Administrer", juillet 1979, p.4.
- (2) En ce sens, Meller, "De la notion de créancier de la masse dans la faillite", thèse Paris 1935, p.221.

Dorénavant, il était précisé dans les articles 507 et 531 à 533 que d'une part toutes les voies d'exécution à la requête du bailleur étaient suspendues pendant un délai de trois mois à compter du jugement constatant l'ouverture de la procédure, sans préjudice toutefois des droits acquis du bailleur, pour lesquels celui-ci devait introduire sa demande dans le même délai de trois mois. D'autre part, le syndic, quant à lui, s'il estimait utile de poursuivre le bail, devait durant cette période notifier son intention au propriétaire, en offrant d'exécuter toutes les obligations du locataire. Enfin, dès la réception de cette notification, le bailleur avait un délai de quinzaine pour adhérer à l'offre de continuation du bail ou pour demander la résiliation. Dans ce dernier cas, il pouvait, soit invoquer des causes antérieures à la faillite, soit estimer insuffisantes les garanties présentées par le syndic.

La loi de 1967, qui a repris dans les articles 52 à 54, les grandes lignes du régime antérieur, lui a cependant apporté quelques modifications dont l'interprétation ne va pas toujours sans difficulté. Nous les envisagerons tour à tour.

§ 1 : Le champ d'application des règles posées par les articles 52 à 54 de la loi du 13 juillet 1967

55

L'alinéa 1er de l'article 52 prévoit que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens n'entraînent pas de plein droit la résiliation du bail dont le débiteur est titulaire, et répute non écrite toute stipulation contraire. En outre, le texte précise que les baux concernés par cette disposition sont ceux qui portent sur les immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur et de sa famille.

La première partie de ce texte n'a rien d'original ; elle ne fait que reprendre, en les adaptant au goût du jour, les termes de l'ancien article 507. Au demeurant, si cette disposition constituait autrefois pour le locataire une protection particulière et efficace contre les exigences des bailleurs qui avaient fait des clauses résolutoires de véritables clauses

de style, elle semble actuellement ne présenter aucun intérêt particulier. En effet, l'article 38 en accordant au syndic la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours, érige en règle générale l'inopposabilité de la clause de résiliation de plein droit, en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire du cocontractant (3).

Une différence subsiste cependant, entre le régime du bail et celui des autres contrats. Dans ces derniers, l'inefficacité de la clause résolutoire est dépendante de la prise de position du représentant de la masse (4). Dans le bail, au contraire, étant réputées non écrites, ces clauses sont toujours inopérantes et ce quelle que soit la décision du syndic (5). Il ne s'agit donc plus ici d'une simple inopposabilité à la masse des créanciers, mais plus radicalement d'une nullité, ce qui doit conduire à interdire au bailleur de se prévaloir de cette clause, dans l'hypothèse où le débiteur obtiendrait ultérieurement un concordat. Cette dernière solution, qui déroge au droit commun (6), s'explique par des considérations d'ordre économique ; si le bail venait à être résilié, le concordat aurait toute chance de ne pas aboutir.

56 La véritable innovation introduite par l'article 52 alinéa 1, réside dans l'élargissement du champ d'application des règles posées par les articles 52 à 54 de la loi du 13 juillet 1967.

A cet égard, il faut en effet réfuter immédiatement l'idée selon laquelle le domaine délimité par ce premier alinéa, bien loin de concerner également les baux qui seront soumis aux dispositions contenues dans les articles 52, 53 et 54, ne viserait que les effets de la clause du bail prévoyant la résiliation de plein droit en cas de procédure collective. Certes, "la méthode suivie peut être critiquée en ce qu'elle place dans un même alinéa une disposition particulière et une disposition de caractère général" (7) ; pourtant il est hors de doute que ce texte intéresse égale-

(3) Cf. supra p.38 , n°30 et s.

(4) Cf. supra p.45 , n°36 et s.

(5) En ce sens, A. Solal, préc., p.10.

(6) Cf. supra p.47 , n°39.

(7) A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc., p.7.

ment les baux soumis à la réglementation décrite par les alinéas suivants ; il est évident que l'article 51 procède d'une unité de conception tendant à faciliter la reprise du contrat, car à quoi servirait le maintien de certains contrats de bail, malgré l'existence d'une clause résolutoire expresse, si le mécanisme décrit par la suite ne leur était pas applicable ?

Sont concernés tous les baux portant sur les activités professionnelles du débiteur. Puisque depuis 1967, la liquidation des biens et le règlement judiciaire peuvent atteindre des débiteurs non commerçants, cette activité n'est donc plus forcément commerciale ; il doit donc en aller de même des baux, pourvu qu'ils contribuent à la réalisation de l'objet social (8).

Sont également visés les locaux d'habitation pourvu que certaines conditions soient respectées. En premier lieu, ils doivent servir à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Lorsque le débiteur est une personne physique, cette disposition ne pose aucun problème ; par contre, la solution est moins évidente lorsque ces locaux servent à l'habitation des dirigeants d'une personne morale mise en faillite. Selon M. Viatte, "le doute est permis étant donné que la loi ne prévoit que le logement du commerçant 'personne physique', bien que la jurisprudence considère comme commerciale toute location de locaux à usage d'habitation, consentie à une société commerciale pour les besoins de son exploitation" (9). L'auteur en conclut alors que "les termes affectés à l'activité professionnelle et le principe que les nullités sont de droit étroit, conduisent à reconnaître la validité d'une clause de résiliation de plein droit, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, insérée dans un bail portant sur des logements, dès lors que le locataire est une personne morale" (10). A notre avis, ce raisonnement mérite d'être nuancé. Il est vrai que ce texte ne concerne que le logement du débiteur, personne physique, mais dans la mesure où certains dirigeants de sociétés de capitaux sont indéfiniment et so-

(8) En ce sens, M.J. Reymond de Gentile, préc., n°340 ; J. Viatte, Rev. des Loyers 1967, préc., p.364 ; Ripert et Roblot, n°3075 ; contra, A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc., p.7.

(9) J. Viatte, Rev. des Loyers, 1967, préc., p.364.

(10) J. Viatte, Rev. des Loyers, 1967, préc., p.365.

lidairement responsables du passif social, il n'y a aucune raison de ne pas accorder à leurs logements le bénéfice de cette disposition (11). Il faut ensuite que ce logement soit dans le même immeuble que les locaux commerciaux. Apparemment, cette dépendance doit être conçue comme purement matérielle ; exiger en plus du lien de voisinage ou de contiguïté, que les locaux d'habitation et les locaux d'exploitation fassent l'objet d'un seul et même bail, reviendrait à gêner considérablement la reprise, voire la cession du bail, au risque d'aller à l'encontre des préoccupations développées dans cet article.

§ 2 : L'étendue du droit d'option reconnu au syndic

57

Sur les contrats de bail ainsi définis, le syndic, ou, en cas de règlement judiciaire, le débiteur assisté du syndic, dispose en vertu des alinéas 2 et 3 de l'article 52 d'une triple option : le maintien, la cession, la résiliation.

En outre, il convient d'ajouter que depuis 1967, l'autorisation du juge commissaire n'a plus à être requise (12), et que d'autre part, l'article 35-1 du décret du 30 septembre 1953 annule les clauses du bail interdisant la cession en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire du locataire.

L'hypothèse selon laquelle le syndic opérerait pour le maintien ou la cession n'appelle ici aucun commentaire. En effet, l'article 52 alinéa 2, en précisant que la continuation du bail ou sa cession doivent intervenir "sous les conditions éventuellement prévues au contrat avec le bailleur, et avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent", ne fait que rappeler ce que l'article 38 a érigé en règle générale (13). De plus, si certains points, notamment les clauses restrictives de la faculté de cession, méritent d'être approfondis, ils relèvent beaucoup moins des condi-

(11) En ce sens, A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc., p.7.

(12) En ce sens, Toulouse 14 janvier 1974, D. 1974, I.R. 102.

(13) Cf. infra p.299 , n°227 et s.

tions que des conséquences de la reprise. Ils seront donc étudiés ultérieurement dans ce cadre (14).

58

Par contre, en permettant au syndic de résilier le contrat de bail, l'article 52 alinéa 3 introduit une solution dérogatoire au droit commun. Cette faculté est en effet, sinon exclue expressément par l'article 38, du moins passée sous silence, et l'on s'accorde très généralement à penser que le cocontractant a seul, dans ce cas, la possibilité de demander la résolution judiciaire du contrat (15). Qui plus est, il est précisé, toujours dans cet alinéa, que la résiliation prend effet au jour de la demande. Là encore, il faut en déduire que "ce texte apporte ainsi une dérogation à la clause du bail qui prévoierait un préavis pour y mettre fin ; en matière de baux commerciaux, il écarte l'application de l'article 3-1 ou de l'article 5 du décret du 30 septembre 1953, qui met à la charge du locataire l'obligation de signifier congé six mois avant l'expiration d'une période triennale ou à la fin de la durée contractuelle prévue" (16).

59

Enfin, la rédaction de l'alinéa 3 de l'article 52 pose un problème lorsque le syndic s'abstient de toute prise de position. Faut-il reprendre les solutions dégagées à propos de l'article 38 (17), et décider que faute de manifestation tacite ou expresse de volonté, le contrat n'est pas poursuivi, ou bien peut-on au contraire, en s'appuyant sur la formulation de cet alinéa, qui n'envisage que la demande de résiliation, décider qu'à défaut de montrer une telle intention, le syndic est censé avoir opté implicitement pour la continuation du bail ?

La comparaison du texte nouveau avec l'ancien article 507, qui impartissait au syndic un délai de trois mois, à compter de l'ouverture de la procédure, pour notifier au bailleur son intention quelle qu'elle soit, semble pour M. Solal "créer une présomption simple pour la continuation du bail, présomption simple que toute manifestation de volonté contraire

(14) Cf. infra p. 142, n°114 et s.

(15) En ce sens, Ripert et Roblot, n°3073.

(16) A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc., p.8.

(17) Cf. infra p. 133, n°106 et s.

suffirait à détruire, mais qui subsiste tant que le syndic s'enfermera dans une attitude expectative" (18). Quant à la jurisprudence, elle paraît embarrassée par la question.

60

Il s'est trouvé tout d'abord quelques décisions pour affirmer qu'à défaut d'une prise de position expresse, allant dans le sens de la résiliation, le silence du syndic devait être interprété comme une option implicite de maintenir le contrat de bail.

Le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Lille le 14 mai 1975 (19) illustre cette tendance, avec il est vrai une certaine ambiguïté, mais celle-ci est justement inhérente à la démarche suivie. En l'espèce, le débiteur, assisté du syndic, avait postérieurement à sa mise en règlement judiciaire, poursuivi l'exploitation de son fonds de commerce dans les lieux loués, sans pour autant manifester son intention de poursuivre le contrat de bail. A la suite de discussions portant sur le respect de certaines clauses, le syndic prétendit qu'il n'avait jamais opté pour la continuation du bail et qu'il se réservait l'exercice de son option. Le tribunal, pour trancher le différend, ne se borne pas comme il l'aurait pu, ceci du moins à s'en tenir à l'interprétation couramment donnée de l'article 38, à présumer de l'utilisation des lieux loués la reprise tacite du contrat de bail ; il affirme "qu'il résulte clairement de l'article 52 de la loi du 13 juillet 1967, que le syndic qui décide de continuer le bail n'a aucune notification à faire au bailleur, et que son silence doit donc, en principe, être interprété comme valant décision de continuer le bail ; que cette interprétation est d'autant plus certaine en l'espèce, que l'immeuble donné à bail est depuis le 24 août 1973 (date de la mise en règlement judiciaire) constamment utilisé, conformément à la destination prévue au contrat".

Cette solution qui semble au regard des faits équitable, s'appuie cependant sur une démarche peu claire. A prendre au pied de la lettre le rai-

(18) A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc. p.9.

(19) T.G.I. Lilles, 14 mai 1975, A.J.P.I. 1977, p.29, note A. Solal.

sonnement émis par le tribunal, il résulterait de façon inéluctable de l'article 52, que le silence du syndic dut emporter continuation du bail. Mais alors, si ceci est exact, pourquoi est-il fait allusion dans cette même décision, à l'utilisation constante des lieux loués ? A première vue cette précision est inutile voire illogique, car non seulement la volonté de reprise résulte de façon explicite du seul silence du représentant de la masse, mais encore l'application stricte de l'article 52 devrait interdire d'accorder la moindre valeur à un quelconque élément de fait, autre que ce mutisme.

L'explication qu'en donne M. Solal est à ce point caractéristique de l'embarras de la doctrine, qu'elle mérite d'être rapportée in extenso. Pour cet auteur, compte tenu de la nouvelle rédaction adoptée par le législateur en 1967, "il est possible de conclure qu'à défaut d'une prise de position expresse (du syndic) son silence sera interprété comme une option implicite de maintenir le bail. Une telle interprétation de l'intention du syndic sera confortée si le locataire a continué à utiliser les locaux et poursuit l'exploitation, qui profite à la masse ; c'est donc à juste titre, que le jugement rapporté a déduit du comportement du syndic sa volonté de maintenir le bail. Ainsi, si le silence du syndic ne peut à lui seul établir son intention de poursuivre le bail, les circonstances de fait peuvent éclairer son comportement que l'on interprètera à la lumière de l'article 52 de la loi du 13 juillet 1967, qui ne prévoit de manifestation expresse du syndic qu'en vue de la résiliation" (20).

Quel que soit l'attrait de cette analyse qui semble réinsérer par un biais habile le contrat de bail dans le droit commun de la reprise, il faut avoir présent à l'esprit qu'elle n'a qu'une apparence de cohérence. En réalité, elle aboutit au moyen d'un raisonnement vicié à soutenir un principe et son contraire. Car enfin, ou bien le principe est qu'à défaut de manifestation expresse ou tacite en sens contraire, la reprise du contrat est acquise, mais alors non seulement il est incompréhensible que trois lignes plus loin M. Solal affirme le contraire mais encore une interprétation du comportement du syndic, autre que son mutisme est difficilement concevable

(20) A. Solal, note sous T.G.I. Lille, préc.

à la lumière de cet article. Ou bien cette thèse est erronée, mais dans ces conditions il faut renverser la solution en considérant que le principe est la non continuation du contrat de bail, solution issue de l'article 38 et non pas de l'article 52 alinéa 3 qui devient en la matière un texte sans utilité.

Au demeurant, ce n'est manifestement pas la thèse défendue par M. Solal que retient le Tribunal de grande instance de Lille. Le principe d'une continuation quasi automatique y est bel et bien affirmé. La remarque relative aux agissements du syndic vient seulement atténuer la rigueur du postulat initial, en soulignant qu'un comportement négatif, même tacite, pourrait renverser la présomption de continuation issue du silence du syndic. En somme, et quoiqu'en dise M. Solal, l'incidente relative à l'utilisation des lieux loués n'est pas à concevoir, dans ce jugement, comme l'élément permettant de se prononcer pour la poursuite du bail, a priori suspendu ; sa seule raison d'être est d'apporter a contrario, la preuve qu'il n'existait dans le comportement du syndic aucun élément susceptible de laisser penser à une volonté de résiliation.

61

A l'inverse, la Cour de cassation, avait affirmé très nettement dans un arrêt du 9 mars 1976 "que le silence du syndic n'établissait pas à lui seul l'intention de celui-ci de poursuivre le bail" (21), et la solution paraissait acquise. Cependant l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 18 mars 1980, s'il aboutit dans les faits à reconduire cette solution, présente une motivation moins nette, sans qu'il soit possible de savoir si cela est dû simplement à l'espèce, ou si au contraire, une évolution de la jurisprudence est en cours (22).

En l'occurrence, une société, locataire de locaux à usage commercial, avait été mise en liquidation des biens le 3 juin 1975. Le 23 juin, commandement fut fait au syndic, par le propriétaire, d'avoir à payer le loyer

(21) Cass. com. 9 mars 1976, G.P. 1976, Somm. p. 169, Bull. IV, 1973, n°86, p.73.

(22) Cass. com. 18 mars 1980, Bull. IV, n°130, J.C.P. 1980, Panorama de J.P., p.214, G.P. 1980, Somm. p.346, Quot. Jurid. du 3 avril 1981.

du deuxième trimestre 1975. Ce commandement restant infructueux, la résiliation du bail fut alors constatée par ordonnance de référé, le 4 novembre, et le bailleur assigna le syndic en paiement des loyers des deuxième, troisième et quatrième trimestres de l'année en cours, au titre de dettes de masse. Pour condamner le syndic à payer à ce titre les loyers des troisième et quatrième trimestres, la Cour d'appel de Douai, rejoignant en cela l'argumentation présentée ci-dessus par le Tribunal de grande instance de Lille, retient "que selon les dispositions de l'article 52 de la loi du 13 juillet 1967, la liquidation n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles à usage professionnel, le bail se perpétuant tant qu'aucune des parties n'a pris de décision quant à sa résiliation ; qu'en l'espèce la résiliation n'a été acquise juridiquement qu'au début de l'année 1976, compte tenu de la date de signification de l'ordonnance de référé" (23).

La Chambre commerciale casse cette décision au motif qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions du syndic soutenant "qu'il n'avait pas à demander la résiliation du bail puisqu'il avait accepté celle résultant du jeu de la clause résolutoire invoquée dans le commandement du 23 juin 1975 et prévoyant la résiliation du plein droit, à défaut de paiement dans le délai d'un mois, ... la Cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé (article 52)".

Cet attendu laisse le commentateur perplexe car, maladresse ou volonté délibérée, il semble bien que ce ne soit pas une analyse erronée de l'article 52, qui soit à l'origine de la cassation, mais seulement une mauvaise application d'un principe qu'il faudrait ainsi considérer comme exact. En effet, si le syndic n'avait pas à demander la résiliation puisqu'il avait accepté celle résultant de la clause résolutoire, cela pourrait vouloir dire, a contrario, qu'en l'absence d'une telle clause et de son mécanisme, le contrat aurait été poursuivi, si aucune des parties n'avait pris de décision quant à sa résiliation.

(23) C.A. Douai, 27 octobre 1978, inédit.

Faute d'autre précision, il est impossible de savoir si ce dernier arrêt restera isolé, ou si au contraire, il est le signe avant coureur d'une évolution jurisprudentielle. Si cette seconde éventualité devait s'avérer la bonne, elle doit être vigoureusement combattue.

62

Aucune raison, tant matérielle que théorique, ne permet, à propos du contrat de bail, d'introduire comme le fait le Tribunal de grande instance de Lille, une nouvelle analyse du comportement du syndic. Pratiquement, l'interprétation donnée par la jurisprudence du contenu de l'article 38, notamment les critères qu'elle retient pour établir la reprise des contrats, est suffisamment souple pour assurer la protection du bailleur (24). D'ailleurs, celui-ci ne supporte pas plus de risque que les autres cocontractants et il n'y a donc aucune raison de lui ménager un système particulier. D'un point de vue exégétique cette fois, une telle analyse de l'article 52 alinéa 3 n'a rien de convaincante. Elle revient, à partir d'une extrapolation à renverser purement et simplement un principe, pourtant énoncé sans ambiguïté par l'article 38, et selon lequel "le syndic conserve la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours".

A cet égard, il faut d'ailleurs dénoncer une confusion fréquente, et qui ne peut que nuire à la bonne intelligence de la question. Il n'est pas possible, comme semblent le croire certains auteurs et bon nombre d'arrêts, de concilier cette interprétation de l'article 52 avec l'article 38, en considérant le mutisme du syndic comme une manifestation tacite (25). En effet, quel que soit le laxisme des tribunaux en la matière, une chose est certaine, le silence du représentant de la masse n'a jamais valu à lui seul continuation (26). Ceci s'explique d'ailleurs fort bien, car le principe étant la non continuation des contrats, il est bien évident que le renversement de cette présomption ne peut intervenir qu'à la suite d'un comportement positif du syndic. Soutenir le contraire, c'est renverser le système en édictant une présomption de continuation. Cette dernière solution étant totalement inacceptable pour toutes les raisons précédemment décrites, il

(24) Cf. infra p. 135, n°109.

(25) Voyer par ex., A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc. p.9.

(26) Cf. infra p.133 , n°107.

faut donc écarter toute référence à l'article 52 ; seul l'article 38 a, sur ce sujet précis, vocation à s'appliquer.

§ 3 : Les droits du bailleur

63 Cependant les droits du bailleur ne se trouvent pas pour autant négligés. Certes, le syndic puise dans les articles 38 et 52 certaines possibilités dérogatoires au droit commun, notamment en ce qui concerne la résiliation du contrat. Mais le propriétaire peut lui aussi, parallèlement, demander en vertu des articles 52 alinéas 4 et 5 à bénéficier du même avantage. Deux situations doivent être envisagées.

64 Si le bailleur entend demander ou obtenir la constatation de la résiliation pour des causes antérieures au jugement prononçant la liquidation des biens ou le règlement judiciaire, l'article 52 alinéa 4 l'oblige à introduire son action dans les trois mois qui suivent le jugement, parce qu'en raison "de l'importance que présente le droit au bail des locaux d'exploitation, il est essentiel que les créanciers puissent savoir avec certitude si cet élément incorporel du fonds continue à exister ou a disparu" (27). Il convient de remarquer cependant, que ce délai de forclusion n'est pas opposable au bailleur qui, ayant engagé une instance avant la procédure, a vu celle-ci se poursuivre plus de trois mois après la mise en liquidation des biens ou en règlement judiciaire (28).

65 L'article 52 alinéa 5, envisage une autre situation qui nous retiendra plus longuement. Il prévoit que "le bailleur qui entend former une demande en résiliation du bail pour des causes nées du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, doit l'introduire dans un délai fixé par décret. La résiliation est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par le Tribunal de grande instance". L'article 59 du décret

(27) A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc., p.9.

(28) Cass. civ. 10 janvier 1978, Bull. III, n°26, p.19.

du 22 décembre 1967, qui concerne le délai, le "fixe à quinze jours à dater de la connaissance par le bailleur de la cause de résolution".

Ce texte, issu de l'ancien article 507 du Code de commerce, ne s'en différencie que par le point de départ du délai de quinzaine, qui sous l'ancienne réglementation correspondait à la notification de continuation du bail. Sous l'empire de cette disposition, il avait été admis, que le pouvoir d'appréciation accordé au tribunal, afin d'éviter la résiliation, ne concernait que la demande du bailleur fondée sur la faillite elle-même, prise en tant que révélateur d'une situation inquiétante (29). Par contre, toute demande fondée sur un manquement aux obligations contractuelles, postérieur au jugement, devait être appréciée dans les conditions habituelles, même si le bailleur avait donné son adhésion tacite ou expresse à la continuation du bail, en ne se prévalant pas, dans les délais de l'article 507. La reconduction de cette interprétation semble donc s'imposer.

Pourtant, de ce que l'article 59 du décret a fixé le point de départ du délai à compter du jour de la connaissance de la cause de résiliation, et non plus du jour de la notification de la continuation, de nombreux auteurs déduisent que "la demande en résiliation visée par l'article 52 alinéa 5 n'est pas, comme on aurait pu le penser, celle fondée sur la surveillance du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, mais celle qui invoque une inobservation par le syndic, qui a décidé de continuer le bail, des obligations que le contrat impose au locataire et qui subsistent intégralement, ainsi que le précise l'alinéa 2" (30). Il faut d'ailleurs ajouter pour une meilleure compréhension de cette analyse, que ces mêmes auteurs soutiennent que, "dans le nouveau système, le syndic qui entend continuer le bail n'a pas à notifier sa volonté, le contrat de bail se poursuit de plein droit" (31). Or dans cette dernière optique, il est bien évident, que l'article 52 alinéa 5 ne peut être conçu que comme un moyen permettant de clore une continuation, et non pas comme une disposition préven-

(29) Voyez par ex., Cass. com. 13 oct. 1958, Bull. III, p.285 ; Cass. com. 14 oct. 1963, J.C.P.1964.II.13558 note B.B. ; Paris 1 oct. 1968, J.C.P. éd. C.I. 1969.86189 note J.A. ; Paris 17 déc. 1966, J.C.P. 1967.II. 14951 note J.A.

(30) J. Viatte note sous Cass. civ. 16 févr. 1977, Jal des Avocats 1977, n°53535 p.441 ; voyez aussi Rev. des Loyers, 1967, p.367.

(31) J. Viatte, note sous Cass. com. 20 févr. 1973, A.J.P.I. 1973, p.1012.

tive, visant à empêcher la poursuite éventuelle du bail, puisque par définition la continuation est présumée.

66

Cela étant, les défenseurs de cette interprétation de l'article 52 alinéa 5 se sont alors heurtés à la difficulté suivante : dans ce dernier alinéa, à l'inverse de ce qui est prévu dans le précédent à propos des causes de résiliation antérieures au jugement déclaratif, il n'est fait état que d'une possible demande en résiliation et non de sa constatation. Or, si véritablement il est question dans l'alinéa 5 des causes de résiliation issues de la mauvaise exécution des contrats de bail après qu'ils ont été repris par le syndic, il faudrait alors en déduire que les causes nées du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens ne peuvent donner lieu qu'à une action en résiliation. Cette dernière devrait être portée devant le tribunal de grande instance, à l'exclusion du juge des référés auquel serait alors retiré le droit de constater la résiliation de plein droit acquise par le jeu de la clause résolutoire. En d'autres termes, lorsque le contrat viendrait à être poursuivi par le syndic, ce dernier ne pourrait plus se voir opposer en cours de continuation le jeu d'une clause résolutoire acquise durant cette période. Force serait au bailleur de s'en remettre au tribunal, celui-ci conservant tout pouvoir d'appréciation.

Dans un premier temps, c'est en ce sens que se prononcèrent certains tribunaux et notamment le Tribunal de grande instance de Lyon (32). Une société de restauration demandait à ce que soit constatée la résiliation du contrat de sous location qu'elle avait consenti à une autre société ultérieurement mise en liquidation des biens. La demanderesse exposait que, depuis le jugement déclaratif, les lieux dont il s'agissait, avaient été fermés, et que, dès lors, le contrat de sous location prévoyant la continuation du service de restauration, elle était en droit de se prévaloir de la clause résolutoire figurant au contrat, à savoir : "à défaut du paiement d'un seul terme à son échéance ou de l'inexécution d'une seule des

(32) T.G.I. Lyon 21 avril 1970, J.C.P. 1971 éd. G. 16818, D. 1970 451, G.P. 1970.II.182 ; dans le même sens, Réf. Vienne Ord. du 27 nov. 1975 inédit.

conditions qui précèdent, et passé le délai d'un mois après un commandement ou une mise en demeure restés infructueux, la présente sous-location sera résiliée de plein droit et la société... pourra se faire autoriser par simple ordonnance de référé exécutoire sur minute à expulser la société preneuse".

Pour refuser de faire droit à cette demande, le tribunal constate que si "l'article 52 alinéa 4 permet au bailleur de demander ou de faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la liquidation des biens ou au règlement judiciaire, la clause résolutoire continuant ainsi à recevoir application sous réserve que le tribunal ou la juridiction des référés soient saisis dans le délai utile", en revanche l'article 52 alinéa 5 ne réserve au bailleur "que la possibilité de former une demande en résiliation du bail". Le tribunal ajoute que, puisque la résiliation est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes, "il résulte de cette disposition qui ne dit pas que la résiliation peut être constatée (comme dans l'alinéa 4), mais prononcée par le Tribunal de grande instance dans les conditions particulières qui viennent d'être exposées, qu'est interdite la résiliation de plein droit en application d'une clause résolutoire y contenue".

Compte tenu de l'interprétation restrictive préconisée par certains auteurs à propos du domaine de l'alinéa 5 de l'article 52, cette décision a le mérite, sinon de s'intégrer dans le mécanisme général de la poursuite des contrats en cours, du moins de présenter une certaine logique.

Cependant, cette décision aboutit là encore à un résultat inverse de celui retenu pour les contrats de droit commun, et ce faisant, elle met le bailleur, sans justifications aucunes, dans une situation bien plus mauvaise que celle faite aux autres cocontractants dont le contrat est poursuivi. La conséquence de tout ceci est en effet que, quelle que soit l'hypothèse envisagée, le bailleur ne pourra pas se prévaloir d'une clause résolutoire acquise après le jugement déclaratif, et risquera de plus de se voir opposer la forclusion pour inobservation du délai de 15 jours ; toutes choses qui ne se rencontrent jamais dans le cadre de l'article 38 (33).

(33) Voyez par ex., C.A. Paris 22 juillet 1974, G.P.1974, p.638, qui soumet le jeu d'une clause résolutoire au délai de forclusion prévu par l'article 52 al.5 ; dans le même sens, T.G.I. Nice 18 déc.1975, D.1976, Somm.21.

manqué de reprendre la même formule si le législateur avait estimé que ces mêmes événements devaient également provoquer la caducité des clauses résolutoires prévues dans l'hypothèse d'une interruption de versement des loyers. Attendu d'un autre côté et surtout que l'alinéa 5 doit s'interpréter en fonction, non seulement de l'alinéa 4, mais également de l'alinéa 2 du même article 52, qu'aux termes de ce dernier texte, en effet le syndic lorsqu'il continue le bail du locataire mis en état de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, doit le faire dans les conditions prévues au contrat et en respectant tous les droits et obligations qui s'y rattachent; qu'il ne saurait à la fois en poursuivre l'exécution et en méconnaître les clauses essentielles, que le contrat conclu entre le bailleur et le preneur... et le contrat continué ensuite par le syndic ne constituent qu'une seule et même convention, dont le syndic ne saurait sans arbitraire dissocier l'un des éléments ; que la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers doit donc continuer à recevoir application".

A quelques jours d'intervalle, cette solution devait être reprise par un arrêt de la Chambre civile en date du 17 mars 1976. Il y était précisé que "la liquidation des biens laisse intact le droit du bailleur de demander la résiliation pour des causes postérieures au jugement", étant entendu, que l'article 52 alinéa 5 n'impartit aucun délai pour faire constater la résiliation du bail (35).

Cet arrêt a été confirmé en tous ses points par une nouvelle décision de même origine, datée du 16 février 1977 (36), et il semble bien qu'à quelques exceptions près, la plupart des auteurs s'y soient ralliés.

68 Cependant, ce système présente de nombreux inconvénients. En premier lieu, et c'est le plus évident, quelle que soit son ingéniosité, cette analyse n'explique pas pour quel motif l'alinéa 5 ne vise que le prononcé de la résiliation et non sa constatation.

(35) Cass. civ. 3^o, 17 mars 1976, D.1976, Somm.59, Rev. des Loyers, 1976, p.289, note J.V., J.C.P.1976.IV.162.

(36) Cass. civ. 3^o, 16 février 1977, D.1977.I.R.402, Jal.des Notaires 1977, art. 53535.

Ensuite, et c'est nettement plus grave, l'argumentation soulevée par Cour d'appel de Grenoble, si elle conduit effectivement à imposer le jeu d'une clause de résiliation de plein droit postérieurement au jugement déclaratif, peut tout aussi bien servir à justifier le prononcé hors délai d'une résiliation pour des manquements graves aux conditions d'exécution du contrat de bail. Lorsque par exemple M. Solal souligne le bien fondé de la solution qui vient d'être décrite, en notant qu'effectivement "l'alinéa 2 de l'article 52 impose au syndic qui opte pour la continuation le respect de toutes les conditions du bail au rang desquelles figure la sanction de la clause résolutoire" (37), il devrait logiquement en déduire que la cessation des paiements des loyers ou la fermeture du fonds, dans la mesure où elles aussi supposent le non respect de ses obligations par le syndic, doivent être sanctionnées selon des modalités identiques. Autrement, ce serait admettre que le locataire, qui a momentanément fermé son fonds ou refusé de payer son loyer, puisse néanmoins rester en place bien qu'il ait, en contravention à l'article 52 alinéa 2, violé l'une des stipulations principales du bail.

Pourtant, cette conséquence, M. Solal et avec lui d'éminents auteurs (38) refusent de l'envisager ; ils continuent à prôner une distinction entre le régime de la clause résolutoire et celui des manquements aux autres stipulations contractuelles, quitte à aboutir au paradoxe suivant : le non paiement des loyers, s'il est prévu par une clause résolutoire, peut être invoqué à tout moment comme fondement d'une constatation de résiliation. Par contre, en l'absence d'une telle clause, à supposer le délai de 15 jours écoulé, des faits identiques ne peuvent même pas justifier une demande en résiliation. Cette solution est choquante et l'on comprend fort bien M. Béraud lorsqu'il estime que dans ces conditions "les articles 52 alinéa 5 et 59 de la loi de 1967 (sic) trompent la légitime attente du bailleur. Car aucun bailleur (s'il n'est juriste confirmé) ne pourrait s'imaginer qu'apprenant les fautes de son locataire, il dispose de quinze jours seulement pour agir contre lui. Bref, les arrières pensées du pouvoir exécutif

(37) A. Solal, A.J.P.I. 1979, préc., p.10 ; dans le même sens, F. Derrida, D.1977 I.R.402, D.1976-440, J.V. Jal.des Notaires, art.53535.

(38) Voyez les références citées au n° précédent.

sont claires : on espère bien que le bailleur sera forclos, ses intérêts étant sacrifiés à ceux des autres créanciers de son débiteur, avant tout aux intérêts du fisc, des organismes sociaux et autres" (39).

Par contre, cet auteur se trompe lorsqu'il impute cette situation au texte même des articles 52 alinéa 5 et 59. En réalité, tout ceci provient de la lecture erronée qui en est faite. Lorsque MM. Solal et Viatte, pour ne citer qu'eux, élaborent cette distinction critiquable, il faut avoir conscience que ce résultat leur est dicté par l'interprétation initiale qu'ils ont donnée du domaine de ces articles. Ils ne peuvent pas, après avoir affirmé que ces deux articles englobaient les causes de résiliation postérieures à la reprise du contrat de bail, revenir sur ce postulat en tirant toutes les conséquences de l'article 52 alinéa 2. Tout au plus tentent-ils de remédier aux situations les plus choquantes, mais sans pouvoir remettre en cause leur assertion première. A la vérité, c'est le système dans son entier qui doit être revu car, si les dernières conséquences en paraissent inévitables, elles n'en sont que l'aboutissement.

69

L'interprétation de l'article 52 alinéa 5 adoptée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine repose sur une application fautive d'une pétition de principe. Il faudrait admettre en premier lieu que le point de départ d'un délai puisse indiquer à quelle action il s'applique, et ensuite que le délai de 15 jours qui s'écoule depuis la connaissance par le bailleur de la cause de résiliation suppose un manquement effectivement constaté. Tout ceci est faux ; la succession d'incohérence que cela engendre suffirait d'ailleurs à s'en persuader. Mais de plus, même en s'en tenant à l'analyse du texte, il nous semble que M. Boccara a parfaitement raison de souligner que les dispositions de l'article 52 alinéa 5 sont éclairées par la fin même du texte qui reprend les termes employés par l'ancien article 507 : la résiliation est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par le tribunal civil" (40). Le but de cette disposition était de permettre au propriétaire de demander la résiliation du bail,

(39) R. Beraud, préc., p.18.

(40) B. Boccara, note sous T.G.I. Lyon, 21 avril 1970, préc. et sous Cass. civ. 14 octobre 1980, J.C.P. 1983, 19944.

s'il était établi que la procédure "dans son contexte concret" (41) rendait illusoire la décision de poursuivre le bail et d'en respecter les obligations (42). Il ne s'agissait donc pas "d'une demande de résiliation pour des manquements effectifs et constatés mais, d'une véritable action préventive fondée sur des manquements qui paraissaient prévisibles" (43).

Actuellement, il n'existe aucune raison pour ne pas reconduire cette solution. La prise en compte de la date à laquelle est connu le motif de résiliation s'explique tout simplement par le fait que "les causes nées du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens peuvent être inconnues du bailleur au départ, lorsque par exemple, la véritable situation économique de l'entreprise se révèle ultérieurement" (44). A partir de là, il devient facile d'expliquer pourquoi l'alinéa 5 de l'article 52 ne mentionne pas l'hypothèse de la constatation de la résiliation. C'est que, en concordance avec l'article 52 alinéa 1, les clauses de résiliation de plein droit pour cause de faillite sont réputées non écrites et qu'il n'y a donc pas lieu d'envisager cette hypothèse. Enfin, dernier avantage et non des moindres, il n'est plus besoin pour aboutir à une solution équitable de se livrer à des distinctions subtiles qui relèvent plus de l'acrobatie juridique que d'une démarche logique ; si la clause résolutoire acquise postérieurement à l'ouverture de la procédure peut être constatée à tout moment, c'est non pas à la suite du bénéfice d'un régime dérogatoire dont on comprend mal qu'elle soit la seule à profiter, mais uniquement parce qu'elle doit, comme toutes les clauses du contrat, recevoir, en vertu des articles 38 et 52 alinéa 2, application lorsque le bail est poursuivi.

70 C'est d'ailleurs la solution qu'avait commencé par adopter la Cour de cassation, mais il est vrai qu'il s'agissait de la Chambre commerciale et non plus de la Chambre civile.

(41) B. Boccara, préc.

(42) Voyez les références citées au n° 29, aj. Trib. civ. de Nantes, 1er février 1956, D. 1956, 247.

(43) B. Boccara, préc.

(44) M.J. Reymond de Gentile, préc., n° 363.

Dans un arrêt du 20 février 1973 (45), elle avait affirmé que lorsque l'infraction aux clauses du bail commise par le syndic était constatée, "la Cour d'appel n'avait pas à rechercher pour prononcer la résiliation du bail si les garanties offertes par le syndic étaient suffisantes". C'était dire on ne peut plus clairement que l'article 52 alinéa 5 ne concernait pas ce que M. Boccara appelle "les manquements du preneur provoqués par la cessation des paiements", c'est-à-dire "toutes les violations contractuelles du preneur qui se rattachent le plus souvent directement ou indirectement à la cessation des paiements et singulièrement les deux infractions les plus graves à la loi des contrats, la cessation du paiement des loyers et la fermeture du fonds" (46).

Faut-il alors déplorer une divergence entre les deux chambres ? Le doute est permis. Cependant, l'arrêt rendu le 14 octobre 1980 par la troisième Chambre civile paraît témoigner d'une évolution qui doit être encouragée. Dans cette affaire, le bailleur avait été, là encore, admis au bénéfice du règlement judiciaire et le syndic avait le 15 juin 1975 notifié son intention de poursuivre le bail. A compter du 1er novembre 1975, les loyers ne furent plus payés et le bailleur demanda et obtint la résiliation du contrat, alors que l'action avait été intentée hors du délai de quinzaine. La Haute cour confirme la solution en relevant "que l'arrêt retient exactement que le délai imposé au bailleur par l'article 52 alinéa 5 de la loi du 13 juillet 1967, pour introduire une action en résiliation du bail postérieurement au jugement prononçant le règlement judiciaire, ne vise que la demande en résiliation née du règlement judiciaire lui-même, mais non les demandes fondées sur d'autres causes" (47). La confusion dénoncée antérieurement serait donc heureusement dissipée.

71 M. Derrida, cependant, profitant d'un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris, dans lequel il était réaffirmé sans ambiguïté que "le syndic,

(45) Cass. com. 20 février 1973, Bull. IV, 1973, n°86, A.J.P.I. 1973, p. 1012, obs. J. Viatte, D. 1973, I.R. 85.

(46) B. Boccara, préc.

(47) Cass. civ. 14 octobre 1980, Bull. III, n°157, p.117, J.C.P.1983, 19944 note B. Boccara.

en optant pour la poursuite de la location, était tenu aux mêmes obligations que le preneur et, dès lors que les loyers demeuraient impayés, cette défaillance ne pouvait être considérée comme provenant du règlement judiciaire lui-même" (48), se demande si cette solution "ne procède pas d'une nouvelle malfaçon, sinon d'un contresens commis par le législateur de 1967" (49).

S'interrogeant sur l'opportunité de reconduire dans le "contexte législatif nouveau" la jurisprudence antérieure relative aux violations du bail poursuivi, cet auteur en doute, "compte tenu de la disposition même de l'article 59 du décret du 22 décembre 1967, qui se réfère à la connaissance par le bailleur de la cause de résolution" (50) ; selon M. Derrida, "cette dernière expression révèle nécessairement qu'il peut y avoir plusieurs causes de résolution et non pas la seule insuffisance des garanties offertes" (51).

Fort de cette remarque, il propose alors de soumettre au délai de 15 jours, et par conséquent à l'article 52 alinéa 5, les violations du bail "qui trouvent leur source uniquement dans l'état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens". L'analogie avec l'évolution jurisprudentielle la plus récente n'est qu'apparente. En effet, M. Derrida s'appuyant sur le fait qu'une procédure collective "autorise de grandes libertés avec les clauses du bail continué" (52), et que notamment la location-gérance du fonds de commerce peut être conclue au mépris d'une clause du bail l'interdisant, inclut dans cette catégorie particulière "toutes les clauses incompatibles avec l'état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens" (53). C'est ainsi que, selon lui, "la cession du bail, qui est obligatoirement attachée à la liquidation des biens, devrait relever de l'alinéa 5" (54).

(48) C.A. Paris 26 octobre 1981, D.1982, 240, note F. Derrida.

(49) F. Derrida, note préc.

(50) F. Derrida, note préc.

(51) F. Derrida, note préc.

(52) F. Derrida, note préc.

(53) F. Derrida, note préc.

(54) F. Derrida, note préc. ; contra, Aix en Provence, 27 oct. 1976, Bull. d'Aix, 1976, n°IV, n°342, p.45.

Répondant par avance à l'objection qui pourrait lui être faite à propos de la trop grande latitude accordée au syndic par ce système, cet auteur insiste tout d'abord sur le caractère limité de cette exception et sur le fait que le bailleur conserve la possibilité d'agir dans les quinze jours de la connaissance de la violation, ce qui devrait inciter le syndic à prendre certaines précautions. Il estime, d'autre part, que "cette relative liberté du syndic rejoint le régime exceptionnel que connaît le bail dans la loi de 1967" en sorte qu'une "application plus large de l'alinéa 5 de l'article 52 de la loi du 13 juillet 1967, donnant davantage de liberté au syndic, ne romprait pas l'harmonie de l'ensemble du régime légal" (55).

72

L'ensemble de cette argumentation n'est pas recevable. En premier lieu, l'interprétation que donne M. Derrida de l'article 59 du décret du 22 décembre 1967, sur laquelle repose somme toute la majeure partie du raisonnement qui vient d'être présenté, n'est guère convaincante.

Lorsque cet article se réfère à "la connaissance par le bailleur de la cause de résolution", cette expression a pour unique objet de tenir compte du fait que le bailleur ne connaît pas nécessairement, dès le jour de l'ouverture de la procédure, les conditions dans lesquelles son contrat risque d'être poursuivi. Au demeurant, s'il est exact qu'il puisse y avoir plusieurs causes de résolution, il n'y a en revanche aucune raison de déduire de cette constatation qu'il existe d'autres motifs que l'insuffisance des garanties offertes pour justifier la résolution. Ce que le législateur entend préciser dans cette disposition, c'est tout simplement que le tribunal doit procéder à l'évaluation des garanties offertes par le syndic en tenant compte à la fois de la spécificité du contrat et de la situation financière plus ou moins obérée du failli ; dans la mesure où ces deux éléments ne sont jamais identiques d'une procédure à l'autre, il est bien évident que la résolution pour insuffisance des garanties offertes par le syndic ne correspond pas à une appréciation rigide, mais doit renvoyer à des réalités diverses qui sont justement les différentes causes auxquelles il est fait allusion dans cet article.

(55) F. Derrida, préc.

Le raisonnement développé par M. Derrida prête à une autre critique dans la mesure où il puise dans un régime dérogatoire, notamment dans l'article 27 concernant la location-gérance du fonds de commerce, le principe d'une distinction qui n'existe dans aucun texte. Car enfin, si le législateur prend le soin d'introduire dans un article une solution dérogatoire au droit commun, c'est qu'il n'ignore pas que, sauf exception dûment précisée, ce droit commun doit s'appliquer et qu'en particulier le syndic, lorsqu'il poursuit un contrat de bail, doit normalement respecter la totalité de ses clauses. La même critique se retrouve d'ailleurs lorsque M. Derrida justifie l'étendue des prérogatives reconnues au syndic par le régime exceptionnel que connaît le bail dans la loi de 1967. Là encore, il suffit de constater que ce régime déroge au droit commun pour se persuader qu'il doit être interprété strictement. Comment parler autrement de "l'harmonie de l'ensemble du régime légal" (56), si le principe d'une interprétation unitaire n'est pas respecté ?

73

Il faut donc réaffirmer que l'expiration du délai prévu par l'article 52 alinéa 5 "prive seulement le bailleur du droit de se prévaloir des causes de résiliation tenant à ce que les conditions dans lesquelles s'ouvre la procédure ne permettent pas d'envisager raisonnablement la continuation du contrat et l'exécution des obligations qui s'y rattachent. En revanche, le bailleur conserve sans restriction le droit de demander la résiliation pour les causes nouvelles qui viendraient à se produire après le jugement déclaratif, notamment pour inexécution du bail par le syndic" (57). Procéder autrement, serait admettre que, par le seul effet de l'expiration du délai, le locataire puisse être en droit de ne pas payer ses loyers, de fermer le fonds, et cependant de rester en place.

(56) F. Derrida, note préc.

(57) Ripert et Roblot, t.II, n°3078.

SECTION II : LE CONTRAT DE TRAVAIL

74

La mise en règlement judiciaire ou la liquidation des biens de l'entreprise est toujours lourde de conséquences pour les salariés, tant il est vrai que "la faillite, naufrage financier, est aussi dans la plupart des cas un naufrage social" (1).

Bien sûr, l'ouverture d'une procédure collective n'est pas, comme le souligne une jurisprudence bien assise (2), un cas de force majeure entraînant ipso facto la fin des contrats de travail ; mais ceci n'apporte au salarié aucune certitude quant au maintien de son emploi. En effet, d'une part, les tribunaux admettent traditionnellement que cette circonstance constitue à elle seule une juste cause de rupture, exclusive de tout licenciement abusif (3) ; ensuite, même en l'absence d'un tel congédiement, l'expectative demeure car il arrive le plus souvent qu'aucune décision n'intervienne immédiatement. Quelle sera alors dans ce dernier cas la situation des salariés ?

A s'en tenir aux critères dégagés à propos des contrats en cours au jour de la faillite, la solution devrait dépendre exclusivement du comportement du syndic ; à défaut d'une manifestation expresse ou tacite de volonté, qui ne saurait être présumée, les contrats de travail ne pourraient être considérés comme poursuivis.

Jusqu'en 1960, ce fut effectivement le système qui prévalut (4). Puis la jurisprudence, soucieuse pour des raisons économiques et sociales de lever l'incertitude qui pesait ainsi sur les contrats de travail, trouva

(1) M. Despax, "L'incidence de la faillite dans les rapports de travail en droit français", Ann. Toulouse, t.XXIII.

(2) Voyez par ex., Civ. 2 février 1927, D.P.1927, 164; Req. 27 avril 1937, D.H. 1937, 330 ; Cass. soc. 7 janvier 1955, Informateur du chef d'entreprise, 1955, p.304 ; Cass. civ. 15 mai 1945, D.1946 35.

(3) Voyez par ex., Civ. 15 avril 1945, D.1946 35 ; Paris 14 décembre 1954, J.C.P.1955.II.8559 note Brethe de la Cressaye ; Soc. 15 octobre 1975, Bull. V, n°458, p.393 ; Civ. 15 mai 1944, D.1945 15 ; Bordeaux 25 mai 1960, J.C.P. 1960.II.11832 note H. Sinay.

(4) Voyez par ex., Trib. Co. de la Seine 28 janvier 1959, R.T.D.Co.1959, p.512 ; Trib. Co. de la Seine, 15 avril 1953, D.1953 383.

dans un article du Code du travail le moyen d'assurer aux salariés, sinon le maintien définitif de leur emploi, tout du moins les conditions de rupture les plus avantageuses.

Cette disposition, qui fut tour à tour l'article 23 alinéa 7 puis l'article 23 alinéa 8, et qui est inclus actuellement dans l'article L.122-12 alinéa 2, est issue de la loi du 19 juillet 1928 qui a édicté le principe du maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur. Elle précise que "s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise".

Considérant que le jugement déclaratif était à ranger parmi les causes de modification de la situation juridique de l'employeur, la Cour de cassation en déduisit alors que tous les contrats de travail en cours étaient automatiquement poursuivis par la masse, dès lors que les autres conditions d'application de l'article L.122-12 alinéa 2 étaient réunies.

Bien que favorablement accueillie par la doctrine, cette initiative est critiquable (5).

(5) Sur l'ensemble de la question, H. Blaise, "La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur", *Dr. soc.* 1961, p.537, 1962, p.80 ; J.M. Cabrera de Claver, "La répercussion de la faillite sur les rapports de travail en droit espagnol", *Ann. Toulouse*, t.XXIII, p.117 ; N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, Coll. *Droit du Travail*, n°70 à 97 ; F. Derrida, "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", *Dr. soc.* févr. 1978, p.62 ; M. Despax, "L'incidence de la faillite sur les rapports de travail en droit français", *Ann. Toulouse*, t.XXIII, p.131 ; M. Ferrari, "Le salarié en présence du règlement judiciaire", *G.P.* 1977, doct. p.239 ; Y. Guyon, "Le droit des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise", *Dr. soc.* 1974, p.138 ; J. Nayral de Puybusque, "Les divers modes de rupture du contrat de travail", *D.* 1980 118 ; D. Nazet-Allouche, "Les entreprises en difficulté et l'emploi, normes et pratiques", thèse 3^e cycle Bordeaux, 1980 ; M. Rayroux, "Les salariés en présence du règlement judiciaire", *G.P.* 1977, doct. p.199 ; R. Le Roux-Cocheril, "La faillite et l'article L 122-12 du Code du travail", *Dr. soc.* févr.1978, p.93 ; F. Saramito, "Droit du travail et procédures d'exécutions collectives", *D.O.*1974, p.151 ; "Les droits des salariés en cas de difficultés financières de l'entreprise", *D.O.*1968, p.229 ; H. Sinay, "Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise", *J.C.P.* 1961.I.1647 ; I. Vacarie, *L'employeur*, Bibliothèque de Droit du Travail, p.99 et s. ; M. Voisset, "Droit du travail et crise", *Dr. soc.* 1980, p.287.

Tout d'abord, les critères de mise en oeuvre de cet article du Code du travail, tels que les a définis la jurisprudence, aboutissent à de multiples distinctions dont la continuité et la cohérence laissent à désirer.

D'autre part, et le point est important, il n'est pas du tout certain que cette disposition ait vocation à s'appliquer à l'hypothèse de la faillite. Notamment, même en admettant, ce qui ne va d'ailleurs pas de soi, que l'ouverture d'une procédure collective entraîne bien une modification de la situation juridique de l'employeur, rien ne permet de considérer que la masse puisse jouer le rôle du nouvel employeur dont la présence est pourtant le préalable nécessaire à l'application de cet article L. 122-12 alinéa 2.

§ 1 : La jurisprudence et l'utilisation de l'article L. 122-12

75 L'affirmation de règles particulières au contrat de travail n'a pas toujours été de mise, et il fut un temps où la Cour de cassation décidait que valait aussi pour les contrats de travail le principe selon lequel les contrats qui ne sont pas résiliés de plein droit par la faillite ou le règlement judiciaire ne continuent à la charge de la masse que si les représentants de celle-ci manifestent leur intention de les reprendre (6).

76 Deux arrêts rendus le 7 juillet 1961 par la Chambre sociale de la Cour de cassation mirent brutalement un terme à cette pratique en se fondant sur ce qui était à l'époque l'article 23 alinéa 7 du Code du travail (7).

Dans ces deux affaires, la société Sinnova, mise en règlement judiciaire le 15 juillet 1958, avait été autorisée le 22 juillet à poursuivre son exploitation. L'administrateur, qui avait tout d'abord demandé à un adjoint de direction et à un directeur technique de poursuivre leur travail, se ravisa et décida quatre jours plus tard, c'est-à-dire le 26, le

(6) Voyez les références citées en note 4.

(7) Soc. 7 juillet 1961, J.C.P. 1961.II.12287 bis note R. Lindon, R.T.D.Co. 1961, p.947, n°44, obs. R. Houin, D.1961, Somm.112, Dr. soc. 1962, p. 93, obs. R. Savatier.

licenciement de ces deux salariés ; il leur offrait de passer un nouveau contrat de travail mais à des conditions de salaire inférieur.

Diverses instances furent alors engagées qui toutes concernaient le paiement des indemnités de licenciement, non pas que le principe du droit à indemnité fût en l'occurrence contestable, mais parce que certains salariés voulaient se voir reconnaître de ce chef la qualité de créancier de la masse.

Pour faire droit aux prétentions des salariés, la Cour suprême affirme que la rupture incombe à la masse qui est ainsi débitrice de l'indemnité de licenciement. Elle déclare dans le premier arrêt: "Attendu par ailleurs, que le jugement attaqué a observé à juste titre que l'article 23 alinéa 7 du Livre 1^o du Code du travail a posé une règle de portée générale ; qu'il résulte de ses dispositions que, dès lors qu'une entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle, les salariés de cette entreprise sont liés automatiquement à leur nouvel employeur sans aucune solution de continuité, quelle que soit la modification survenue dans la situation juridique de l'employeur ; qu'ainsi, en l'espèce, l'admission de la société S. au règlement judiciaire, suivie de l'autorisation donnée à l'administrateur de continuer l'exploitation pour le compte de la masse, a placé celle-ci, à l'égard des salariés de l'entreprise dans une situation identique à celle de tout nouvel employeur reprenant la direction d'une entreprise, dont l'activité est demeurée la même et légalement tenu de reprendre à sa charge les contrats de travail en cours ; qu'il s'ensuit nécessairement que la masse des créanciers dans le règlement judiciaire qui constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent et qui bénéficie de cette continuation de l'entreprise, exercée pour son compte et dans son propre intérêt, est débitrice, lorsqu'elle rompt ensuite le contrat d'un salarié, des indemnités contractuellement dues, consécutives à cette rupture". Le second arrêt précise tout aussi nettement que "le contrat de travail en cours subsistait par l'effet de la loi, du seul fait de la continuation de l'exploitation, quelles qu'aient pu être la modification de la situation juridique de l'entreprise et l'intention du représentant de la masse".

La solution est donc claire ; à l'inverse du régime de droit commun, la reprise des contrats de travail ne résulte pas d'une manifestation expresse ou tacite de volonté du représentant de la masse, mais se présente comme la conséquence immédiate de la continuation de l'exploitation. Dès lors, quelle que soit la rapidité avec laquelle l'administrateur procède au licenciement, du moment que ce dernier est postérieur à la poursuite de l'activité, les indemnités y afférentes sont à considérer comme des créances de masse.

77

L'application de l'article 23 alinéa 7 ou plus actuellement de l'article L 122-12 suppose donc, et cela résulte clairement de l'arrêt Sinnova, que l'exploitation continue. Mais que recouvre cette exigence ? Faut-il, pour que s'applique ce régime dérogatoire, que la poursuite fasse l'objet d'une autorisation préalable, ou se peut-il au contraire que le seul maintien d'une activité économique, indépendamment de toute organisation judiciaire, soit suffisante ? A cet égard, il semble que la jurisprudence de la Chambre sociale, après avoir connu une période de stabilité durant laquelle a prévalu une conception étroite, soit actuellement plus incertaine.

78

Dans un premier temps, c'est-à-dire de 1961 à 1977, la politique suivie par les tribunaux a consisté à distinguer radicalement la continuation autorisée de toute autre situation. Si dans le premier cas l'article L 122-12 s'appliquait sans conteste, par contre le droit commun restait en vigueur lorsqu'aucune poursuite d'exploitation n'intervenait ou lorsque celle-ci était irrégulière.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 décembre 1964 (8) fait une application de cette distinction à propos de la résiliation d'un contrat de travail qui liait un artiste et une entreprise de production de films mise en règlement judiciaire. L'entreprise n'avait pas été autorisée à poursuivre son exploitation et l'artiste n'avait effectué aucune prestation

(8) C.A. Paris 16 décembre 1964, D.1965 207, R.T.D.C. 1965, p.668, obs. R. Houin ; dans le même sens, Soc. 21 nov. 1962, Bull. civ. IV, n°836, p.695 ; Aix en Provence, 9 octobre 1975, D.1976, Somm.10.

après l'ouverture de la procédure ; l'administrateur ayant résilié le contrat quatre mois plus tard, le salarié demandait à ce que les différentes indemnités auxquelles il avait droit soient considérées comme des créances de masse. La Cour d'appel de Paris refuse d'accéder à sa demande en constatant "qu'à défaut de continuation de l'exploitation, suivant le droit commun, les contrats en cours ne sont pris en charge par la masse des créanciers qu'autant que l'administrateur du règlement judiciaire a manifesté expressément ou tacitement l'intention de les continuer pour le compte de la masse ; que si la preuve d'une telle intention n'est pas rapportée, les créances qui naissent des contrats demeurent des créances dans la masse, même celles échues depuis le jugement prononçant le règlement judiciaire".

Une démarche identique se retrouve dans l'hypothèse où la continuation d'exploitation, bien qu'effective, n'a pas été autorisée. Toutefois les arrêts semblent en la matière moins nombreux et l'interprétation qu'en ont parfois donnée certains auteurs prête quelque peu à confusion.

C'est le cas notamment de l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 6 mai 1975 (9). Un commerçant en liquidation des biens avait poursuivi son activité commerciale avec le concours de plusieurs salariés, et ce bien sûr sans y être autorisé. L'un de ces employés, le sieur Lombard, qui se trouvait être par ailleurs le frère du commerçant mis en liquidation des biens, demandait à ce que les salaires afférents à cette exploitation irrégulière se voient reconnus la qualité de créance de masse. Le syndic fut effectivement condamné sur cette base par les juges du fond au motif "qu'il avait en fait approuvé la continuation de l'activité de l'entreprise". La Chambre sociale confirme cette décision, mais en précisant que "le syndic qui aurait pu utiliser en l'espèce les moyens que la loi met à sa disposition pour contraindre le commerçant en liquidation de biens à cesser son exploitation, avait laissé le commerçant poursuivre la sienne" de sorte qu'en l'état de ces constatations, "J. Lombard avait été avec l'accord du syndic le salarié de l'entreprise exploitée par son frère".

(9) Soc. 6 mai 1975, D. 1975, 559, note A.H.

Selon Mlle Honorat, qui commente cette décision, "la solution s'explique par la théorie de l'apparence, le salarié ayant pu croire, étant donné les circonstances de la cause, en une continuation régulière" (10). Cette explication ne peut être accueillie. Tout d'abord, il est inadmissible que l'erreur commise par un employé ait une influence quelconque sur une exigence que les auteurs les plus autorisés présentent comme impérative (11). De surcroît, cette erreur, même à la supposer efficiente, est ici plus qu'improbable ; il s'agissait en l'occurrence du frère du failli et il est permis de supposer sans trop s'avancer que le salarié était au courant de la situation réelle. Enfin et surtout, il n'est nul besoin pour justifier la solution retenue par les juges du fond de recourir à la théorie de l'apparence ; il suffit simplement, ce qu'a d'ailleurs fait la Cour de cassation, de revenir au droit commun de la reprise et de chercher dans le comportement du syndic les éléments de nature à laisser penser à une reprise tacite du contrat.

79

L'arrêt rendu le 16 mars 1977 marque un très net infléchissement de cette solution, et la doctrine s'est demandée s'il fallait y voir l'effet d'une approche ponctuelle ou au contraire le signe d'un revirement réel (12).

Là encore, il s'agissait d'une société soumise à une procédure de règlement judiciaire et qui n'était pas autorisée à poursuivre son exploitation. Un mois après le jugement déclaratif, le syndic congédie un salarié, mais lui demande d'exécuter son préavis. Désireux de voir ses salaires et indemnités qualifiés de créances de masse, cet employé saisit le Conseil des prud'hommes qui se déclare incompétent, motif pris de ce qu'il s'agit ici de créance dans la masse. La Cour d'appel d'Amiens, saisie d'un contre-dit, estime à l'inverse que la juridiction prud'homale est compétente, car "la contestation qui lui était soumise n'avait pas sa cause dans le règlement judiciaire et n'était pas de celles sur lesquelles cet état exerce

(10) A. Honorat, préc.

(11) F. Derrida, note D. 1977, 582.

(12) F. Derrida, Cass. soc. 16 mars 1977, D.1977 581.

une influence juridique et que le droit de créance constituait une créance sur la masse".

Les moyens développés au pourvoi ne font que reprendre la distinction élaborée par la jurisprudence antérieure ; notamment ils insistent sur le fait que la continuation d'exploitation n'ayant pas été autorisée, la poursuite du contrat de travail ne peut résulter que d'une manifestation de volonté du syndic ; comme celle-ci fait manifestement défaut, puisqu'aussi bien le contrat est dénoncé, les créances invoquées ne sont que des créances dans la masse. A cela la Chambre sociale oppose que les contrats de travail en cours subsistent "par l'effet de l'article L. 122-12 entre la masse et les salariés de l'entreprise en règlement judiciaire lorsque, fût-ce sans autorisation expresse du juge commissaire, l'exploitation de celle-ci est poursuivie".

Les commentaires suscités par cette décision sont en général désapprobateurs. Il est souligné, en particulier, que l'autorisation tacite du juge commissaire, à laquelle cet arrêt semble faire allusion, est inacceptable, car, s'agissant d'une autorisation judiciaire dont le but est "la protection des créanciers" (13), "on ne peut se contenter de décisions tacites qui prendraient leur source dans une situation de fait que le magistrat aurait laissée se créer ou se perpétuer" (14).

A notre avis le problème est mal posé. Qu'il y ait ici une entorse à la jurisprudence classique, cela est certain. Mais elle repose en réalité, non pas sur une volonté de refonte du système de la reprise des contrats de travail, mais de façon plus prosaïque sur l'injustice qu'il y aurait à qualifier de créance dans la masse les salaires issus du préavis travaillé (15). En effet, non seulement cela reviendrait à porter atteinte au principe selon lequel le jugement déclaratif fixe de façon définitive les déséquilibres patrimoniaux existant entre le failli et ses divers co-

(13) M. Hardouin, "La continuation de l'exploitation dans les procédures de règlement de la situation des entreprises en difficulté", thèse Rennes, 1975, n°33.

(14) F. Derrida, note sous Soc. 16 mars 1977, préc.

(15) Cf. infra p. 277, n°214.

contractants (16), mais encore il en découlerait une variation de situation incompréhensible entre le salarié qui exécute sa tâche dans le cadre du préavis et celui qui fournit une prestation identique après avoir vu son contrat repris. Pour éviter cet état de fait, et sachant que la doctrine lie, à tort d'ailleurs, (17) la qualité de créance de masse à la reprise du contrat par le syndic, il n'y avait donc qu'une solution qui n'a pas échappé à la Chambre sociale : élargir le champ d'application de l'article L.122-12, lui reconnaître un rôle dans l'hypothèse d'une poursuite irrégulière d'exploitation, et mettre ainsi à la charge de la masse les conséquences de la reprise, puis les charges de la rupture du contrat de travail.

80

L'évolution jurisprudentielle postérieure, ou tout du moins ce que la doctrine considère comme telle, ne permet pas de dégager de façon nette un courant dans un sens ou dans l'autre.

Les détracteurs de l'arrêt du 16 mars 1977 considèrent que la décision rendue le 7 mai 1980 marque un retour à une plus saine conception des choses (18). Il est vrai qu'il y a là encore une poursuite irrégulière de l'activité commerciale et que cependant la Chambre sociale refuse d'appliquer l'article L.122-12. Mais l'analogie n'est qu'apparente, car, à l'inverse de l'arrêt du 16 mars 1977, où le préavis avait été exécuté à la demande du syndic, dans le cadre d'une exploitation que ne pouvait ignorer le juge commissaire, il s'agissait en l'espèce d'une continuation dont n'avait connaissance ni le représentant de la masse ni le tribunal. Il n'est pas question d'étudier ici en détail les conséquences qu'emporte cette dernière remarque (19), mais seulement de noter que cet état de fait doit conduire à nuancer les analyses présentées. Notamment, quoiqu'en dise Mlle Honorat, cette décision ne semble pas être "le résumé concis des solutions classi-

(16) Sur l'application de ce principe, voyez Ripert et Roblot, t.II, n°2966 et cf. infra p. 252 et s., n° 196 et s.

(17) Cf. infra p. 235, n° 181 et s.

(18) Soc. 7 mai 1980, D.1981 125, D.1980 I.R. 508, J.C.P.1981 éd. C.I. 9416 n°10.

(19) Cf. infra p. 304, n° 231 et s.



ques en la matière" (20), mais bien au contraire le complément de l'arrêt du 16 mars 1977. En effet, en écartant le jeu de l'article L.122-12 alinéa 2 lorsque l'activité s'est poursuivie "sans l'autorisation du tribunal de commerce ni l'accord, fût-il tacite du syndic", la Chambre sociale sous-entend nécessairement que, si la continuation d'exploitation, et non pas la reprise du contrat, avait été ne serait-ce que tacitement admise par le seul syndic, la solution aurait été toute autre. Ainsi, cette décision ne peut être utilisée pour étayer la thèse d'un retour à l'ancien courant jurisprudentiel.

81

L'arrêt rendu le 5 février 1981 (21) n'est guère plus explicite car, pour motiver l'application de l'article L.122-12, il cumule deux types d'explications qui, prises isolément, pourraient suffire à justifier la solution, mais dont la juxtaposition empêche une perception claire de la démarche suivie.

Une société à responsabilité limitée avait obtenu, après mise en règlement judiciaire, un concordat qui fut résolu le 26 octobre 1976. A partir de ce moment, et bien que la continuation de l'exploitation ne soit plus autorisée, un ouvrier continua cependant à exercer ses activités. La résiliation de son contrat étant finalement intervenue au bout d'un an, il demanda à ce que les indemnités de rupture auxquelles il avait droit soient qualifiées de créances de masse. La Cour d'appel de Paris accueille la demande et la Chambre sociale l'en approuve pour deux raisons.

Elle remarque tout d'abord que "si le syndic avait avisé la gérante de la société de la défense de continuer le commerce, il n'avait pas pour autant licencié le personnel et avait attendu le mois de février 1977 pour prendre des dispositions en vue de la cessation effective de l'activité". Considéré isolément, cet attendu pourrait laisser penser que la solution énoncée en 1977 est ici reconduite ; il semble bien que le syndic ait tacitement admis la poursuite irrégulière d'activité, et que ce soit ce dernier

(20) A. Honorat note sous Soc. 7 mai 1980, préc., D. 1980 I.R. 508.

(21) Cass. soc. 5 févr. 1981, G.P. 1981, Panorama p.205, J.C.P. Tab. de J.P. 1981, p.134, Bull. V, n°107, p.82.

élément qui permette à la Haute cour de retenir l'application de l'article L.122-12 alinéa 2.

Malheureusement, il est précisé immédiatement après cet attendu "que quelques années auparavant, le salarié étant au service de la société, l'activité s'était déjà poursuivie après un autre jugement de règlement judiciaire ; que la Cour d'appel devant laquelle il n'était pas soutenu que le salarié eut été normalement en mesure de vérifier la régularité de la poursuite de l'exploitation, a estimé en l'état des circonstances de fait de l'espèce, que l'intéressé qui avait continué jusqu'au mois de février à être employé dans les mêmes conditions, pouvait légitimement croire que la continuation de l'activité avait été autorisée en fait, et qu'il était passé au service de la masse". Que faut-il comprendre ? que cet attendu n'est là que pour conforter le premier ou qu'au contraire, à défaut de ces circonstances particulières dont l'énoncé ressemble fort à celui que développe l'arrêt du 6 mai 1975 (22), la solution eut été différente ?

Rien ne permet de répondre de manière définitive à cette question. L'allusion faite à la croyance du salarié en une activité "autorisée en fait" peut s'interpréter de deux manières. Ou bien ce qualificatif caractérise une exploitation non expressément autorisée et dans ce cas, si le fait de croire à l'existence d'une autorisation tacite emporte application de l'article L.122-12, il est bien évident que la solution énoncée en 1977 est a fortiori reconduite (23) ; ou bien il ne s'agit pour la Chambre sociale que de tenir compte d'une croyance erronée du salarié en la réalité d'une continuation juridiquement valable (24). Dans ce cas, que cette façon de procéder soit ou non justifiable, c'est la solution de 1975, et non plus celle de 1977, qui est reconduite.

(22) Cf. supra p. 97, n°78.

(23) Dans cette acception, et selon M. Lalande (vocabulaire technique et critique de la philosophie P.U.F.), le mot fait s'oppose à ce qui est légitime ou obligatoire, logiquement, moralement. "Cette opposition s'exprime souvent par les formules : en fait et en droit. Elles paraissent dériver primitivement de l'usage juridique : quid juris, quid facti (point de droit, point de fait)".

(24) Dans cette autre acception et toujours selon les mêmes sources, le mot fait s'oppose à ce qui est illusoire, fictif ou seulement possible ; il renvoie à l'idée d'objectivité, à un élément de la réalité dont l'existence est incontestable.

Une seule chose est certaine dans tout ceci : la façon dont la Haute cour aborde le problème témoigne de l'embarras dans lequel elle se trouve lorsqu'il faut élaborer, de façon précise, les critères d'application de l'article L.122-12 alinéa 2.

82

Cet embarras et les atermoiements qu'il implique sont à notre avis, injustifiés, non pas que la question ainsi posée puisse être résolue aisément, mais parce qu'en réalité il n'est pas certain qu'il soit nécessaire de l'aborder. Toute cette discussion suppose en effet admis que l'article L.122-12 alinéa 2 s'applique à l'hypothèse d'une procédure collective ; or rien n'est moins sûr. Bien au contraire, il nous semble que d'un point de vue juridique, la continuation d'exploitation fût-elle autorisée, les conditions d'application de cet article ne seront jamais réunies. Il est donc inutile d'élaborer une distinction à l'intérieur d'un cadre qui en exclut de toute façon l'application.

§ 2 : La nécessité d'exclure tout recours à l'article L.122-12

83

En affirmant dans l'arrêt Sinnova que "le contrat de travail en cours subsistait par l'effet de la loi, du seul fait de la continuation de l'exploitation", la Cour de cassation admettait par là même que les conditions d'application de ce qui était à l'époque l'article 23 alinéa 7 du Livre 1 du Code du travail étaient réunies, pour peu que l'ouverture de la procédure collective s'accompagnât d'une poursuite de l'activité.

Actuellement cette analyse est toujours en vigueur ; si contestation il y a, elle porte uniquement sur un éventuel élargissement du domaine de l'article L.122-12 alinéa 2, et non pas sur le principe même de son utilisation ; l'empreinte de cet article sur le droit de la faillite paraît définitivement acquise. A la réflexion, ce dernier point n'a pourtant rien d'évident, ceci du moins dans le cadre d'une continuation d'exploitation par gestion directe, seule éventualité envisagée ici (25).

(25) Pour la location-gérance, cf. infra p. 174, n°135 et s.

84

Au terme d'une évolution jurisprudentielle qu'il serait fastidieux de reprendre en détail (26), "l'article L.122-12 du Code du travail, destiné à assurer aux salariés la stabilité de leur emploi, doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle" (27). De nombreux auteurs (28) ont été frappés par la généralité de cette règle et de fait, "appliquée de la manière la plus extensive qui soit par la Cour de cassation, elle couvre non seulement tous les salariés mais encore tous les changements susceptibles d'affecter la personne ou la situation juridique de l'employeur" (29), de sorte que l'on a coutume de dire "que la persistance de l'activité à laquelle seraient occupés les salariés est la seule condition du maintien de leur contrat" (30). Il est certain que la continuation d'exploitation, une fois autorisée, satisfait pleinement cette dernière exigence. Il y a bien dans ce cas "persistance d'une activité économique, sinon exactement semblable, du moins de même nature" (31) à laquelle s'attachent les tribunaux, et ceci explique peut-être la facilité avec laquelle le jeu de cet article a été étendu aux procédures collectives.

85

Cependant, il ne faut pas oublier que ce critère, aussi commode soit-il, suppose, pour être utilisable, qu'aient été constatés au préalable une modification de la situation juridique de l'employeur et surtout un changement d'exploitant. Or aucune de ces deux conditions n'est remplie.

Tout d'abord, comme le souligne à juste titre M. Derrida, l'autorisation de continuer l'exploitation n'entraîne nullement une modification de la situation juridique de l'employeur. Certes, écrit cet auteur, "l'ouverture d'une procédure collective provoque des changements importants dans la situation juridique du débiteur ; notamment le dessaisissement de celui-ci ; mais en ce qui concerne le sort des contrats de travail, ce n'est pas

(26) Voyez par ex., Lyon-Caen et Pelissier, Les grands arrêts du droit du travail, p.284 et s.

(27) Cass. soc., 3 nov. 1976, Bull. V, n°543, p.445.

(28) Voyez par ex., N. Catala, préc., p.72.

(29) N. Catala, préc., p.72.

(30) N. Catala, préc., p.72 ; Lyon-Caen et Pelissier, préc., p.289.

(31) A. Brun, "La jurisprudence en droit du travail", S.1967, p.393.

ce jugement qui est pris en considération, c'est la décision de continuer l'exploitation ; lorsque cette décision autorise l'exploitation directe, elle ne modifie en rien la situation juridique du débiteur ; celui-ci demeure soumis aux règles du dessaisissement, qu'il lui appartient d'appliquer en respectant les pouvoirs du syndic" (32). Cette première objection est parfaitement exacte, mais, dans la mesure où les tribunaux, approuvés par la majorité de la doctrine, tendent de plus en plus à écarter purement et simplement la nécessité d'une variation de la situation juridique de l'employeur initial, elle est insuffisante (33). Mme Catala ne souligne-t-elle pas dans un ouvrage récent que "le respect de l'article L.122-12 2° s'impose quelles que soient, du point de vue juridique, la nature de l'opération qui provoque un changement d'exploitant et les circonstances qui l'entourent. Aucun des événements entraînant substitution d'un entrepreneur à un autre n'emporte cessation des contrats de travail si la même activité se poursuit, peu important que l'employeur initial voit ou non sa situation juridique modifiée" ? (34). Dès lors, il ne subsisterait plus aucune difficulté ; il suffirait de constater, comme le font de nombreuses décisions, que la masse, placée à l'égard des salariés "dans une situation identique à celle de tout nouvel employeur reprenant la direction d'une entreprise dont l'activité est demeurée la même" (35), est légalement tenue de reprendre à sa charge les contrats de travail en cours.

Cette démarche malheureusement repose là encore sur une erreur ; "par l'effet de l'autorisation de continuer l'exploitation directe, la masse n'est nullement devenue l'employeur des salariés ; c'est le débiteur soumis à la procédure collective qui l'est resté" (36). A l'appui de cette affirmation, il faut revenir sur les diverses qualités que peut revêtir la masse

(32) F. Derrida, "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", préc., p.71.

(33) Sur la valeur de cette jurisprudence, voyez G.H. Camerlynck, "Identité d'entreprise ou identité d'emploi", D. 1978, chron. 269 ; contra, J. Pelissier note sous Cass. soc. 8 et 30 nov. 1978, D.1979 277.

(34) N. Catala, préc., p.72.

(35) Voyez Civ. 7 juillet 1961, préc. ; Soc. 3 févr. 1965, Bull. V, n°95, p.78, R.T.D.Co. 1965, p.669, n°40 obs. R. Houin ; Soc. 6 janvier 1966, Bull. V, n°3, p.2.

(36) F. Derrida, "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", préc., p.71.

et sur les conséquences patrimoniales qui s'ensuivent. Lorsque le syndic, organe de la masse, exécute un contrat, les obligations qui en découlent pèsent sur la masse personne morale si celle-ci agit en tant que tiers à l'égard du débiteur, ou sur ce dernier si la masse l'a représenté. Dans le premier cas, il s'agit de créances de masse proprement dites, alors que dans le second, ce ne sont que de fausses créances de masse, portant exclusivement sur le patrimoine du débiteur (37). Or, si la masse joue, comme le pense la quasi-totalité de la jurisprudence, le rôle du nouvel employeur dont la présence justifie l'application de l'article L.122-12 2°, ce ne peut être qu'en tant que tiers. En effet, si elle intervenait ici comme représentant, exerçant sur le patrimoine du failli les pouvoirs d'administration et de disposition dont celui-ci n'a plus l'usage, cela excluerait bien évidemment tout transfert des contrats de travail du débiteur à la masse et il n'y aurait ainsi aucun nouvel employeur. Mais alors, la conséquence de tout ceci est qu'il est impossible d'appliquer l'article L.122-12 sans reconnaître ipso facto que l'intégralité des charges issues de l'exécution des contrats de travail doit donner lieu à du vrai passif de masse. Or ceci est bien entendu inacceptable ; les tribunaux eux-mêmes reconnaissent depuis longtemps que les effets de la poursuite des contrats, fussent-ils des contrats de travail, se font sentir sur le patrimoine du failli et non sur celui de la masse. La preuve en est qu'une jurisprudence très ferme de la Chambre commerciale admet que les créances ou les dettes acquises avant l'ouverture de la procédure peuvent être compensées avec celles issues de la poursuite d'exploitation, pour peu qu'elles soient nées de l'exécution d'un même contrat. Comment pourrait-il y avoir connexité (38) si ces dettes et ces créances affectaient, ne serait-ce que ponctuellement, le patrimoine de la masse ?

L'arrêt rendu le 14 octobre 1982 par la Chambre sociale de la Cour de cassation présente à cet égard l'intérêt considérable d'avoir souligné

(37) Cf. supra p.19, n°15 et s. ; en ce sens, A. Brunet, thèse préc., p.108.
(38) Voyez sur l'évolution de cette jurisprudence, G. Gabet-Savatier, "La connexité dans les obligations", thèse Paris 1977, p.146 et s. ; "Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations", R.T.D. Civ. 1980, p.39.

sans ambiguïté, et ce pour la première fois, que les effets des contrats de travail se produisent dans le patrimoine du débiteur qui demeure par conséquent le seul employeur. En l'occurrence, un débiteur mis en règlement judiciaire et autorisé à poursuivre son activité, décède en laissant pour héritier un fils, salarié de l'entreprise paternelle. Ce dernier, ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, est alors immédiatement avisé par le syndic que son contrat de travail a pris fin de plein droit du fait de la confusion sur la même tête des qualités de salarié et d'employeur ; en outre, il lui refuse tout paiement de salaire à compter du jour du décès, ainsi que le règlement des indemnités dues au titre du licenciement. L'héritier soutient au contraire que la continuation d'activité ayant été autorisée, il était passé au service de la masse, devenue son nouvel employeur, et que par conséquent, celle-ci devait lui verser les sommes correspondant au travail accompli depuis le décès ainsi que les diverses indemnités relatives au licenciement. La Cour de cassation se range à la décision de la Cour d'appel qui avait donné raison au syndic, en soulignant "que dans le cas où la continuation de l'activité est autorisée, les obligations découlant du contrat de travail qui continue à être exécuté, produisent leurs effets dans le patrimoine du débiteur, lequel ne perd pas la qualité d'employeur, bien que le salarié devienne créancier de la masse" (39). On ne saurait mieux dire que la masse, lorsqu'elle décide de poursuivre un contrat existant dans le patrimoine du débiteur, se conduit comme un représentant et non pas comme un tiers ; et ce n'est pas la référence maladroite à la notion de créancier de la masse, que contient cet attendu, qui peut y changer quelque chose ; personne n'a jamais soutenu sérieusement que l'exécution des contrats de travail, dans le cadre de la poursuite d'exploitation, puisse donner lieu à de vraies créances de masse.

Cet arrêt représente beaucoup plus qu'une "innovation importante dans la justification (de solutions) antérieurement acquises" (40). Puisque la masse n'est plus l'employeur des salariés, il faut se prononcer sans ambages pour l'exclusion de l'article L.122-12 2° en cas de liquidation des

(39) Cass. soc. 14 octobre 1982, D.1983 46, note F. Derrida.

(40) F. Derrida, note préc.

biens ou de règlement judiciaire, et tenter de redéfinir le régime auquel obéit la reprise des contrats de travail.

86

La position qu'adopte en la matière M. Derrida laisse quelque peu perplexe. Cet auteur est l'un des rares à souligner, et ce à juste titre, que "le débiteur soumis à la procédure collective reste le seul employeur des salariés dont le contrat de travail est maintenu après le jugement" (41), de sorte que l'application de l'article L.122-12 2° est exclue. On pourrait dès lors s'attendre à ce qu'il applique aux contrats de travail les solutions issues du droit commun de la reprise, notamment la nécessité d'une manifestation de volonté émanant du syndic ; il n'en est rien. Selon lui, "les contrats de travail sont maintenus pour la simple et bonne raison qu'ils n'ont pas été interrompus par l'effet du jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens ou par une décision du débiteur assisté du syndic en cas de règlement judiciaire, du syndic seul en cas de liquidation des biens ; la continuation régulière d'exploitation a entraîné par elle-même et tout naturellement leur maintien" (42).

Telle quelle, cette opinion ne peut être accueillie car elle ne repose, du moins a priori, sur aucun argument juridique. Si la loi de 1967 contenait un texte qui permit de justifier l'automatisme de la poursuite des contrats de travail, il est bien certain que la jurisprudence et la doctrine ne s'embarrasseraient pas plus longtemps de l'article L.122-12 2°. Comme ce n'est pas le cas, il faut se rendre à l'évidence, même si celle-ci est en contradiction flagrante avec les solutions admises actuellement ; faute d'un régime dérogatoire expressément prévu, les salariés confrontés à une procédure collective ne peuvent invoquer une continuation automatique de leur contrat ; qu'il y ait ou non poursuite d'exploitation, que celle-ci soit régulière ou irrégulière, le maintien des contrats de travail doit dépendre exclusivement d'une manifestation de volonté du syndic.

(41) F. Derrida, note sous Cass. soc. 16 mars 1977, D.1977 584.

(42) F. Derrida, note préc., p.583.

87

Ce faisant, il est probable que le caractère antisocial de cette solution sera souligné et que l'accent sera mis sur la précarité de la situation ainsi faite aux salariés. Pourtant ceci mérite d'être nuancé.

Tout d'abord, comme cela sera vu ultérieurement à propos du préavis travaillé, il est possible de reconnaître une situation privilégiée à certains salariés, et ce bien que leur contrat n'ait pas été repris (43). Il ne faut donc pas faire de la reprise du contrat la condition sine qua non de l'existence d'une fausse créance de masse (44).

Ensuite, il faut savoir que depuis la loi du 27 décembre 1973 portant création de l'A.G.S., les créances résultant d'un congédiement intervenu avant toute reprise, et qui sont traditionnellement considérées comme des créances antérieures au jugement déclaratif, bénéficient comme telles des sûretés attachées aux créances salariales et sont de surcroît prises en charge par l'assurance insolvabilité (45). Il est donc maintenant inutile de qualifier les indemnités de licenciement de fausses créances de masse pour en garantir le paiement. Partant, l'intérêt que représente pour les salariés le transfert automatique des contrats de travail devient inexistant.

En troisième lieu, il ne faut pas se leurrer sur les conséquences pratiques de la jurisprudence actuelle ; elles sont catastrophiques. Ceci s'explique d'ailleurs fort bien. Les arrêts de la section sociale disent expressément que les contrats de travail ne sont transférés à la masse par l'effet de la loi que si l'exploitation continue. Dès lors, ce que redoutait très justement M. Houin (46) est arrivé : plutôt que de courir le risque que de lourdes indemnités de licenciement absorbent une partie importante sinon la totalité de l'actif, les syndicats préfèrent le plus souvent licencier immédiatement et en bloc la quasi-totalité des salariés. Où est le progrès social escompté ? Qui plus est, une telle façon de procéder ré-

(43) Cf. infra p. 269, n° 209 et s.

(44) Cf. infra p. 235, n° 181 et s.

(45) F. Derrida, "Vers la sécurité sociale des salaires", D.1974, chron. 124.

(46) R. Houin, R.T.D.Co. 1961, p.949.

duit notablement les chances de réussite d'une continuation d'exploitation ultérieure et nuit ainsi de façon plus générale au bon déroulement des procédures collectives (47).

Enfin et surtout, il ne faudrait pas s'exagérer les conséquences pernicieuses d'une application de l'article 38. Il n'est pas question bien sûr de revenir sur la nécessité d'une prise de position du syndic, mais il faut se souvenir que ce dernier peut invoquer comme juste cause de rupture des contrats de travail, le prononcé d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire (48). Dès lors, rien n'interdit aux tribunaux d'utiliser la notion de reprise tacite, pour peu que les salariés poursuivent leur activité après qu'un délai raisonnable a été accordé au syndic pour à la fois étudier un plan de redressement de l'entreprise et prendre parti sur la continuation ou la résiliation des contrats (49).

SECTION III : LE CONTRAT D'ASSURANCE

88

La loi du 13 juillet 1967, en imprimant à l'article 38 un caractère d'ordre public (1), a très sensiblement modifié l'approche du problème posé par le sort des contrats d'assurance, en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire de l'assuré.

Jusqu'alors en effet, il était sans conteste que, suivant l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930 (2), ni la faillite ni la liquidation judi-

(47) Ceci explique d'ailleurs que le projet de loi n°975 (Ass. Nat., annexé au proc.-v. de la séance du 17 avril 1979) ajoutait à l'article L.122-12 1 un alinéa supplémentaire qui autorisait expressément l'employeur ou le syndic à procéder "aux réductions d'effectif de nature à faciliter la poursuite de l'activité économique de l'entreprise".

(48) cf. supra note 3.

(49) En ce sens, voyez R. Houin, R.T.D.Co. 1959, p.513; Y. Guyon, "Le droit des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise", préc., p.143.

(1) Cf. infra p.40 et s., n°32 et s.

(2) Trasbot, "Commentaire de la loi du 13 juillet 1930", D.P.1931.4.14 et s. ; H. Bernard, "La résiliation du contrat d'assurance", thèse Paris 1943, p.63 et s. Cet article est devenu depuis le décret 76666 du 16 juillet 1976, l'article L. 113-6 du Code des assurances.

ciaire de l'assuré n'entraînaient la rupture du contrat ; l'assurance subsistait au profit de la masse des créanciers qui devenait, toujours selon ce texte, "débitrice directe envers l'assureur du montant des primes à échoir". En contrepartie de cette disposition d'exception, dont le but était de faire échec aux clauses résolutoires de plein droit insérées dans les polices par certaines compagnies, ce qui risquait de placer l'entreprise devant un dangereux découvert d'assurance, le même texte disposait que la masse et l'assureur conservaient néanmoins le droit de résilier le contrat durant un délai de trois mois suivant le jugement déclaratif.

Désormais, l'article 38, en permettant de façon générale au syndic d'exiger la continuation des contrats en cours, est en contradiction directe avec le droit de résiliation unilatérale consenti à l'assureur par l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930 et la question s'est rapidement posée de savoir laquelle de ces deux dispositions devait l'emporter.

89

La doctrine s'est prononcée dans sa très grande majorité pour le maintien du régime antérieur, en faisant valoir que, non seulement les solutions des conflits de lois dans le temps, mais encore l'examen des intérêts en présence, devaient conduire à soustraire du champ de l'article 38 le sort du contrat d'assurance (3).

Telle quelle cette analyse ne s'impose pourtant ni juridiquement ni surtout pratiquement et il est regrettable que la Cour de cassation ait cru devoir la consacrer dans un arrêt rendu le 5 juillet 1971 (4).

En l'espèce, l'assureur d'une société de travaux publics mise en règlement judiciaire, se fondant sur l'article 18 de la loi de 1930, avait

-
- (3) J. Bigot, "La réforme de la faillite et le droit de résiliation de l'assureur", J.C.P. 1969, doct. 2268 ; A. Honorat, J. Class. com. art. 437 à 614-26, Fasc. F10, n°29 ; F. Derrida, "La réforme de la faillite et du règlement judiciaire", Defrenois 1969, n°77 ; M.J. Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillite, Effets n°379 ; Picard et Besson, Les assurances terrestres en droit français, 3^o éd., p.399 ; M. Contamine-Raynaud, "L'intuitus personae dans les contrats", thèse Paris 1975, p.331 ; Ripert et Roblot, t.II, n°3080.
- (4) Cass. com. 5 juillet 1971, J.C.P. 1971.II.16877, D.1972 135 note C.J. Berr et H. Groutel, G.P. 1971, p.603 note M.d.V., R.T.D.Co. 1971, p.784 n°27 obs. R. Houin, Bull. IV, n°188.

notifié au syndic son intention de résilier le contrat d'assurance. Le représentant de la masse, désireux d'opter pour la continuation, estimait quant à lui que cette résiliation était nulle et non avenue au regard de l'article 38. Pour débouter le syndic, la Cour d'appel de Rennes observe que "la loi du 13 juillet 1967 n'a pas abrogé expressément l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930" ; que d'autre part, une résiliation tacite ne peut être envisagée car "la loi nouvelle sur les effets du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens a moins proposé des solutions nouvelles que codifié la jurisprudence antérieure, ..., que spécialement l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967, qui n'a fait que reprendre les dispositions de l'article 551 du Code de commerce, en employant d'autres termes, de façon à englober dans sa rédaction toutes les conséquences que la jurisprudence avait dégagées de l'ancien texte, n'introduit pas dans la loi une innovation de laquelle résulterait l'abrogation implicite de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930, dont la raison d'être, tenant à la nature du contrat qu'il vise, subsiste. Qu'en effet, l'article 18 de la loi du 1er juillet 1930 a arbitré entre les intérêts de l'assureur et ceux de l'assuré en état de faillite, et rien dans la loi du 13 juillet 1967 ne permet de dire que le législateur ait voulu revenir sur cette transaction" (5). La Cour de cassation lui donne raison en énonçant dans un attendu lapidaire que "la Cour d'appel a considéré à bon droit que l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967,, n'avait pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions spéciales au contrat d'assurance édictées par l'article 18 alinéa 1 de la loi du 13 juillet 1930, qui ne sont pas incompatibles".

Pour les partisans de cette solution, et même pour ses détracteurs, l'arrêt rendu par la Chambre commerciale paraît techniquement indiscutable et ce n'est qu'en fonction de considérations pratiques que certaines divergences apparaissent. Cette démarche est très contestable ; rien ne permet, lorsqu'il s'agit d'apporter une réponse à ce type de contradiction législative, de dissocier les mécanismes de résolution du conflit de l'intention du législateur. Bien au contraire, il convient, au cours même de l'analyse

(5) C.A. Rennes, 4 mars 1970, J.C.P.1971.II.16659, note J. Bigot.

juridique, et non pas à titre de confirmation ou d'infirmité, de chercher si les pouvoirs publics ont pu vouloir laisser subsister la loi ancienne dans son domaine particulier ou au contraire l'abroger (6).

90

Faute de l'avoir fait, l'analyse présentée par M. Bigot et reprise par de nombreux auteurs, n'est pas convaincante, car, purement formelle, elle conduit inéluctablement à considérer pour acquis au cours de la démonstration ce qu'il convient justement de démontrer.

Pour M. Bigot, "lorsqu'une règle spéciale rentre en conflit avec une règle générale nouvelle, en vertu du principe legi speciali per generalem non derogatur la loi spéciale reste en vigueur à défaut d'abrogation expresse" (7). Or, ajoute-t-il, à se placer sur le terrain de la résolution des contrats, il est hors de doute que la loi de 1930 doit être considérée comme un texte spécial par rapport au mécanisme de la faillite. En effet, toujours selon cet auteur, il existe un double critère de la spécialité. "On peut en premier lieu opposer loi spéciale et droit commun, la première contenant des dispositions dérogatoires au second" et remarquer que "avant comme après l'entrée en vigueur de la dernière réforme de la faillite, l'article 18 constitue un texte spécial dérogatoire au droit commun, puisqu'il ouvre à l'assureur la faculté de résilier pour faillite de l'assuré, alors qu'il est de principe que la faillite du débiteur ne permet pas à son cocontractant de résilier après coup" (8). En second lieu, "un texte est encore spécial par rapport à un texte général, lorsqu'il est doté d'une étendue ou d'une portée d'application moindre". Ainsi, "on entend traditionnellement par lois spéciales, celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés. On les oppose aux lois générales qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapport juridique" (9). Or si l'article 38 possède incontestablement une portée générale, l'article 18, au contraire, couvre assurément un domaine plus restreint.

(6) En ce sens, A. Weill, Dt. Civil, Introduction générale, Précis Dalloz 3^e éd., n°121 et n°83.

(7) J. Bigot, J.C.P.1969.2268, préc., n°8.

(8) J. Bigot, préc., n°9.

(9) R. Gassin, "Lois spéciales et droit commun", D. 1961, chron. 91.

Ce raisonnement est inadmissible, non pas qu'il soit illogique, mais parce qu'il est incomplet. La Cour d'appel de Rennes et la Cour de cassation ne s'y sont pas trompées qui prennent le soin d'envisager l'éventualité d'une abrogation tacite, il est vrai pour la rejeter en l'espèce. Il n'en demeure pas moins qu'a contrario, ceci démontre que, mis à part le cas d'une abrogation expresse, la survie de l'article 18 dépend de la survenance d'un texte postérieur dont les dispositions sont ou ne sont pas incompatibles (10) avec les siennes.

91

Considérée sous cet angle, l'analyse de M. Bigot présente des lacunes dont on retrouve d'ailleurs les traces chez MM. Berr et Groutel. Pour tous ces auteurs, et notamment pour le premier, l'incompatibilité, plutôt que d'être perçue en fonction de l'intention du législateur, c'est-à-dire en termes de cohérence ou d'incohérence, est réduite au problème de l'éventuelle coexistence d'un principe et d'une exception. Au lieu d'étudier la probabilité d'une abrogation tacite en fonction des caractères qui lui sont propres, on utilise une méthode qui, non seulement refuse de tenir compte de l'intention du législateur, mais admet encore comme postulat, qu'entre un texte spécial ancien et un texte général nouveau, il faut sans hésiter appliquer le premier, ce qui exclut ainsi toute possibilité d'abrogation tacite.

Les limites d'une telle démarche n'ont sans doute pas échappé à M. Bigot, ce qui explique qu'il ne fasse que très brièvement allusion à l'éventualité d'une abrogation implicite des dispositions anciennes. La brève étude qu'il y consacre n'en est pas moins caractéristique. Pour lui, rien ne permet de conclure à l'abrogation implicite car "l'article 18 n'est pas inconciliable au sens strict du terme avec l'article 38, si l'on veut bien admettre que ces deux textes régissent des domaines différents, le premier s'appliquant aux contrats d'assurance, le second aux autres contrats pour lesquels la loi n'en a pas disposé autrement" (11). Mais ceci revient à dire, ni plus ni moins, que si d'un point de vue théorique l'hypothèse de

(10) Dans le sens de l'existence d'une abrogation tacite.

(11) J. Bigot, préc., n°11.

l'abrogation tacite peut être envisagée lorsque deux textes sont incohérents, notamment lorsque sont en présence un texte spécial ancien et un texte nouveau de portée générale, en pratique il ne saurait en être question. En effet, les règles applicables aux conflits de lois dans le temps, telles que les définit M. Bigot, transforment cette incohérence en une simple inconciliabilité qui se dénoue systématiquement en un sens défavorable à la loi la plus récente.

Lorsqu'ainsi, par un grossier sophisme, MM. Berr et Groutel soutiennent que "prétendre, comme le faisait le pourvoi, que les deux textes en conflit sont incompatibles, c'est affirmer qu'en général un principe est incompatible avec une exception" (12), non seulement ils confondent compatibilité et coexistence, mais encore ils intervertissent les termes du problème. En effet, pour admettre qu'un principe et qu'une exception coexistent, encore faut-il au préalable, et ceci est essentiel, avoir déterminé dans quelle mesure les dispositions qu'ils contiennent sont cohérentes. Ce n'est qu'une fois cette opération accomplie qu'il sera possible de parler de principe et d'exception, car une exception "est un acte par lequel on exclut un cas d'une règle ou d'une formule générale qui lui serait applicable, cette exclusion résultant soit, de l'usage (comme en grammaire), soit des résultats de l'observation (comme les anomalies biologiques), soit de la décision même qui pose la règle (comme dans les lois)" (13). A moins de réduire les mécanismes qui président à la résolution des conflits de lois dans le temps à n'être qu'une grammaire grossière, voire une anomalie juridique, il faut donc admettre qu'entre le moment où la compatibilité de deux textes pose question et celui où ils coexistent sous la forme d'un principe et d'une exception, une analyse doit être opérée qui va de la compatibilité à la coexistence et non pas comme le font ces auteurs de la coexistence vers la compatibilité.

92

Cette analyse, pour être convaincante, doit de ce fait avoir pour seule finalité la recherche de l'intention du législateur, et celle-ci, faute

(12) C.J. Berr et H. Groutel, D.1972 136, 1ère col.

(13) A. Lalande, "Vocabulaire technique et critique de la philosophie", 12è éd. - exception -

d'être éclairée par les travaux préparatoires, ne peut être cernée qu'à partir d'une comparaison entre les intérêts respectifs de la masse et de l'assureur. Sachant par ailleurs que le législateur a mis dans l'article 38 un principe qui tend, dans certaines limites, à sacrifier les intérêts particuliers au bénéfice d'intérêts plus généraux, aucun des arguments présentés par la Cour d'appel de Rennes ne paraît très probant.

D'emblée, il faut écarter l'affirmation, posée par les juges du fond, selon laquelle la survie de l'entreprise ne constituerait qu'un "épiphénomène" ne rentrant pas en ligne de compte, au prétexte que le législateur de 1967 "aurait moins cherché dans sa réforme à donner au droit de la faillite un fondement différent, qu'une orientation nouvelle fondée sur la distinction de l'homme et de l'entreprise". Tout le monde admet aujourd'hui que cette distinction n'est qu'un moyen dont la finalité est bel et bien de permettre à certaines unités économiques, viables mais mal gérées, de ne pas subir les conséquences fâcheuses des carences de leurs dirigeants.

Lorsqu'ensuite, la Cour d'appel ajoute que l'article 38 ne fait que généraliser l'ancien article 551 du Code de commerce, sous l'empire duquel le droit de résiliation de l'assureur était souverain, elle n'entraîne pas plus l'adhésion. Il faut notamment souligner que tous les arguments présentés pour écarter l'application des clauses résolutoires de plein droit, en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire de l'une des parties (14), restent tout aussi pertinents lorsqu'ils sont appliqués aux contrats d'assurance (15). Rien ne permet de penser de prime abord que le législateur n'a pas voulu, là comme ailleurs, permettre au syndic d'éviter la ruine de l'assuré, en cas de sinistre se produisant après la résiliation du contrat.

Enfin, c'est à la suite d'une erreur de méthode, doublée d'une analyse exégétique spéieuse, qu'il est soutenu que si "l'article 18 aménage un juste équilibre entre deux mécanismes distincts, le maintien du contrat et son transfert à la masse d'une part, la possibilité pour les deux par-

(14) Cf. supra p.40 , n° 32 et s.

(15) En ce sens, J.G. Raffray, "Les substitutions de cocontractants en cours d'exécution des contrats", thèse préc.

ties de s'en départir d'autre part", par contre, "en permettant de faire échec à cette faculté de résiliation, on déséquilibrerait ce mécanisme en rendant l'assureur prisonnier de la faillite, tout en conservant au syndic la faculté de résilier" (16).

93

Erreur d'analyse toute d'abord car, quoiqu'en dise M. Bigot, non seulement l'article 38 n'entraîne pas les conséquences décrites, mais encore, si déséquilibre il y a, il n'est tout bien considéré pas plus marqué que celui instauré par l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930.

En premier lieu, il faut redire ici que l'article 38, pas plus qu'il n'instaure de reprise automatique, ne permet au syndic de demander la résiliation du contrat. Bien au contraire, le principe est, qu'à défaut d'une manifestation de volonté sans équivoque du représentant de la masse, allant dans le sens de la reprise, le cocontractant et lui seul pourra demander la résiliation du contrat (17).

Il est vrai cependant que le syndic peut imposer sa volonté lorsqu'il entend profiter d'un contrat, alors que le cocontractant ne peut jamais exiger cette continuation, de sorte qu'il en résulte une certaine inégalité dans les capacités respectives de chacune des parties. Mais ceci demande à être nuancé ; l'article 18 ne réalise pas, lui non plus, un équilibre car il prive le syndic de toute possibilité de continuation lorsque l'assureur ne l'entend pas de cette oreille. La capacité de résiliation octroyée aux deux parties, si elle réalise au niveau de l'architecture de la phrase un semblant d'égalité entre les uns et les autres, n'est en réalité qu'un leurre. Bien avant 1930, il était admis que l'administrateur judiciaire pouvait renoncer à la continuation d'un contrat, en sorte que la capacité de résiliation que lui octroie cette disposition particulière est, d'un point de vue pratique, indifférente, tout du moins durant le déroulement de la procédure. Par contre, à se placer du côté de la compagnie d'assurance, ce texte est extrêmement avantageux. Bien sûr, l'article 18 empêche l'automatisme de la sanction et semble ainsi protéger le failli, mais en

(16) J. Bigot, préc., n°12.

(17) En ce sens, Ripert et Roblot, t.II, n°3073.

fait cette réglementation, en évitant à la compagnie d'assurance de s'adresser à la justice, lui permet de profiter d'un système de résiliation simplifié et accéléré dont les conséquences et par conséquent les risques sont identiques à ceux qu'emporteraient les clauses résolutoires pour cause de faillite, si elles étaient admises.

94

C'est ici qu'apparaît l'erreur de méthode. Plutôt que de comparer les situations respectives de l'assureur et des autres cocontractants du failli, la Cour d'appel de Rennes, confortée en cela par la doctrine de l'époque, s'obstine à mettre en regard la situation de l'assureur dans le cadre d'une réglementation puis de l'autre. Or il est bien évident qu'à procéder ainsi l'intention du législateur de 1967 de sacrifier certains droits particuliers au bénéfice de la masse n'est pas prise en compte, et que, s'il ne s'agit que d'apprécier les avantages éventuels que l'assureur retirera de l'application de l'un des deux textes, l'article 18 est sans conteste plus avantageux pour l'assureur que l'article 38.

Mais la question n'est pas là. Elle est de savoir si l'exclusion de l'article 18 n'entraîne qu'un alignement des droits de l'assureur sur ceux des autres cocontractants, auquel cas elle est parfaitement logique car elle s'inscrit bien dans le courant des préoccupations manifestées en 1967, ou si à l'inverse, l'application de l'article 38 en cette matière particulière risque de mettre à la charge du cocontractant un préjudice spécifique issu de la reprise, ce qui ne saurait être admis.

Dans cet ordre d'idée, il a été soutenu, pour justifier le maintien de l'article 18, que si le législateur avait, pour éviter une trop grande perturbation des éléments du contrat, autorisé le bailleur à demander la résiliation du contrat sans que le syndic puisse s'y opposer, il devait en aller de même pour le contrat d'assurance car "le règlement judiciaire ou la liquidation des biens peuvent perturber plus gravement encore le risque élément fondamental du contrat d'assurance, par l'abandon des mesures de prévention des sinistres, par le défaut d'entretien du matériel des stocks et des installations" (18). Tout ceci est exact, mais il ne faut

(18) J. Bigot, note sous Rennes, 4 mars 1970, J.C.P. 1971.16559.

pas perdre de vue que, si le bailleur a la faculté de demander la résiliation du bail, il doit invoquer à l'appui de son action "des causes nées du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens", dont l'appréciation est laissée au tribunal. Ceci exclut toute résiliation systématique car ce n'est que si le syndic présente des garanties insuffisantes que le contrat sera résilié (19).

L'assimilation ainsi opérée entre l'article 18 et l'article 52 de la loi du 13 juillet 1967 est donc inopérante ; qui plus est elle aboutit au résultat inverse de ce pourquoi elle a été proposée. En effet, si les dispositions de l'article 52 montrent bien qu'il serait anormal de priver "le bailleur du droit de se prévaloir des causes de résiliation, tenant à ce que les conditions dans lesquelles s'ouvre la procédure ne permettent pas d'envisager raisonnablement la continuation du contrat et l'exécution des obligations qui s'y attachent" (20), par contre, en retirant à cette demande tout caractère discrétionnaire, elles sont bien le signe qu'actuellement le législateur est hostile de façon générale à la résolution de plein droit, pour cause de faillite du cocontractant. Ceci vient s'inscrire directement en faux contre l'utilisation de l'article 18.

95

A la rigueur, en l'absence de toute autre mesure de protection de la compagnie d'assurance, la conservation de cette réglementation particulière pourrait se comprendre, mais ce n'est pas le cas. L'article 17 de cette loi de 1930, qu'il n'est pas question de remettre en cause, prévoit justement au bénéfice de l'assureur, une possibilité de résiliation pour peu qu'il prouve, en application de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil, qu'en l'espèce la défaillance du débiteur constitue une circonstance aggravante. Contrairement à ce qu'écrit M. Bigot, pour lequel "dans toutes les hypothèses, le règlement judiciaire de la liquidation des biens constituent des circonstances aggravantes au sens de l'article 17 de la loi de 1930, propres à permettre à l'assureur de résilier nonobstant les dispositions de l'article 38 de la loi de 1967" (21), il faut admettre, à l'instar des

(19) Cf. supra p. 80, n°65.

(20) Ripert et Roblot, t.II, n°3078.

(21) J. Bigot, préc., n°16. L'article 17 de la loi de 1930 est devenu depuis le décret du 16 juillet 1976, l'article L. 113-4 du Code des assurances.

dispositions de l'article 52, que les circonstances aggravantes doivent modifier soit la probabilité, soit l'intensité du risque, et pas seulement l'opinion que l'assureur se fait de ce risque (22). Sans cela ce serait dispenser l'assureur de toute preuve et revenir, par une voie détournée, à un régime d'exception qui s'apparenterait fort à celui qu'instaurait l'article 18.

96

En définitive, le principe à retenir devrait être le suivant : le syndic, en vertu de l'article 38 a la faculté d'exiger la continuation du contrat d'assurance si les conditions de son exécution ne sont pas modifiées par la survenance du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. A supposer maintenant que cela soit, l'assureur conserve, en vertu de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1930, la possibilité de demander en justice la résiliation du contrat qui lui sera acquise si les motifs invoqués sont réels et si le syndic ne présente pas des garanties suffisantes. Cette solution, qui rejoint celle du bail, est donc en harmonie avec la loi de 1967 et permet de soutenir que l'article 18 de la loi du 13 juillet 1930 a été abrogé implicitement par l'article 38.

(22) En ce sens, M. Hardouin, thèse préc., p.163, n°161 ; Picard et Besson, op. cit., n°67 ; dans le sens du rapprochement à opérer entre l'article 17 et l'article 52, C.J. Berr et H. Groutel, D.1972 136, 1ère col. et 137.

TITRE II

LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION

97

En mentionnant dans l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 que "le syndic conservait en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie", le législateur a non seulement omis de préciser le domaine du droit d'option, mais il a de plus laissé planer un doute sur les conditions de sa mise en oeuvre.

Or celle-ci suscite de nombreux problèmes qui ont trait, tantôt au mécanisme même de la reprise, tantôt à son impact financier sur les prestations fournies par le cocontractant avant l'ouverture de la procédure. Dès lors, il importe de cerner dans un premier chapitre les caractéristiques du droit instauré par l'article 38, tant dans le cadre de la gestion directe que dans celui, plus original, de la location-gérance. Puis, à supposer qu'intervienne une volonté de reprise conforme à cette réglementation, il faut alors se demander dans un second chapitre si le cocontractant peut paralyser cette option en réclamant le paiement de l'arriéré dû au jour de l'ouverture de la procédure.

CHAPITRE 1

LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION EN CAS DE GESTION DIRECTE ET DE LOCATION-GÉRANCE

98

Il convient de corriger immédiatement une erreur que commettent encore parfois certaines Cours d'appel (1) : l'option que l'article 38 confère au syndic est indépendante de la poursuite d'exploitation (2) ; par conséquent, certains contrats peuvent être maintenus bien que l'activité ne soit pas continuée (3), alors qu'en revanche, cette poursuite d'activité, même régulièrement autorisée, n'emporte pas nécessairement l'exécution des contrats en cours.

Certains auteurs, cependant, ont prétendu que l'article 38 dépendait des articles 24 et 25 relatifs aux conditions dans lesquelles doit se dérouler la continuation d'exploitation, et que, par suite, le syndic ne pouvait exiger la reprise des contrats que dans la mesure où il était autorisé à continuer l'exploitation, et à charge pour lui de rendre compte, à la fin de chaque période de renouvellement, des opérations passées (4).

En réalité, rien ne permet d'admettre ce raisonnement. D'une part, comme le souligne M. Bachasson (5), l'article 38 figure dans le chapitre IV, section I, "dispositions générales", alors que les dispositions des articles 24 et 25 font partie du chapitre III, section 3, "continuation de l'exploitation" ; rien n'oblige donc impérativement à rapprocher ces

(1) Voyez par ex., Paris 2 mai 1975, D.1975, Somm.117 ; Cass. com.8 février 1957, Bull. III, n°46.

(2) En ce sens, Ripert et Roblot, n°3065.

(3) Contra, Rodière et Oppetit, Dalloz, 8° éd., Effets du commerce, Contrats commerciaux, Faillite, p.355 ; R. Houin, R.T.D.Co. 1957, p.1014, n°24.

(4) En ce sens, Argenson et Toujas, t.I, p.858, n°925, note 20.

(5) G. Bachasson, thèse préc., p.75, n°87.

trois textes. D'autre part et surtout, il est bien évident que, même en cas d'interruption d'exploitation, les opérations de règlement collectif peuvent atteindre une durée assez longue, durant laquelle il peut être indispensable que certains contrats se poursuivent. Cela explique d'ailleurs que le législateur ait tenu à préciser dans l'article 38 que le droit d'option existait tant dans la liquidation des biens que dans le règlement judiciaire.

Aussi bien, cette solution vient d'être réaffirmée avec une grande netteté par la Cour de cassation dans une affaire particulièrement caractéristique. La société Locafrance avait conclu quatre contrats de crédit-bail avec une dame Daougabel qui, par la suite, fut successivement mise en règlement judiciaire le 24 juillet 1974, puis en liquidation des biens le 13 mars 1975. L'exécution des contrats s'étant poursuivie après le 24 juillet, la société Locafrance assigna alors le syndic pour obtenir le paiement des loyers échus postérieurement à la liquidation des biens. Pour rejeter cette demande, la Cour d'appel énonce que "la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens impliquait la cessation d'activité de Mme Daougabel, que la continuation de cette activité n'aurait pu être autorisée que par une décision expresse du Tribunal de commerce, que faute par la société Locafrance de rapporter la preuve d'une telle autorisation, ..., ces conventions devaient être tenues pour résiliées de plein droit à compter du jugement de conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens". Cette décision est très justement cassée par la Chambre commerciale le 13 décembre 1982, aux motifs "qu'en statuant ainsi, alors que l'exécution des contrats en cours peut être poursuivie en vertu de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967, dont l'application n'est pas liée à la poursuite de l'exploitation, aussi bien en cas de liquidation des biens qu'en cas de règlement judiciaire et que le prononcé de la liquidation des biens n'avait pu mettre fin aux obligations auxquelles le syndic était tenu de satisfaire, dès lors qu'il avait opté pour la continuation des conventions, la Cour d'appel a violé le texte susvisé" (6).

(6) Cass. com. 13 décembre 1982, Bull. IV, n°407, p.430.

99

La reprise des contrats en cours est en principe indépendante de la poursuite d'exploitation de sorte que, cette dernière autorisée ou non, le syndic conserve toujours le bénéfice de l'option instaurée par l'article 38. Dès lors, il pourrait a priori sembler inutile de distinguer entre les modes de continuation de l'exploitation.

Cette distinction s'avère cependant impérative en raison de la diversité des questions soulevées. Lorsque l'activité du failli est suspendue, ou lorsque sa poursuite est le fait du syndic ou du débiteur assisté du syndic, les problèmes que pose la reprise des contrats en cours ont essentiellement trait à ses modalités. En aucun cas le principe et le domaine de l'option ne sont remis en cause. (Section I)

En revanche, lorsque l'exploitation est le fait d'un locataire-gérant, elle engendre un certain nombre de questions qui concernent, non pas les conséquences de la reprise, mais soit son principe, soit encore l'influence du droit des contrats sur le mécanisme de la location-gérance. (Section II)

SECTION I : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION EN CAS DE GESTION DIRECTE

100

La mise en oeuvre du droit d'option soulève en cas de gestion directe deux questions majeures. La première a trait aux conditions d'exercice de ce droit d'option. La seconde concerne la forme que doit revêtir la prise de position du syndic pour être probante.

§ 1 : Les conditions d'exercice du droit d'option

La question du titulaire de l'option, puis celle du délai de sa mise en oeuvre, appellent toutes deux des remarques, l'une à cause des précisions que contient à son sujet l'article 38, l'autre, à l'inverse, en raison de l'absence totale d'indication révélée par ce même article.

A) Le titulaire de l'option

101

D'après l'alinéa premier de l'article 38, il appartient au seul syndic de décider s'il est opportun de réclamer l'exécution des contrats, et cela aussi bien dans le règlement judiciaire que dans la liquidation des biens. Cette disposition, qui supprime par conséquent dans le règlement judiciaire, pour cette catégorie d'opération, l'intervention habituelle du débiteur, ou, au cas de refus de celui-ci, l'autorisation du juge commissaire (7), a été accueillie de manière extrêmement critique par certains auteurs.

Selon Mlle Honorat, il s'agit là d'une inadvertance du législateur. Celui-ci, remarque-t-elle, "a généralisé la solution antérieurement posée par le Code de commerce pour la vente de meubles (C. com. ancien art. 551): le syndic ou l'administrateur devait être autorisé par le juge-commissaire pour exiger la livraison des marchandises et payer au vendeur le prix convenu ; même en cas de règlement judiciaire il n'était pas nécessaire que le débiteur fut consulté" (8). Or, ajoute cet auteur, aucune raison sérieuse ne l'imposait ; "ces règles s'expliquaient par le particularisme de la situation du vendeur de meubles ; le droit dont bénéficiait la masse à l'égard de ce dernier était plus fort que le droit d'option général au regard des contrats inexécutés que la masse acquérait à l'ouverture de la procédure ; il était fait pour lui permettre de résister aux entreprises du débiteur et de son cocontractant" (9). Enfin, Mlle Honorat relève à l'appui de son raisonnement que, pour le bail d'immeuble, il est bien prévu que c'est le syndic, ou en cas de règlement judiciaire le débiteur assisté du syndic, qui décide la continuation du contrat.

A cela, il faut répondre tout d'abord que si l'article 38 résulte de la généralisation de l'ancien article 551, il n'y a aucune raison pour appliquer de manière sélective les dispositions relatives à la vente mobiliè-

(7) En ce sens, Ripert et Roblot, t.II, n°3069, M.J. Campana-Reymond de Gentile, Encyclopédie, Dalloz, Droit commercial, préc., n°314 ; de Juglart et Ippolito, 3ème volume, n°1265-5.

(8) A. Honorat, J. Class. com., Liquidation des biens, Règlement judiciaire, continuation des contrats en cours, Fasc. F10, n°4.

(9) A. Honorat, préc., n°4.

re que contenait ce dernier. En effet, soutenir le contraire, revient à admettre, ce qui est pour le moins illogique, que l'article 38 puisse être l'extrapolation d'un texte dont l'esprit doit rester par contre cantonné à certains cas particuliers (10).

Par ailleurs, l'argument tiré de la présence de l'article 52 n'a rien de décisif. D'une part, rien n'interdit de penser que si inadvertance du législateur il y a, celle-ci réside dans le fait d'avoir repris dans les articles 52 à 54 les grandes lignes du régime antérieur, sans penser à écarter cette disposition incompatible avec l'article 38. D'autre part, cette démarche eût-elle été volontaire, rien ne permet pour autant d'aligner le régime de l'article 38 sur celui des articles 52 et suivants de la loi du 13 juillet 1967 ; bien au contraire, dans la mesure où le bail des immeubles relève d'une réglementation particulière, cette dernière ne peut que demeurer limitée à son objet et il serait par conséquent illogique d'ajouter au texte de l'article 38 en exigeant des modalités qu'il n'a pas prévues (11).

Enfin, et quoi qu'en dise Mlle Honorat, il n'y a pas ici "d'entorse aux règles de l'assistance" (12) ; l'option de l'article 38 est un droit propre de la masse que seul le syndic, en sa qualité d'organe, peut exercer au nom de celle-ci ; dès lors, ni le débiteur, ni le juge commissaire, n'ont à intervenir.

102

C'est précisément cette dernière remarque que conteste M. Derrida. Pour cet auteur, cette analyse, bien qu'approuvée par certains (13) "n'est pas moins discutable car il est acquis de façon définitive que les contrats continués produisent effet dans le patrimoine du débiteur, de sorte

(10) En ce sens, G. Bachasson, préc., p.79, n°90.

(11) En ce sens, G. Bachasson, préc., p.82, n°93.

(12) A. Honorat, préc., n°4.

(13) de Juglart et Ippolito, 3^o volume, n°1265-5 ; contra, Ripert et Roblot t.II, n°3069, qui tout en admettant que c'est au seul syndic d'exercer l'option de l'article 38, estime qu'il "n'est cependant pas possible de considérer que l'option est un droit propre de la masse, puisque les contrats continués produisent leurs effets dans le patrimoine du débiteur".

que la compensation est possible entre les créances et les dettes nées de ces contrats avant et après le jugement ; une telle solution exclut nécessairement que l'option relative aux contrats en cours repose sur un droit propre de la masse, car de tels droits sont étrangers au débiteur lui-même, ils ne concernent que le patrimoine de la masse ; si l'on veut avoir une construction cohérente et même harmonieuse du droit des procédures collectives, il faudrait décider que l'option de l'article 38 est exercée par le syndic dans le cadre des pouvoirs qu'il tient du désaisissement ; en cas de règlement judiciaire, le régime de l'assistance devrait être respecté" (14). D'ailleurs, conclut ce commentateur, "il faut se garder de la tentation trop fréquente de considérer que toute intervention du syndic s'analyse en une intervention de la masse... Pour la continuation des contrats en cours, et, de manière plus générale, pour la poursuite de l'exploitation, le syndic se borne à assister ou à représenter le débiteur, comme le décide expressément l'article 52 de la loi de 1967 pour le bail" (15).

Ce raisonnement suppose implicitement mais nécessairement que le syndic réunisse en sa personne plusieurs qualités qui puissent être dissociées. Or cela est inexact et suffirait à ruiner la position défendue par M. Derrida. En réalité, le syndic est exclusivement l'organe de la masse (16) ; dès lors, s'il lui arrive d'exercer certaine des prérogatives du débiteur, il n'agit pas pour autant indépendamment de sa qualité d'organe de la masse ; c'est cette dernière qui, passant de sa situation de tiers à celle de représentant du débiteur, recueille quelques uns de ses droits dont elle use par l'intermédiaire du syndic.

D'ailleurs, même en admettant que le syndic puisse être, tantôt le représentant de la masse, tantôt celui du débiteur, il reste que l'option instaurée par l'article 38 ne peut en aucun cas être considérée comme un droit appartenant au débiteur. Cette faculté n'existe que pour autant que l'une des procédures, règlement judiciaire ou liquidation des biens, soit

(14) F. Derrida, note sous Douai 5 janvier 1979, D. 1979 444, n°3.

(15) F. Derrida, note sous Cass. com. 17 mars 1975, D.1975 558, n°13.

(16) Cf. supra p.12, n°9.

ouverte, car il est incontestable qu'en temps normal le cocontractant userait de l'exception d'inexécution. En conséquence, lorsque le syndic lève l'option de l'article 38, il n'invoque pas en lieu et place d'un débiteur dessaisi un droit qui appartiendrait à ce dernier ; il utilise une faculté dont en aucun cas le failli ne peut se prévaloir et qui est donc l'apanage exclusif de la masse. Il est exact que les conséquences financières de cette exécution ne concerneront que le patrimoine du débiteur, mais cela s'explique par le fait que les contrats poursuivis appartenaient tous au patrimoine du failli au jour de l'ouverture de la procédure. En d'autres termes, le pouvoir dont est investi le syndic est propre à la masse ; en revanche, son objet provient du patrimoine du débiteur et il est donc légitime que ses effets concernent ce même patrimoine (17).

103

Les tribunaux paraissent au demeurant adopter, sinon ce raisonnement, du moins la solution qui en découle. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Douai, en date du 5 janvier 1979 (18), a déclaré que "l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 est conçu en des termes suffisamment clairs, explicites et non équivoques lorsqu'il permet au syndic de décider seul, même en cas de règlement judiciaire et malgré les dispositions de l'article 14 de cette même loi, s'il y a lieu - ou non - de poursuivre l'exécution des contrats en cours ; que s'agissant d'un droit propre au syndic, ce dernier n'avait donc nul besoin, contrairement à ce que fait soutenir l'appelant, ni d'un accord quelconque de la société Talma (qui faisait l'objet de la procédure) non encore dessaisie de l'administration de ses biens, ni d'une autorisation du juge commissaire".

Qui plus est, cette position est consacrée par la plupart des projets de loi qui ont vu le jour ces dernières années (19) ; tous font disparaître la solution particulière contenue dans l'article 52 et reconduisent la formule de l'article 38 prêtant au seul syndic compétence pour exiger la continuation des contrats en cours. Quant au projet de loi 1578 relatif au

(17) Cf. supra p.19, n°15et s.

(18) C.A. Douai 5 janvier 1979, D.1979 441, note F. Derrida ; dans le même sens, Toulouse 14 janvier 1974, D.1974 I.R.402 ; Aix en Provence 30 sept. 1975, D.1976, Somm. 2.

(19) Projet n°3214 ou encore le projet suivant (Commission Charpentier).

règlement judiciaire (20), il précise lui aussi dans l'article 36 que "l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours". Mais il faut bien reconnaître alors qu'il est impossible de justifier cette disposition par l'idée d'un droit propre de la masse, puisque la masse en tant que telle n'existe plus (21). Il s'agit plutôt en l'occurrence d'une manifestation du dessaisissement qui, semble-t-il, ne s'analyse plus "par l'inopposabilité à la masse des actes faits par le débiteur"(22), mais par une inopposabilité de ces actes à l'entreprise.

B) La durée de l'option

104

Pas plus que les textes antérieurs, la loi de 1967 n'impartit de délai au syndic pour prendre position ; la jurisprudence est donc, là encore, intervenue pour préciser les limites de cette faculté.

De manière générale, les tribunaux (23) estiment que, puisque l'article 38 n'impose aucun délai au syndic, celui-ci n'est pas tenu de manifester sa volonté avant d'avoir reçu une mise en demeure ou une assignation en résiliation (24). En outre, ils décident que, même dans ce cas, le représentant de la masse doit disposer d'un délai suffisant pour prendre parti. C'est ainsi que dans un arrêt déjà ancien, rendu sous l'empire de l'ancien article 578 du Code de commerce, la Cour d'appel de Nancy a jugé "que l'article 578 du Code de commerce impose aux liquidateurs d'opter entre le maintien et la résolution de la vente dès qu'ils sont mis en demeure par le vendeur de le faire ; ... que ledit article ne fixe à cet égard aucun délai, mais qu'il résulte de l'esprit même de la loi qu'il doit être répondu le plus vite possible à cette mise en demeure ; ... que dans l'es-

(20) Cf. supra p. 27, n° 20.

(21) Cf. supra p. 20, n° 16.

(22) Ripert et Roblot, t.II, n° 3018.

(23) En ce sens, Cass.com. 17 mars 1975, D.1975, Somm. 79 ; Toulouse 25 avril 1972, D. 1973 490.

(24) En ce sens, Ripert et Roblot, t.II, n° 3070 ; A. Honorat, J. Class. com., Fasc. F10, préc., n° 7 ; M.J. Campana - Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillites, Effets, Actes et procédures préparatoires, n° 311 et 312.

pèce, les liquidateurs interpellés à la date du 29 mars 1892 n'ont fait connaître leur décision que le 29 avril suivant ; que ce délai n'a pas été excessif eu égard à l'importance du marché sur le maintien ou la résolution duquel ils avaient à se prononcer" (25).

Ce procédé paraît satisfaisant. Plutôt que d'enfermer le syndic dans un délai rigide, comme il en est parfois question, il est préférable que les tribunaux continuent à apprécier souverainement les circonstances économiques et juridiques qui peuvent éventuellement compliquer la tâche du représentant de la masse. Il est vrai, toutefois, que, faute d'un texte précis, le cocontractant pourrait se sentir à la merci d'une institution qui le dépasse ; mais il ne faut pas perdre de vue que l'adoption d'un délai, quel qu'il soit, risque fort d'avoir des conséquences néfastes : trop bref, il conduira inéluctablement le syndic à s'abstenir de toute reprise, ce qui précipitera encore, si cela est possible, le rythme des fermetures d'entreprises ; trop long, ce qui est le plus probable, il mettra la plupart des cocontractants dans une situation bien plus mauvaise que celle qui était la leur auparavant.

105

Il arrive cependant que la souplesse de ce système soit incompatible avec certaines dispositions. Dans ce cas, il est nécessaire de distinguer selon la source de la réglementation. Lorsque celle-ci est d'origine conventionnelle, elle ne peut en aucun cas contraindre le syndic à précipiter sa décision ; en effet, il convient d'étendre ici le raisonnement élaboré par la jurisprudence à propos des clauses de résiliation de plein droit pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire (26) et d'en conclure que le droit d'option du syndic ne peut, même indirectement, être mis en échec par la clause d'un contrat accordant au syndic un délai pour prendre parti. Il faut donc approuver pleinement la Cour d'appel d'Aix en Provence qui a décidé dans un arrêt du 15 avril 1977 que "la clause au terme de laquelle le vendeur sera en droit de faire prononcer la résiliation

(25) Nancy 23 mai 1893, D.P. 1894.II.227 ; dans le même sens, Aix en Provence 16 septembre 1975, D.1976 6 ; Paris 3 février 1978, G.P. 1979.I, Somm. p.60 ; Paris 2 décembre 1977, G.P. 1978.I, Somm. p.223 ; Paris 9 février 1979, documentation CEDAD 217.

(26) Cf. supra p. 40, n°32 et s.

du contrat un mois après un commandement délivré à l'acquéreur malgré toute offre de paiement ultérieure, ne peut tenir en échec le droit appartenant au syndic, en vertu de l'article 38, alinéa 1^o, de la loi du 13 juillet 1967 de poursuivre l'exécution du contrat" (27).

Par contre, lorsque ces dispositions sont d'origine légale, la solution est moins évidente. Certes, mise à part la réglementation spécifique du contrat d'assurance que nous avons déjà abordée (28), il n'existe à proprement parler aucun texte prévoyant, qu'en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire de l'un des cocontractants, le syndic devra prendre position au bout d'un certain laps de temps. En revanche, certains textes, dont l'objet était a priori tout autre, interfèrent sur le déroulement de la reprise, et il s'agit alors de savoir qui, du cocontractant ou du syndic, doit l'emporter.

C'est notamment le cas de l'article 25 du décret du 30 septembre 1953 qui prévoit que la résiliation des baux commerciaux ne devient définitive qu'après l'expiration d'un délai d'un mois, suivant le commandement prévu par ce même texte. A supposer que la résiliation du bail et sa constatation aient été acquises avant l'ouverture de la procédure, mais qu'à l'inverse, sa signification soit postérieure, quelle sera la position du syndic ? Devra-t-il se décider dans le délai d'un mois prescrit par l'article 25, ou pourra-t-il, au contraire, se retrancher derrière l'article 38 pour exiger l'obtention d'un délai plus long ?

Pour M. Derrida, qui approuve l'arrêt rendu à ce sujet par la Cour d'appel d'Aix en Provence le 2 juin 1978 (29), seule la première branche de l'alternative peut être retenue ; c'est, précise cet auteur, uniquement grâce à l'application de l'article 25 du décret de 1953 que le syndic peut encore opter pour la continuation du bail ; par conséquent, dès l'expiration du délai prévu par ce texte, il faut admettre que le bail ne peut plus être poursuivi. Cette solution est tout à fait satisfaisante ; à partir du moment où l'article 25 du décret du 30 septembre 1953 est utilisé pour

(27) Aix en Provence 15 avril 1977, D.1977 I.R. 379.

(28) Cf. supra p.111, n^o88 et s.

(29) Aix en Provence 2 juin 1978, D. 1978 I.R. 456.

éviter une résiliation qui, sans lui, eut été acquise avant l'ouverture de la procédure, il n'est plus possible de l'écarter ensuite pour accorder au syndic le bénéfice d'une situation exorbitante du droit commun. De deux choses l'une, et ceci vaut pour l'ensemble des questions de ce type, soit l'article 38 peut s'appliquer sans recourir au préalable à une disposition particulière du droit des contrats, et alors aucun délai ne peut s'imposer au syndic ; soit, au contraire, l'utilisation de l'article 38 s'appuie sur la reconnaissance d'un régime légal particulier, et dans ce cas l'option du syndic est étroitement dépendante des conditions dont est assortie cette réglementation.

§ 2 : Le mode d'expression de la volonté du syndic

106

L'article 38, tout en accordant expressément au syndic "la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours", ne précise cependant pas la manière dont doit intervenir cette prise de position. En particulier, il n'indique pas si la reprise des conventions est subordonnée à une manifestation expresse de la volonté du représentant de la masse, ou si, au contraire, elle peut résulter d'une prise de position tacite.

Cette question est pourtant importante car, dans une certaine mesure, le sort du cocontractant, voire celui de la procédure, dépendent de sa résolution. Trop rigide, elle risque de porter atteinte aux intérêts des cocontractants, et notamment de ceux qui continueraient à exécuter leur prestation sur la foi d'un accord tacite ; trop souple, elle engendrera un alourdissement des charges et incitera le syndic à interrompre systématiquement l'exécution des conventions en cours. Il faut donc tenter de concilier le souci de la survie de l'entreprise avec celui de la protection des cocontractants.

107

Jusqu'aux alentours de 1920, de très nombreuses décisions avaient estimé que les contrats continuaient de plein droit, sauf dénonciation expresse ; à l'époque, en effet, la masse des créanciers considérée comme l'ayant cause du débiteur, devait supporter les engagements souscrits par

ce dernier (30). Mais, en reconnaissant la qualité de tiers de la masse, la jurisprudence postérieure s'est du même coup orientée vers un autre système que la Chambre des requêtes a résumé ainsi : "si l'évènement de la faillite laisse subsister les engagements antérieurement contractés par le failli, la masse, qui est un tiers, n'est pas tenue de les reprendre à son compte ; elle ne saurait en être tenue que si, expressément ou tacitement, elle en a manifesté la volonté" (31).

Certes, il est acquis aujourd'hui que l'exécution des contrats en cours ne grève que le patrimoine du débiteur (32), de sorte qu'à proprement parler il ne s'agit plus de rendre la masse bénéficiaire de ces contrats. Toutefois, l'exercice de l'option par le syndic, organe de la masse, fait passer cette dernière de la qualité de tiers à celle de représentant du débiteur, et il est bien évident que cette mutation, pas plus que la précédente, ne peut se présumer. Dès lors, la formule préconisée par la Chambre des requêtes est toujours d'actualité et avec elle le problème posé par la notion de reprise tacite. Il est vrai cependant que, dans leur grande majorité, les auteurs et les tribunaux s'accordent pour exiger du syndic "un fait nouveau et positif d'adhésion à la convention" (33); mais la question n'est pas résolue pour autant, car il reste à déterminer les évènements remplissant cette double condition.

108

L'abondance des interprétations doctrinales, alliée au pouvoir souverain d'appréciation reconnu aux juridictions du fond (34), ne va pas sans compliquer singulièrement la tâche du commentateur. Néanmoins, il semble possible de discerner, sans trop forcer les diverses analyses, trois grands courants.

Dans le premier, le plus sévère, il est nécessaire, pour que les contrats soient poursuivis, "que le représentant de la masse ait déclaré ex-

(30) Cf. infra p. 236, n° 183.

(31) Req. 10 juillet 1933, D.H. 1933 508.

(32) Cf. supra p. 19, n° 15 et infra p. 320, n° 243 et s.

(33) Paris 23 janvier 1931, D.H. 1931 154 ; en ce sens, Chéron note sous Paris 1er février 1930, D.P. 1931 61.

(34) En ce sens, Cass. com. 21 mai 1979, Bull. IV, n° 165, p. 133 ; Cass. com. 3 mai 1979, Bull. IV, n° 138, p. 109.

pressément qu'il voulait continuer le contrat... ou que, par son attitude, il ait manifesté nettement son intention de le faire" (35). Il faut donc, ajoutent les partisans de cette théorie, "considérer comme périmées les décisions anciennes qui, notamment pour la location de fûts, sacs matériels ou machines, ... déduisaient l'intention tacite de continuer le contrat du seul fait de la conservation ou de l'utilisation des objets loués" (36). En revanche, et toujours selon ce premier courant, l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 9 mars 1976 est pleinement justifié (37) : en effet, une manifestation nette de la volonté du syndic de reprendre un contrat de bail, peut consister dans le fait d'avoir tenté à plusieurs reprises la cession amiable puis judiciaire du fonds de commerce dont le droit au bail représentait un élément important (38).

Cette première thèse est critiquable. D'abord, elle s'appuie sur une distinction peu fondée, car il est difficile de comprendre en quoi l'usage direct de l'objet du contrat est moins probant que la tentative d'en céder le bénéfice à un tiers. Ensuite, et cela est plus important, elle est par trop rigide. Il est concevable à la rigueur d'admettre, comme l'a fait le Tribunal de grande instance de Dunkerque le 30 avril 1975, "qu'en l'absence d'une mise en demeure d'opter pour la continuation ou la résiliation, le silence du débiteur et de son syndic, et leur maintien dans les lieux, même avec l'autorisation d'y continuer provisoirement l'exploitation, ne sauraient suffire à établir leur intention de continuer le bail" (39) ; mais il ne semble pas que la solution inverse doive être systématiquement retenue lorsque le cocontractant a sommé le syndic de prendre une décision.

109

Cette position est d'ailleurs celle que défendent les tenants du second courant. Pour eux, "toute manifestation de volonté du syndic peut être retenue. Il suffit d'établir qu'il a entendu réclamer au profit de la masse l'exécution du contrat. La preuve de cette volonté ne peut pourtant pas

(35) M.J. Campana - Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillites, Effets, Actes et procédures préparatoires, n°321.

(36) M.J. Campana - Reymond de Gentile, préc., n°320.

(37) Cass. com. 9 mars 1976, Bull. IV, n°86, p.73, D.1976, Somm.47.

(38) En ce sens, M.J. Campana - Reymond de Gentile, préc., n°321.

(39) T.G.I. Dunkerque 30 avril 1975, G.P. 1975, Somm. p.242.

résulter du silence du syndic qui, interrogé par le cocontractant, ne prend pas parti". Mais, "il n'y a plus de doute lorsqu'en fait, il profite du contrat qui a été passé, en usant des choses remises en exécution de ce contrat" (40).

La jurisprudence semble, au moins pour partie, abonder en ce sens, comme en témoigne un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 21 mai 1979. En l'occurrence, la société Fiat Allis France (F.A.F.), après avoir vendu une chargeuse et un tracteur neufs de sa fabrication à la société France-Bail qui les lui loua en crédit-bail le 21 octobre 1974, donna ces engins en sous-location le 11 octobre 1974 à un sieur Ascoat. Ce dernier fut mis en règlement judiciaire le 8 janvier 1975, et le 6 février 1975 la F.A.F. demanda à Texier, syndic d'Ascoat, de lui faire connaître s'il désirait poursuivre l'exécution des contrats de sous-location. Le syndic laissa cette demande sans réponse mais il utilisa la chargeuse et le tracteur jusqu'au 29 avril 1975, date à laquelle il avertit la F.A.F. qu'il tenait les engins à sa disposition. En novembre 1975, la F.A.F., qui avait repris possession du matériel, assigna Ascoat et son syndic pour obtenir le paiement préférentiel des loyers, frais de remise en état et indemnités contractuelles de résiliation dus pour la période postérieure au prononcé du règlement judiciaire. La Cour d'appel ayant fait droit à cette demande, le syndic forma un pourvoi dans lequel il soutenait que le cocontractant ne devenait créancier de la masse que si le syndic avait opté pour la continuation du contrat (41) ; or, ajoutait-il, l'utilisation de la chose louée ne vaut pas option tacite en faveur de la continuation ; par conséquent, en retenant le seul fait matériel de l'utilisation, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

La Cour de cassation estime au contraire que le moyen n'est pas fondé car "la Cour d'appel a relevé que, Texier l'ayant invitée à produire par lettre du 14 janvier 1975, la F.A.F. avait demandé au syndic, par lettre du 6 février 1975, de lui faire connaître s'il voulait poursuivre l'exécution des contrats de sous-location, ... que le syndic n'avait pas répondu

(40) Ripert et Roblot, t.II, n°3069.

(41) Cass. com. 21 mai 1979, Bull. IV, n°165, p.133.

à cette demande, mais que les engins avaient continué à être utilisés sur le chantier d'Ascoat... ; qu'en l'état de ces constatations, la Cour d'appel a souverainement considéré que l'intention qu'avait eue le syndic, avant le 29 avril 1975, de poursuivre l'exécution des contrats de bail en cours se trouvait démontrée".

110

Il paraît en revanche impossible de franchir un nouveau pas en admettant, avec le troisième courant, que "les opérations de gestion courante, conformes aux usages du commerce" (42) sont "opposables à la masse des créanciers" (43), bien qu'elles aient été effectuées par le débiteur seul, en sorte que les contrats en cours portant sur ce type d'opérations engagent la masse, lorsqu'ils sont exécutés sans opposition du syndic (44). En effet, cette analyse n'est guère convaincante, et de toute façon, elle n'est pas transposable à l'hypothèse des contrats en cours.

Mlle Honorat tente, il est vrai, de justifier cette théorie des "opérations courantes" en limitant pareille faculté à l'hypothèse où des engagements ont été "pris à l'égard des fournisseurs par le débiteur autorisé à continuer l'exploitation" (45). Elle cite à l'appui de sa position une décision de la Cour d'appel de Paris, datée du 6 juillet 1979, selon laquelle "les dispositions de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1967 impliquent nécessairement que le débiteur en règlement judiciaire qui a obtenu du tribunal l'autorisation générale de continuer l'exercice de son commerce peut procéder, sans l'assistance du syndic, aux opérations de commerce à la condition que les modalités de paiement desdites opérations soient conformes aux usages ordinaires ; en décider autrement aurait, en effet, pour conséquence inéluctable, en paralysant la gestion courante de l'entreprise, de compromettre définitivement la gestion de celle-ci et de nuire ainsi aux intérêts des créanciers ; il s'ensuit que les engagements pris dans les conditions précitées par le débiteur à l'égard de ses fournisseurs

(42) A. Honorat, commentaires sous Paris 6 juillet et 12 novembre 1979, D.1980 I.R. 405.

(43) A. Honorat, préc.

(44) En ce sens, Rennes 26 novembre 1974, G.P. 1975, p.294, R.T.D.Co. 1975, p.637, note R. Houin.

(45) A. Honorat, préc.

engagent la masse des créanciers représentée par le syndic et que les dettes ainsi contractées à l'occasion de la continuation autorisée de l'exploitation constituent des dettes de masse comme telles non soumises à la procédure d'admission et de vérification des créances" (46).

Mais cette solution est extrêmement contestable. En effet, comme l'a très justement souligné un arrêt du 12 novembre 1979 (47), rendu par une autre section de la Cour de Paris, l'autorisation de poursuivre l'exploitation donnée par le juge commissaire ou par le tribunal conformément à l'article 24 de la loi du 13 juillet 1967, ne déroge pas à l'article 14 de la même loi, selon lequel les actes accomplis par le débiteur seul, à l'exception des actes conservatoires, sont inopposables à la masse des créanciers. Par conséquent, même en admettant que la décision citée par Mlle Honorat ne concerne pas le mécanisme même de la reprise, mais uniquement l'exécution des opérations de commerce qui s'inscrivent dans le cadre de la poursuite d'exploitation, il n'en demeure pas moins nécessaire que les fournisseurs obtiennent l'accord du syndic, par exemple, comme le suggère le deuxième arrêt de la Cour de Paris, en faisant viser par celui-ci leurs bons de commande ou leurs factures de livraison.

De surcroît, et cela surtout doit conduire à rejeter catégoriquement cette troisième acception de la notion d'accord tacite, rien ne permet de déduire de l'article 38 que les contrats en cours, portant sur des opérations habituelles, puissent faire l'objet d'une présomption de reprise. Non seulement cet article n'instaure aucune distinction entre les divers types de contrats en cours, mais de plus, il est admis par la majorité de la doctrine que la poursuite des contrats est du seul ressort du syndic (48). Certains rétorqueront peut-être que, puisque le syndic ne s'est pas opposé à l'exécution des prestations, c'est donc qu'il a donné son accord implicite, mais cet argument n'est pas probant. Tout d'abord, ce comportement passif ne peut en aucun cas être considéré, par lui-même, comme "un fait nouveau et positif d'adhésion", car il peut très bien résulter d'une

(46) Paris 6 juillet 1979, D. 1980 I.R. 405.

(47) Paris 12 novembre 1979, D. 1980 I.R. 405.

(48) Cf. supra p. 126, n° 101.

totale méconnaissance de l'exécution. Ensuite, même en admettant que le syndic ait été au courant de la fourniture de la prestation, encore faudrait-il pour que celle-ci engage la masse, que le syndic soit obligé de réagir pour en écarter les conséquences, car aucune conclusion ne peut être tirée du silence gardé par une personne qui n'est pas appelée à se prononcer. Or l'article 38 ne recèle aucune obligation de ce genre; il fait état, au contraire, d'une "faculté" dont, hormis l'hypothèse d'une mise en demeure, l'exercice n'est assujéti à aucun délai (49).

Enfin, il faut bien voir que cette troisième thèse aboutit à la poursuite automatique de certains contrats, sauf manifestation de volonté contraire émanant du syndic ; or ce système est abandonné depuis de nombreuses années (50). Qui plus est, la jurisprudence relative à la reprise des baux commerciaux admet aujourd'hui, avec raison, que l'article 52 alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1967, tout en accordant exceptionnellement au syndic la faculté de demander la résiliation des baux en cours, ne permet pas pour autant une interprétation systématiquement positive du silence de l'organe de la masse (51). Dès lors, comment l'article 38, en ne mentionnant que la seule possibilité de continuer les contrats en cours, pourrait-il se prêter à une analyse des intentions du syndic, alors que l'absence de demande de résiliation ne constitue même pas en l'occurrence un argument qui justifie une volonté de reprise ?

111

En définitive, le cocontractant qui veut démontrer la reprise tacite de la convention le liant au débiteur doit, avant toute chose, justifier qu'il a mis le syndic en demeure de prendre parti. Toutefois, cette condition nécessaire n'est pas suffisante ; il faut de plus que le syndic use ou bénéficie effectivement des prestations issues du contrat, car son seul mutisme ne peut emporter aucune conséquence. En d'autres termes, la continuation tacite d'un contrat suppose impérativement la réunion de deux conditions : une mise en demeure d'une part, une utilisation de l'objet du

(49) Cf. supra p. 129, n°103.

(50) Cf. infra p.236, n°183 et supra p. 133, n°107.

(51) Cf. supra p.75 , n°60.

contrat d'autre part. Dès lors, si l'une d'elles venait à faire défaut, et si notamment le syndic bénéficiait des prestations spontanées du cocontractant, indépendamment de toute mise en demeure, l'éventualité d'une reprise tacite devrait être écartée.

La situation du cocontractant peut, dans ces conditions, paraître mauvaise, voire injuste. Mais, ceci résulte beaucoup moins de la définition appliquée à la notion de reprise tacite, que d'une politique doctrinale qui assujettit étroitement l'existence de fausses créances de masse à la condition préalable d'une reprise du contrat (52). Or cette politique est erronée : la fourniture de prestations, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective doit pouvoir donner naissance à des créances privilégiées, sans que pour autant il soit nécessaire de parler de reprise (53).

SECTION II : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION EN CAS DE LOCATION-GÉRANCE

112 La location-gérance (1) est, selon l'article 1 de la loi du 20 mars 1956, une convention par laquelle "le propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls", durant une certaine période et moyennant une redevance. Ce procédé, qui conduit à réa-

(52) Cf. infra p. 235, n°181 et s.

(53) Cf. infra p. 252, n°196 et s.

(1) F. Derrida, Location-gérance des fonds de commerce, Encyclopédie Dalloz et références citées ; E. Alfandari, "Les techniques de reprise d'une entreprise en difficulté", Rev. Franç. de Compta. 1981, p.344 ; J.P. Haehl, Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, Bibliothèque du droit de l'entreprise, t.12 ; R. Houin, "La reprise des affaires en difficulté", Rev. Franç. de Compta. 1981, p. 394 ; J.F. Martin, "La reprise des affaires en difficulté", Rev. Franç. de Compta. 1981, p.351 ; A. Pernot, "Procédures collectives et reprise de l'entreprise", Rev. Franç. de Compta. 1981, p.356 ; M.F. Soinne-Barrat, "Les conditions de la gérance de l'entreprise en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", D.1974, Chron. 295.

liser "une dissociation entre la propriété du fonds et son exploitation" (2), est d'une utilisation fréquente ; il permet, entre autres choses, de sauver des entreprises viables mais mal gérées, en changeant les dirigeants et en apurant le passif grâce aux redevances perçues. Qui plus est, il se peut "que le gage des créanciers se trouve augmenté si la gestion du gérant est bonne et d'un point de vue économique et social l'entreprise est ainsi préservée en tout ou en partie" (3).

Les tribunaux, sensibles à ces avantages, ont les premiers accueilli favorablement la location-gérance du fonds de commerce appartenant au débiteur mis en liquidation des biens ou en règlement judiciaire. Cette technique, qui s'applique aussi bien lorsque la poursuite de l'exploitation concerne une société commerciale que dans le cas où le fonds de commerce représente la totalité de l'actif d'un commerçant, permet en effet aux créanciers de percevoir, par l'intermédiaire du patrimoine du débiteur, une redevance, sans avoir à supporter les risques de l'exploitation. De plus, ajoutent certains auteurs, "l'exploitation directe par l'administrateur n'est que précaire. Elle ne peut, pour diverses raisons, constituer une solution satisfaisante. Par ailleurs, la vente de l'entreprise est le plus fréquemment impossible à réaliser dans l'immédiat. La gérance apparaît seule susceptible d'assurer une certaine stabilité dans la gestion, condition nécessaire au redressement de l'entreprise" (4).

Le législateur, quant à lui, n'est pas demeuré en reste ; il a tenu dans l'article 27 de la loi de juillet 1967 à faciliter la conclusion de ces contrats en écartant certaines dispositions par trop contraignantes du droit commun de la location-gérance ou du droit de la faillite (§ 1).

Cependant, si la loi de 1967 fait état des conditions de la mise en location-gérance intervenant après l'ouverture d'une procédure collective, elle omet par contre totalement d'en mentionner les conséquences. Par exemple, il est particulièrement regrettable qu'aucune allusion ne soit faite au sort des contrats en cours, que ce soit au moment où débute la location-gérance (§ 2) ou au moment où elle cesse (§ 3). Or le problème est d'impor-

(2) J.P. Haehl, préc., p.161, n°207.

(3) J.P. Haehl, préc., p.162, n°208.

(4) M.F. Soinne-Barrat, préc., p.295.

tance ; il faut à ces deux stades de la procédure protéger les cocontractants sans pour autant gripper un mécanisme dont tout le monde s'accorde à reconnaître la nécessité.

§ 1 : Les particularités du régime de la location-gérance en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du loueur

113

Afin d'éviter que la réglementation particulièrement sévère de la loi du 20 mars 1956 n'entrave la conclusion de contrat de location-gérance lorsque le loueur fait l'objet d'une procédure collective, le législateur et la jurisprudence sont intervenus pour appliquer à cette hypothèse un ensemble de solutions exceptionnelles.

Celles-ci peuvent être classées en deux groupes. Les premières ont pour objet de lever les obstacles de nature contractuelle que des tiers pourraient dresser en s'appuyant sur le droit commun des conventions. C'est pourquoi la première phrase de l'article 27 de la loi du 13 juillet 1967 précise que "la conclusion d'un contrat de location-gérance portant sur le fonds de commerce du débiteur peut être autorisée, même en présence d'une clause contraire dans le bail de l'immeuble". Les autres tentent de concilier la réglementation de la location-gérance avec celle de la faillite.

A) L'inopposabilité à la masse des clauses interdisant la location-gérance dans le bail d'immeuble

114

En permettant dans l'article 27 de la loi de 1967 la conclusion d'un contrat de location-gérance au mépris d'une clause du bail d'immeuble l'interdisant, le législateur a voulu éviter la reconduction d'une jurisprudence qui empêchait le syndic d'utiliser un moyen commode de gestion du fonds de commerce (5). Il n'est pas question de revenir ici sur le bien fondé

(5) Voir par ex., C.A. Paris 17 décembre 1966, J.C.P. 1967.II.14951, R.T.D. Co. 1967, p.259, n°29, obs. R. Houin.

d'une solution que de nombreux auteurs ont en leur temps appelée de leurs vœux (6) ; elle est dans son principe tout à fait heureuse et complète avec bonheur l'article 52 alinéa 2 autorisant la cession du bail.

Il importe toutefois d'en connaître la portée. A cet égard, le rapprochement qui ne peut manquer d'être fait entre l'article 27 et l'article 52 soulève une difficulté d'interprétation dont curieusement ni les auteurs, ni la jurisprudence, ne semblent s'être préoccupés. L'article 52 alinéa 2, s'il fait obstacle aux clauses interdisant la cession du bail, n'en dispose pas moins que cette cession doit intervenir sous les conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur. Par contre, l'article 27 ne prévoit rien de tel, et la question consiste alors à savoir, dans un premier temps, si la logique de l'article 52 doit être étendue à l'article 27, puis, à supposer que cela soit, à distinguer les clauses inopposables à la masse de celles qui doivent être respectées.

115

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 11 juillet 1980 (7) est, à notre connaissance, le seul qui ait abordé la question du respect des clauses du contrat de bail réglementant la mise en location-gérance. En l'occurrence, un bailleur qui n'avait pas été appelé à la conclusion du contrat de location-gérance, alors que le bail le prescrivait, demandait la résiliation de son contrat. La Cour d'appel lui répond que "les dispositions de l'article 27 de la loi du 13 juillet 1967, qui sont d'ordre public, sont édictées uniquement pour permettre la continuation de l'exploitation du fonds" et qu'elles "s'imposent à tous y compris au bailleur, notwithstanding les clauses du bail". Il s'ensuit, conclut la Cour d'appel, "que le contrat de location-gérance, qui a été passé par le preneur et son syndic, ayant été autorisé par le Tribunal de commerce, qui bénéficie du contrôle rigoureux institué par la loi garantissant les droits de tous les créanciers, y compris le bailleur, n'avait pas à être passé en présence du bailleur ou celui-ci dûment avisé". Mlle Honorat renchérit sur cette

(6) Voyez par ex., R. Houin, préc.

(7) Paris 11 juillet 1980, G.P. 1981, Somm. p.90, D. 1981 I.R. 487, obs. A. Honorat.

décision ; elle estime que "cet arrêt de la Cour d'appel de Paris tire une conséquence normale des dispositions de l'article 27 de la loi du 13 juillet 1967, qu'il qualifie à juste titre d'ordre public, comme le sont toutes les dispositions concernant les procédures collectives" (8). En effet, précise cet auteur, "la conclusion d'un contrat de location-gérance pouvant d'une part, être autorisée par le tribunal même en présence d'une clause contraire dans le bail, le bailleur, d'autre part, étant exonéré de l'obligation au passif contracté par le locataire-gérant jusqu'à l'expiration du délai de six mois à partir de la publication, il n'est pas nécessaire d'appeler à l'opération le bailleur, même si le bail le prescrit" (9).

A notre avis, cette solution est critiquable. En premier lieu, l'argumentation développée n'est pas pertinente ; le fait que l'article 27 donne un aspect judiciaire à la location-gérance en permettant au tribunal d'exercer un contrôle rigoureux à la fois lors de la conclusion et pendant l'exécution du contrat n'a rien à voir avec la question ; il en va de même pour la faculté accordée au cédant de ne pas garantir le passif né pendant les six premiers mois d'exploitation. Ce qui importe ici, ce n'est pas de savoir si pratiquement la clause est utile au bailleur, c'est de déterminer si la faculté de passer outre aux clauses du bail interdisant la mise en location-gérance, permet, a priori et sans autre analyse, d'écarter l'ensemble des clauses relatives à cette opération. En second lieu, et cela répond à l'observation qui précède, la décision rendue par la Cour de Paris est en contradiction flagrante avec l'ensemble de la jurisprudence relative à l'interprétation de l'ancien article 533 du Code de commerce. Il est vrai que cet article régissait à l'époque la cession et non pas la location-gérance, mais le problème est le même ; il s'agissait là aussi d'une disposition du droit de la faillite permettant au syndic d'enfreindre certaines clauses du contrat de bail, en l'occurrence celles qui interdisaient la cession, à charge seulement pour le débiteur ou les cessionnaires, de maintenir dans l'immeuble un gage suffisant et d'exécuter au fur et à mesure des échéances, toutes les obligations résultant de la loi ou des conventions. Il n'y avait, par conséquent, aucune précision sur le sort des clau-

(8) A. Honorat, obs. préc.

(9) A. Honorat, obs. préc.

ses aménageant la cession, et certains syndics en profitèrent pour demander aux tribunaux qu'elles leur soient déclarées inopposables. Dans la majorité des cas, cependant, ils n'obtinrent pas gain de cause, et la Cour de cassation notamment, leur répondit "que si l'article 97 du décret du 20 mai 1955 (art. 533 nouveau) permet au syndic ou à l'administrateur au règlement judiciaire de céder le bail pour tout le temps restant à courir et les droits qui s'y rattachent, c'est à la condition de respecter les clauses valablement insérées à la convention et qui n'apportent pas un obstacle absolu au droit de cession reconnu au syndic ou à l'administrateur judiciaire" (10). Cette solution mérite d'être approuvée ; si la masse est un tiers à l'égard du débiteur lorsqu'elle exerce des droits qui lui sont propres, en revanche elle n'est que son représentant lorsqu'elle cède le bail ; dès lors, si l'article 533 "prévoit le droit pour le syndic de céder le droit au bail, ce texte qui concerne essentiellement les pouvoirs du syndic, ne l'affranchit nullement pour autant de la réglementation contractuelle du droit de cession qui s'impose à lui comme elle liait le locataire lorsqu'il était encore in bonis" (11). En matière de location-gérance, il doit en aller de même car la situation de la masse est identique ; par suite, et contrairement à ce que soutient Mlle Honorat, si le syndic puise dans l'article 27 le pouvoir de passer un contrat de location-gérance malgré une clause du bail l'interdisant, seule une disposition expresse pourrait le dispenser d'observer à l'égard du bailleur les clauses du bail réglementant la location-gérance.

116

Ce principe acquis, il reste à savoir, bien que le problème ne se soit encore jamais posé, si, à l'instar de ce qui arrive parfois en matière de cession, certaines clauses du contrat de bail d'immeuble, tout en n'interdisant pas de façon expresse la conclusion d'un contrat de location-gérance, ne pourraient pas cependant être considérées comme un obstacle absolu à la réalisation de cette opération, et comme telles déclarées inopposables

(10) Cass. com. 14 octobre 1963, J.C.P. 1964.13558, note B.B., R.T.D.Co. 1964, p.641, n°41.

(11) B.B. note préc.

à la masse. Il est vrai que pour le moment cette éventualité n'est qu'une hypothèse d'école et il peut sembler, dans ces conditions, inutile de compliquer encore une matière au demeurant déjà passablement embrouillée ; cependant, le problème doit être posé car rien ne prouve que les bailleurs ne tenteront pas dans un avenir très proche de limiter les effets de l'article 27 en adaptant leurs contrats au mécanisme de la location-gérance et en y introduisant ce type de clause.

117

Il n'est pas interdit d'imaginer, tout d'abord, qu'un bailleur, voulant éviter la conclusion d'une convention de location-gérance qui ne concernerait qu'une branche de l'activité exercée dans le fonds (12), introduise dans son contrat une clause interdisant la concession partielle de l'exploitation. Cette clause est licite, mais est-elle opposable au syndic ? Il est permis d'hésiter. Dans le sens de l'inopposabilité, il est concevable de soutenir que l'admission de ce type de clause reviendrait purement et simplement à paralyser les effets de l'article 27 ; en effet, dans l'immense majorité des cas, la situation financière de l'entreprise varie selon les branches de son activité, et il est bien évident que, s'il se trouve des candidats à la location-gérance, ceux-ci exigeront, sous peine de renoncer, la concession des seuls secteurs bénéficiaires. Mais à cela il est possible de répondre, et c'est, semble-t-il, préférable car plus rigoureux, que cette argumentation est essentiellement pratique, et que si effectivement le résultat de cette clause est parfois catastrophique, il appartient au législateur de se prononcer explicitement pour son rejet ; à défaut, et quelle que soit la pertinence des considérations avancées, le principe de la force obligatoire des contrats ne peut être battu en brèche. D'ailleurs, c'est bien en ce sens que la jurisprudence a tranché le problème de la clause subordonnant la cession du bail à celle concomitante du fonds. Or cette question est, *mutatis mutandis*, semblable à la situation envisagée. Lorsque la Cour de Paris (13) relève, malgré la présence de l'article

(12) L'article 1er envisage en effet la concession partielle ou totale de l'exploitation au gérant.

(13) Paris 26 juin 1961, G.P. 1961.2.308, R.T.D.Co. 1962, p.307, n°12 ; et sur pourvoi Cass. com. 14 oct. 1963, préc.

533 ancien du Code de commerce, "qu'après la déclaration de faillite ou de règlement judiciaire, la masse des créanciers se trouve substituée au commerçant dans ses obligations de locataire telles qu'elles résultent des clauses du bail ; que par suite le syndic ou l'administrateur représentant la masse est tenu à l'égard du propriétaire à toutes les obligations résultant de la loi et de la convention ; que, dans ces conditions, lorsque la convention interdit au locataire de céder le droit au bail seul, pareille clause s'impose au syndic comme l'administrateur au règlement judiciaire", elle élabore un raisonnement, et par voie de conséquence une conclusion, tout à fait transposables au problème de la location-gérance. En effet, il suffit de constater que l'ancien article 533, comme l'article 27 de la loi de 1967, intervient pour limiter les effets de certaines clauses du bail, que les deux textes sont muets sur le sort des clauses annexes, et enfin que la situation de la masse est en tout point identique.

118

De surcroît, il est probable que, du fait même de la similitude incontestable qui existe entre les dispositions des articles 533 ancien et 27 de la loi de 1967, certains problèmes délicats apparus lors de la cession ressurgiront un jour à propos de la location-gérance. En particulier, il est à peu près certain que la question de l'opposabilité à la masse de la clause subordonnant la cession du bail à la condition que le cédant demeure garant solidairement avec le cessionnaire de l'exécution des stipulations contractuelles et notamment du paiement des loyers se reposera dans la location-gérance. D'aucuns rétorqueront peut-être que ce problème n'en est pas un et que la similitude soulignée entre la cession et la location-gérance doit conduire à opter sans hésitation pour une inopposabilité que par ailleurs la jurisprudence a affirmée à maintes reprises en cas de cession. Cependant, si cette remarque est exacte dans son principe, elle suppose admise la solution retenue par les tribunaux en cas de cession ; or rien n'est plus douteux, et cela que l'on considère l'article 52 alinéa 2 ou même le régime antérieur à la loi du 13 juillet 1967.

Qu'il s'agisse d'arrêts récents, comme celui de la Cour de Paris en date du 19 janvier 1978 (14), ou de décisions plus anciennes rendues sous

(14) Paris 19 janvier 1978, D. 1978 I.R. 304, obs. A. Honorat.

l'empire de l'ancien article 533 du Code de commerce (15), la démarche est toujours la même. Dans un premier temps, il est précisé que "si d'une manière générale, la présence d'une telle clause (relative à la garantie du cédant), devenue de style dans la plupart des baux commerciaux, doit faire obstacle à toute cession consentie par une société locataire qui ne présenterait plus, du fait de sa dissolution ou de son état de liquidation amiable, une garantie sûre et certaine vis-à-vis du bailleur, il en est tout autrement dans le cas particulier d'une faillite ouverte ; qu'admettre la solution inverse conduirait, en effet, à interdire pratiquement au syndic de procéder à la mise en vente du fonds de commerce de la société en faillite et du droit au bail qui constitue bien souvent l'actif essentiel de ladite faillite" (16). Puis, selon l'époque, la Cour relève soit "que l'article 533 du Code de commerce autorise formellement le syndic à céder le bail... et que les règles de la faillite sont impératives" (17), soit "que la disposition particulière de l'article 52 alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 qui autorise le syndic à céder le bail des locaux dans lesquels le débiteur en liquidation des biens ou en règlement judiciaire exerçait son activité commerciale est d'ordre public" (18). Enfin, elle en conclut que "toute clause du bail, dans la mesure où elle y ferait nécessairement échec, ne peut qu'être tenue pour inopposable au syndic" ; "qu'il en est ainsi en l'espèce de la clause stipulant que le preneur ne peut... céder son droit au bail... qu'en restant garant solidaire et responsable du présent bail, de l'exécution des clauses et du paiement des loyers, l'état de liquidation des biens du débiteur excluant que ce dernier ou que son syndic ès-qualités puissent contracter une telle obligation" (19).

Un tel raisonnement est critiquable, pour deux raisons. D'une part, et Mlle Honorat a raison de le souligner (20), même en admettant que la clause subordonnant la cession du bail à la garantie du cédant ne peut plus être exécutée à la lettre en cas de liquidation des biens ou de règlement

(15) Voyez par ex., Trib. civ. de la Seine 4 décembre 1961, R.T.D.Co. 1962, p.497, n°50, J.C.P.1962.12663, note B. Boccara.

(16) Trib. civ. de la Seine, préc.

(17) Trib. civ. de la Seine, préc.

(18) Paris 19 janvier 1978, préc.

(19) Paris, 19 janvier 1978, préc.

(20) A. Honorat, obs. sous Paris 19 janvier 1978, préc.

judiciaire de ce dernier, il est faux d'en déduire, comme le fait la Cour de Paris, que la clause doit être purement et simplement tenue pour inopposable à la masse. En effet, le législateur est intervenu dans la loi n° 71-585 du 16 juillet 1971 pour préciser qu'en cas de "cession, de fusion ou d'apport, si l'obligation de garantie ne peut être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toute garantie qu'il jugera suffisante" (21). Le texte est clair et son application dans le cadre d'une procédure collective n'a aucune raison d'être écartée. Par conséquent, "le bail n'aurait dû être cédé qu'accompagné d'une garantie déterminée par le tribunal saisi de la validité de la cession ou au moins jugée suffisante par lui, dans le cas où elle aurait été offerte par le cessionnaire ou par un tiers" (22).

D'autre part, et cet argument d'ordre plus général peut parfaitement être invoqué que le problème se pose avant ou après 1971, ces décisions sont en contradiction avec le principe selon lequel la masse ne peut, sauf disposition expresse, méconnaître les obligations du débiteur. Il est vrai, bien sûr, que le syndic peut dans certains cas ne pas avoir la possibilité matérielle de contracter une telle obligation ; mais ceci est affaire d'appréciation économique, et ne permet pas, comme le font ces décisions, d'affirmer que cette clause est incompatible "avec la réalisation de l'actif social, mission essentielle du syndic" (23). En réalité le syndic conserve, malgré la présence de cette clause, la possibilité juridique de réaliser la cession et c'est la seule préoccupation dont ait fait preuve le législateur dans les articles 533 et 52 alinéa 2 ; par conséquent, et c'est d'ailleurs ce que rappelle l'article 52 alinéa 2, la cession, comme la continuation du bail par le syndic, doit se faire "sous les conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur".

119

En définitive, s'il apparaît donc que les difficultés suscitées par l'article 27 doivent être résolues de la même manière que celles issues

(21) Voyez B. Boccara, "La loi n°71-585 du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux", J.C.P. 1972.I.2445.

(22) A. Honorat, obs. sous Paris 19 janvier 1978, préc.

(23) Trib. civ. de la Seine, 4 décembre 1961, préc.

des articles 533 ancien et 52 alinéa 2, cela ne signifie pas que les solutions acquises en matière de cession doivent être reconduites purement et simplement. Il faut, avant toute prise de position, analyser de façon restrictive les dispositions concernées, et se garder de toute considération d'ordre économique ; d'une part, ce genre d'argument conduit à léser gravement les intérêts du bailleur ; d'autre part, il y a un risque d'incohérence que la jurisprudence ne semble pas avoir perçu lorsqu'elle a tenté d'harmoniser le droit de la location-gérance et celui des procédures collectives.

B) L'harmonisation du droit de la location-gérance et du droit de la faillite

120

La nécessité d'harmoniser le droit de la location-gérance et le droit de la faillite s'est traduite à la fois par une intervention législative, qui se retrouve dans l'article 27 de la loi de 1967, et dans quelques décisions jurisprudentielles visant tantôt à écarter, tantôt à étendre certains textes.

A l'exception du membre de phrase relatif à l'inopposabilité des clauses du bail interdisant la mise en location-gérance (24), l'article 27 appelle peu de commentaires, et il suffira d'en rappeler les solutions. Il signale tout d'abord que "les dispositions des articles 4, 5 et 8 de la loi n°56-277 du 20 mars 1956 relatives à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux ne sont pas applicables", autrement dit que le loueur n'a pas à remplir les conditions habituelles d'ancienneté dans la profession et de durée dans l'exploitation du fonds, et qu'il n'encourt pas de responsabilité durant les six mois qui suivent la publication du contrat. De plus, et toujours suivant cet article, la conclusion du contrat de location-gérance est exceptionnellement subordonnée à l'appréciation du tribunal qui peut refuser son autorisation, "notamment,

(24) Cf. supra p. 142, n°114 et s.

s'il n'estime pas satisfaisantes les garanties offertes par le preneur ou si ce dernier ne présente pas une indépendance suffisante à l'égard du débiteur". Cette disposition, à l'inverse de la précédente, n'a pas pour but de faciliter la conclusion d'un contrat de location-gérance, mais tend au contraire à assurer au débiteur et à la masse des créanciers les garanties les meilleures.

Tout ceci ne présente aucune difficulté et il serait possible de clore là ce développement si la jurisprudence n'avait déduit de ces dispositions, et particulièrement de la dernière, deux solutions dont une au moins appelle quelques réserves.

121

La première d'entre elles est intervenue à propos de la durée de la location-gérance. En principe, cette durée est fixée par le tribunal et, puisque l'article 27 est muet sur la question, il semblerait logique d'appliquer ici la règle de l'article 25 selon laquelle la continuation de l'exploitation ou de l'activité ne peut être autorisée que pour trois mois au plus. Cependant, il faut bien reconnaître que cette interprétation soulève quelques difficultés. A supposer, ce qui semble normal, qu'en cas de liquidation des biens, ce contrat ne soit "qu'une mesure statique provisoire" (25) permettant d'écarter le débiteur de la gestion, en attendant la cession de l'actif, il est évident que l'autorisation du tribunal ne peut être qu'exceptionnelle et limitée à une période très brève qui pourrait être de trois mois, sauf renouvellement possible. Par contre, si l'on voit dans ce contrat un moyen de redresser l'entreprise, ce qui est indubitablement le cas en matière de règlement judiciaire, la solution est toute autre ; non seulement il est alors concevable de retenir une durée plus longue, mais cela devient impératif, sous peine de décourager tous les candidats à la location-gérance. Cette dernière remarque est, il est vrai, essentiellement pratique, mais elle n'en a pas moins une certaine importance, et cela même dans l'hypothèse d'une liquidation des biens ; si le locataire-gérant n'est pas assuré de rester plus de trois mois en place, il ne consentira jamais les investissements nécessaires à l'opération. Tout cela

(25) J.P. Haehl, préc., n°280, p.217.

n'a pas échappé à la jurisprudence et l'a conduite ce qui doit être approuvé, à autoriser des contrats d'une durée de plusieurs années (26). Cette pratique est d'ailleurs, comme l'ont souligné plusieurs auteurs, moins dangereuse qu'il n'y paraît car le tribunal, qui intervient déjà pour fixer la durée de la location-gérance, peut de plus y mettre fin à tout moment lorsque le preneur diminue les garanties données (27).

122

De là à affirmer que les importants pouvoirs ainsi reconnus au tribunal permettent d'appliquer à la location-gérance l'article 103 alinéa 4 de la loi du 13 juillet 1967 qui exclut l'opposition, l'appel et le recours en cassation à l'encontre des jugements autorisant l'exploitation, ou refusant sa continuation, il n'y avait qu'un pas que certains arrêts n'ont pas hésité à franchir (28). A notre avis, cependant, cette seconde solution est une erreur et ceci pour deux raisons.

La première tient à la portée des arguments avancés par les partisans de cette interprétation extensive, et notamment par M. Derrida. Cet auteur soutient qu'en la matière, "il s'agit à l'exclusion de tout problème juridique, d'apprécier la situation économique de l'entreprise, de vérifier sa rentabilité", que pour cette appréciation, "les magistrats consulaires sont infiniment plus qualifiés que ne le seront jamais les magistrats professionnels des Cours d'appel" et que par conséquent il vaut mieux "leur laisser toute liberté pour se déterminer" (29). Il ajoute encore que soumettre ce type de décision aux voies de recours risquerait d'entraîner une solution de continuité qui serait fatale à l'entreprise, par hypothèse fort vulnérable. En réalité, comme l'a très justement souligné Mlle Honorat, ces arguments ne sont pas décisifs. "Le premier prouve trop car il existe bien d'autres matières où, dans le droit des affaires, les problèmes qu'ont à trancher les magistrats consulaires sont davantage économiques que juri-

(26) Cass. com. 3 mai 1972, D.1973 77 ; C.A. Paris 27 juin 1980, D.1981 I.R. 64, obs. A. Honorat.

(27) En ce sens, J.P. Haehl, préc., n°280, p.217.

(28) Cass. com. 30 mars 1981, D. 1981 I.R. 488, obs. A. Honorat ; Cass. com. 8 nov. 1978, Bull. IV, n°279, p.263, D.1973 430 ; Cass. com. 28 mai 1975, Bull. IV, n°144, p.119 ; Aix en Provence 26 octobre 1976, D.1978 I.R. 284, obs. F. Derrida ; contra, Reims 18 mai 1976, D. 1977 I.R. 199.

(29) F. Derrida, obs. D. 1978 I.R. 284.

diques : la notion de cessation des paiements entraînant l'ouverture d'une procédure collective en est un exemple topique ; pourtant, même de lege ferenda, il n'a jamais été envisagé de soustraire la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens à toute voie de recours. Quant aux inconvénients ou difficultés qui résultent d'une infirmation possible en appel de la décision prononcée en première instance, ils sont inhérents à tous les jugements assortis de l'exécution provisoire. L'infirmation en appel d'une décision ayant ouvert le règlement judiciaire ou la liquidation des biens soulève elle aussi de délicats problèmes tant au point de vue juridique que pour l'entreprise concernée ; ces inconvénients ou difficultés n'ont jamais, eux non plus, été mis en avant pour tenter de faire échec au double degré de juridiction" (30).

La seconde raison tient à la nature des arguments avancés ; quelle qu'en soit par ailleurs la validité, force est de reconnaître qu'ils sont tous d'ordre économique et que surtout aucun ne s'appuie sur un texte. Or il est de règle que les dispositions dérogatoires au droit commun doivent être interprétées de manière restrictive et cela dans la limite du texte qui les contient ; il n'y a donc aucune raison pour faire une entorse au principe du double degré de juridiction, fût-ce au nom de considérations économiques pertinentes. A cela, M. Derrida rétorque que "le support technique" de son raisonnement "se trouve dans le caractère spécial et non pas exceptionnel de la législation des procédures collectives" (31). Celles-ci, précise-t-il, "sont régies par des textes qui leur sont propres et dont les dispositions peuvent connaître une interprétation analogique et une application extensive sans porter atteinte à la règle d'après laquelle les dispositions dérogatoires doivent être interprétées restrictivement" (32). En réalité, ceci ne démontre rien, si ce n'est l'inverse du résultat escompté. Le fait que le droit commun des procédures collectives soit fixé par les textes qui lui sont propres est un raccourcis commode qui ne doit

(30) A. Honorat, obs. préc., D. 1981 I.R. 488 ; dans le même sens, J. Lejoindre, "Les décisions susceptibles ou non d'appel en matière de procédures collectives", G.P. 1979.I.157 ; M.J. Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Faillite union n°862.

(31) F. Derrida, obs. D. 1978 I.R. 284.

(32) F. Derrida, préc.

pas faire illusion. D'une part, il est bien évident qu'il est impossible d'en conclure, à moins d'un mauvais jeu de mots, que le droit des procédures collectives est hermétique aux grands principes qui régissent l'ensemble de la pensée juridique, et l'on voit mal d'ailleurs, si cela était le cas, comment M. Derrida pourrait, en l'absence d'une habilitation expresse du droit de la faillite, appliquer à la matière une interprétation analogique. D'autre part, il est encore plus évident que cette législation, si particulière soit-elle, ne peut être interprétée que de manière cohérente. Or, la logique voudrait que l'indépendance accordée à la location-gérance par rapport à l'exploitation directe, lorsqu'il s'agissait d'enfreindre l'article 25, se retrouve à propos des voies de recours (33).

§ 2 : Le sort des contrats au jour de la conclusion de la location-gérance

123

Les engagements contractés par le loueur durant l'exploitation du fonds n'obligent pas en principe le locataire gérant, et inversement ce dernier ne peut réclamer l'exécution des engagements que des tiers auraient pris vis-à-vis du bailleur (34). La Chambre commerciale a ainsi estimé que lorsqu'un acheteur avait passé commande d'une chaîne d'embouteillage à une société dont le fonds avait été donné par la suite en location-gérance à une autre société, laquelle avait livré la chaîne, seule la première société pouvait être déclarée responsable envers l'acheteur des défauts des fournitures dès lors qu'il résultait "des circonstances que l'acheteur ne pouvait se prévaloir d'aucun lien de droit avec le gérant et alors que la loi du 25 mars 1956 ne prévoit pas que le gérant devra assumer les responsabilités personnelles du bailleur et la charge de ses dettes" (35). Il est admis de même que les contrats d'assurance ne sont pas transférés

(33) En ce sens, A. Honorat, D. 1981 488.

(34) En ce sens, F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, Location-Gérance, n°279 ; R.D. "La location-gérance des fonds de commerce", J.C.P. éd. C.I. 1959 65816, n°99.

(35) Cass. com. 22 nov. 1967, D. 1968, Somm. 46.

de plein droit au locataire gérant car l'article 121-10 du Code des Assurances ne rend cette transmission automatique qu'en cas d'aliénation de l'objet assuré (36).

Toutefois, un contrat de location-gérance peut valablement inclure une clause obligeant le locataire à poursuivre certains contrats en cours. Par ailleurs, et cela est le corollaire de la remarque précédente, le locataire-gérant peut bénéficier de certaines conventions lorsque le cocontractant y consent (37). La jurisprudence a même été jusqu'à accueillir l'action directe formée par un locataire-gérant contre le propriétaire d'une marque, en réparation du préjudice causé par la violation de la clause d'exclusivité consentie au loueur, en retenant "que le contrat de location-gérance d'un fonds de commerce portait sur tous les éléments de celui-ci, parmi lesquels se trouvait l'exclusivité de vente de certains articles de sport concédée au propriétaire du fonds par le propriétaire de la marque", "et que ce dernier n'avait jamais protesté contre cette situation, à laquelle il avait donné au moins tacitement son accord" (38). Enfin, en vertu de l'article L.122-12, les contrats de travail en cours lors de la mise en gérance doivent être respectés par le locataire-gérant.

En droit commun, la solution est donc simple ; il faut, pour connaître le sort des contrats en cours au moment de la mise en gérance, appliquer les mêmes règles qu'en matière de vente de fonds de commerce (39). Mais il reste à savoir si ce système est transposable à l'hypothèse d'une procédure collective ou si au contraire il doit recevoir quelques aménagements, tenant d'une part à la présence de l'article 38 et d'autre part à la nécessité d'écarter certaines conséquences par trop rigoureuses de l'article L. 122-12.

(36) En ce sens, F. Derrida, préc. ; R.D. préc.

(37) En ce sens, F. Derrida, préc., n°281 ; R.D., préc., n°100.

(38) Cass. com. 4 juillet 1973, D. 1973 I.R. 201.

(39) En ce sens, R.D. préc.

A) Le locataire-gérant bénéficie-t-il de l'option instaurée par l'article 38 ?

124

Ce problème, bien que fréquent (40), ne paraît pas avoir donné lieu à une jurisprudence abondante. Il a fallu en effet attendre deux arrêts du 3 février 1981 (41) pour que la Chambre commerciale s'interroge sur le point de savoir si le locataire-gérant pouvait, soit lui-même, soit par l'intermédiaire du syndic, exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé du jugement de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, ou si au contraire le cocontractant pouvait refuser cette exécution au motif qu'il n'avait traité qu'avec le failli et que par conséquent, non seulement il n'y avait que le syndic, à l'exclusion du locataire-gérant, qui puisse exercer l'option de l'article 38, mais de plus les effets de cette option devaient se limiter au patrimoine du débiteur. Apparemment la question est à décomposer ; il faut tout d'abord savoir si le locataire dispose à titre personnel de la faculté instaurée par l'article 38, ou si au contraire celle-ci n'appartient qu'au syndic ; puis, à supposer que ce soit cette dernière solution qui l'emporte, il convient alors de se demander si le représentant de la masse peut exercer cette option au bénéfice d'un tiers.

C'est, semble-t-il, le cheminement suivi par la Cour de cassation dans ses deux arrêts du 3 février 1981. En l'occurrence, une société avait été mise en règlement judiciaire après avoir conclu divers contrats d'achat de céréales avec deux de ses fournisseurs, les firmes Mackprang et Continentale France. Celles-ci, lorsqu'elles apprirent l'ouverture de la procédure, réagirent différemment. La première mit immédiatement le syndic en demeure d'exercer l'option de l'article 38 et, n'obtenant pas de réponse, elle prétendit user de la faculté de résiliation prévue au contrat, sans avoir à tenir compte de la demande d'exécution adressée par le locataire-gérant qui avait été agréé entre temps. Quand à la seconde, elle resta passive jusqu'au jour où, le locataire-gérant l'ayant mise, avec l'accord du syndic, en demeure d'exécuter son contrat, elle leur opposa un refus.

(40) En ce sens, F. Derrida note sous Cass.com. 3 février 1981, D.1981 378.

(41) Cass. com. 3 février 1981, G.P. 1981.I.408 note J. Viatte, D.1981 377, note F. Derrida, Bull. IV, n°60, p.48 et n°62, p.49.

Conformément aux dispositions contractuelles, le syndic saisit alors la Chambre arbitrale (42) afin d'obtenir la résiliation des marchés aux torts des fournisseurs ; mais, dans un cas comme dans l'autre, sa demande fut rejetée. En appel, par contre, la Cour de Paris annula ces sentences arbitrales par deux arrêts du 2 décembre 1977 et du 9 février 1979. Dans le premier, elle retint "que la volonté de poursuivre l'exécution des contrats en cours avait été valablement portée à la connaissance de la firme Mackprang par la Sesa qui, venant de recevoir en location-gérance le fonds de commerce, entendait poursuivre, pour son propre compte, l'exécution des contrats litigieux" ; dans le second elle soutint "que la décision de poursuivre l'exécution des contrats en cours pouvait résulter d'une manifestation de volonté émanant d'une société d'exploitation ayant reçu mission expresse du syndic de continuer les contrats qu'elle jugeait bénéficiaires". En d'autres termes, la Cour d'appel de Paris affirmait "la possibilité pour le syndic de se substituer le locataire-gérant dans l'exécution des contrats en cours, sans que lui-même ait à exercer l'option que lui attribue l'article 38, de sorte que l'exécution de ces contrats ne produisait plus effet dans le patrimoine du débiteur, mais uniquement dans celui du locataire-gérant" (43).

Bien entendu, la Chambre commerciale ne pouvait que censurer une telle analyse. Le transfert au bénéficiaire du locataire-gérant de l'option instaurée par l'article 38 suppose une disposition expresse, car c'est aller directement à l'encontre du droit commun de la location-gérance qui écarte, à défaut de clauses contraires, l'exécution par le locataire des contrats conclus par le loueur (44). Or il n'existe rien de tel dans la loi de 1967 ; par conséquent, et c'est d'ailleurs ce que relève très justement l'un de ces arrêts, il faut appliquer l'article 1165 du Code civil qui n'autorise les tiers à se prévaloir d'un contrat qu'en cas de stipulation pour autrui. Or, "quelles que soient les libertés que la jurisprudence a prises en la matière, on ne pouvait découvrir dans les marchés de fournitures une stipu-

(42) Sur les problèmes de compétence suscités par l'exécution des contrats en cours, cf. infra p. 304, n°231.

(43) F. Derrida, préc., p.378, n°4.

(44) En ce sens, F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, préc., n°279.

lation au profit d'un locataire-gérant éventuel du fonds" (45) ; rien n'interdisait donc aux fournisseurs de considérer qu'ils n'avaient aucun lien de droit avec le locataire-gérant.

125

M. Derrida soutient cependant qu'il eût été possible à la Cour de cassation de "sauver" ces deux arrêts en jouant sur l'ambiguïté de leur motivation. Selon cet auteur, en effet, l'analyse développée par la Cour d'appel de Paris "pouvait signifier que le syndic s'appropriait les contrats dont le locataire-gérant demandait la continuation ; celui-ci n'était donc au regard des fournisseurs que son porte-parole, peut-être son mandataire, de sorte que lui-même, syndic, prenait en charge les contrats dont il s'agit ; dans ces conditions, et pour suivre la terminologie habituelle, mais critiquable, les contrats étaient continués pour le compte et dans l'intérêt de la masse ; les fournisseurs devenaient donc créanciers de celle-ci ; le syndic pouvait alors, et sans qu'il eût besoin de leur agrément, céder le bénéfice de ces contrats au locataire-gérant ; ainsi on se trouvait en présence d'une cession par le syndic de contrats dont il avait demandé la continuation" (46). D'ailleurs, ajoute M. Derrida pour justifier cette interprétation, c'est de toute façon à ce résultat qu'aboutira la solution préconisée par la Chambre commerciale, car les locataires-gérants, se voyant privés de tout droit de reprise, "demanderont au syndic d'exercer lui-même l'option que lui ouvre l'article 38" (47).

Cette analyse nous paraît tout à fait contestable. Elle suppose tout d'abord que, lorsque la Cour de cassation prend le soin de préciser dans chacun de ses deux arrêts que si, en vertu de l'article 38, "le syndic dispose personnellement de la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours lors de la survenance du règlement judiciaire, il ne peut toutefois exercer cette prérogative au bénéfice d'un tiers", ceci ne lui interdit pas de prendre en charge les contrats de fourniture dont le locataire-gérant demande la continuation, mais signifie seulement que, si l'article 38 contraint ces fournisseurs "à exécuter les marchés dont le syndic exige

(45) F. Derrida, préc., p.379, n°4.

(46) F. Derrida, préc., p.378, n°2.

(47) F. Derrida, préc., p.379, n°7.

la continuation, en leur offrant du même coup la garantie attachée à la qualité de créanciers de la masse, il ne leur impose nullement de se contenter de la solvabilité d'un locataire-gérant qu'ils ne connaissent pas" (48). Or ceci est pour le moins discutable ; en effet, le second de ces arrêts affirme très clairement que la Cour d'appel qui "avait constaté que la continuation de l'exécution des contrats avait été demandée non au bénéfice de la société Cérex, mais à celui de la société d'exploitation", aurait dû repousser cette prétention car "le syndic ne peut exiger la continuation des contrats en cours au profit d'un tiers". Il n'y a donc en l'occurrence aucune équivoque et, quoi qu'en dise M. Derrida, le syndic est bien perçu par la Chambre commerciale, sinon comme l'auteur de la demande, du moins comme son instigateur. Dans ces conditions, lorsque la Haute Cour censure la décision de la Cour d'appel de Paris, ce n'est pas uniquement parce qu'elle refuse au locataire-gérant la faculté d'user de l'option accordée au seul syndic, mais aussi et surtout parce qu'elle entend condamner le principe même d'une intervention du syndic avec les garanties qui en résultent pour le cocontractant. Plus exactement, elle ne conçoit l'existence d'un régime privilégié que si l'exécution du contrat se fait au bénéfice du patrimoine du débiteur. Par conséquent, pour la Chambre commerciale, l'alternative est nettement exprimée : ou bien l'exploitation est l'oeuvre du syndic, et dans ce cas il pourra opter pour la reprise de certains contrats avec le régime préférentiel qui s'y attache ; ou bien cette exploitation intervient dans le cadre d'une location-gérance, et alors la poursuite des relations contractuelles ne pourra résulter que d'un accord liant le locataire-gérant et le cocontractant. Dans cette dernière hypothèse, l'intervention du syndic est donc sinon prohibée, du moins totalement inutile car aucun pouvoir exorbitant n'y est associé : elle ne confère au locataire-gérant aucune faculté particulière, et elle n'entraîne au bénéfice du cocontractant aucun régime de faveur.

De surcroît, et cela corrobore la remarque précédente, admettre que le syndic puisse, durant la location-gérance, exiger au bénéfice du loueur la poursuite des contrats en cours, tout en engageant le patrimoine du dé-

(48) En ce sens, F. Derrida, préc., p.379, n°6.

biteur, revient à battre en brèche l'article 27 de la loi du 13 juillet 1967. Cet article, qui complète l'article 9 de la loi du 20 mars 1956, écarte, en cas de location-gérance acquise dans le cadre d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire, l'obligation solidaire du loueur au passif né durant les six premiers mois suivant la publication du contrat. Or permettre au syndic d'intervenir en matière contractuelle durant le cours de la location-gérance, conduirait à méconnaître radicalement l'intention du législateur, puisque la garantie du failli serait exigée le plus souvent pour une durée dépassant six mois (49).

Enfin, toujours dans le sens du rejet de tout droit d'option du syndic au bénéfice d'un tiers, fût-il assorti de garanties pour le cocontractant, tout le raisonnement de M. Derrida suppose, pour être d'une quelconque utilité, que le cocontractant soit dans l'impossibilité de mettre un terme aux relations contractuelles, lorsqu'il ne veut pas avoir affaire au locataire-gérant. Or ceci est pour le moins sujet à caution. Il est exact que mis à part l'article 1er alinéa 3 de la loi du 17 mars 1909, qui décide que pour l'exercice du privilège du vendeur, il y a lieu de diviser le prix du fonds en trois parties correspondant aux éléments incorporels, au matériel et aux marchandises, il n'est nullement précisé quels sont les éléments compris dans le fonds (50) de sorte que les parties semblent pouvoir fixer librement sa composition (51). Toutefois il est de principe en droit français que les droits personnels appartenant au propriétaire du fonds ne sont pas inclus dans les éléments incorporés du fonds (52), de sorte que "le fonds de commerce ne comporte pas parmi les éléments qui le composent les contrats en cours" (53). Au surplus, à supposer que la transmission se réalise, il faudrait alors le consentement du cédé, ce qui reviendrait purement et simplement à nier le principe même du recours à l'article 38.

126

La solution adoptée par la Chambre commerciale est donc tout à fait cohérente. Il est vrai que "l'on peut se demander si la Cour de cassation ne s'en est pas tenue à une conception trop strictement individualiste des

(49) En ce sens, J. Viatte, préc.

(50) En ce sens, Ripert et Roblot, T.I, n° 536.

(51) En ce sens, Ripert et Roblot, T.I, n° 536.

(52) En ce sens, Ripert et Roblot, T.I, n° 545.

(53) J. Viatte, préc.

rappports juridiques nés de la location-gérance du fonds de commerce ; dans la mesure où celle-ci ne serait qu'un procédé d'exploitation de l'entreprise commerciale, on pourrait concevoir que les contrats de fournitures ont été conclus plus par l'entreprise elle-même que par le propriétaire du fonds de commerce" (54), ce qui, ajoute M. Derrida, "correspondrait certainement au souci qu'a eu le législateur de 1967 de sauvegarder l'entreprise viable" (55). Cette tendance, qui se retrouve de plus en plus souvent (56), et qui semble reposer sur de bonnes intentions, doit être vigoureusement condamnée. Elle amènerait, si elle trouvait un écho chez le législateur, à ruiner toute tentative de sauvetage de l'entreprise, car elle contraindrait le locataire-gérant à poursuivre tous les contrats en cours, qu'ils soient avantageux ou non. Ce risque n'a d'ailleurs pas échappé à la jurisprudence qui, après avoir accordé à l'article L.122-12 la portée la plus large, semble actuellement vouloir, pour des raisons de politique économique, en limiter l'application, notamment en cas de location-gérance.

B) Le sort des contrats de travail

127

A l'inverse de la gestion directe (57), la location-gérance du fonds de commerce réalise incontestablement "une modification de la situation juridique de l'employeur". Dès lors, il faut utiliser ici l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et décider, comme le reconnaît d'ailleurs une jurisprudence unanime, que les contrats de travail en cours au jour de la conclusion de la convention se poursuivent de plein droit avec le locataire-gérant qui recueille en l'occurrence "la qualité d'employeur à l'égard de l'ensemble du personnel affecté à cette exploitation" (58). Cer-

(54) F. Derrida, préc., p.379.

(55) F. Derrida, préc., p.379.

(56) Voyez par ex., A. Pernot, "Procédures collectives et reprise de l'entreprise", Rev. Franç. de Compta., juillet-août 1981, p.357.

(57) Cf. supra p.105, n°85.

(58) I. Vacarie, L'employeur, éd. Sirey, 1979, p.104, n°141 ; en ce sens F. Derrida, "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", Dr. Soc. 1978, n° spécial p.72 et références citées ; N. Catala, L'entreprise, éd. Dalloz, p.82, n°85.

tes, il va de soi que ce dernier conserve le droit de mettre fin aux contrats de travail ainsi transmis ; mais alors la jurisprudence admet que, par le jeu de l'article L. 122-12 alinéa 2, il doit supporter la charge des indemnités de rupture, et que celles-ci peuvent être calculées en tenant compte de l'ancienneté acquise par le salarié avant la cession (59).

En affirmant ainsi "l'automatisme de la substitution du nouvel exploitant à l'ancien" (60), la Chambre sociale s'est bornée à étendre à la location-gérance des solutions du droit commun ; "elle n'a pas posé de règles particulières ; elle s'est contentée, afin d'assurer la stabilité de l'emploi, d'appliquer les solutions relatives au changement de dirigeants de l'entreprise, qui remontent à la loi de 1928" (61), et qui sont indiscutables. Mais du même coup, une charge financière importante pèse sur le nouvel exploitant, et il est compréhensible que ce dernier n'ait de cesse de s'en débarrasser, soit en introduisant dans le contrat de location-gérance une clause par laquelle le syndic s'engage à supporter la charge des licenciements des salariés non conservés par le cessionnaire, soit en exigeant du syndic un licenciement préalable.

Le premier de ces moyens ne peut être retenu car le caractère impératif de l'article L. 122-12 alinéa 2 s'oppose à toute atteinte aux droits des salariés (62) qui doivent pouvoir se faire indemniser par le nouvel employeur ; par conséquent les contrats de travail, pour peu qu'ils soient en cours, doivent être respectés par le locataire-gérant, "quelles qu'eussent pu être les conventions intervenues" (63) entre le cédant et le cessionnaire. Le second, par contre, mérite une analyse approfondie. En ne visant que "les contrats en cours au jour de la modification", l'article L. 122-12 alinéa 2 n'interdit pas expressément au syndic d'opérer des licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise, et il faut alors se demander si ce procédé est licite.

(59) En ce sens, J. Mouly "Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise", Dr. soc. décembre 1982, p.736 ; F. Derrida, préc., p.72 et références citées ; N. Catala, préc. , p.82, n°85.

(60) J. Savatier, Dr. soc., 1974, p.476.

(61) J. Laroque, Dr. soc., avril 1978, p.65.

(62) En ce sens, F. Derrida, Dr. soc., 1978, préc., p.73 ; J. Nayral de Puybusque, "Les divers modes de rupture des contrats de travail", D. 1980 322.

(63) Voyez par ex., Cass. soc. 6 févr. 1967, Bull. IV, n°120, p.101 ; Toulouse, 30 sept. 1976, D. 1978 I.R. 95 ; Paris 25 févr. 1982, D.1982 I.R. 488.

La Cour de cassation s'est prononcée très tôt sur cette question et elle a tout d'abord admis la validité de principe de tels licenciements. Elle justifiait son point de vue en déclarant que l'article L.122-12 alinéa 2 ne faisait pas obstacle à l'article L.122-4 et qu'il ne s'opposait donc pas à ce que l'employeur qui cédait son entreprise opérât une réorganisation accompagnée de licenciements. Elle réservait toutefois l'hypothèse de la fraude pour les cas où le licenciement était fondé sur la seule cession ultérieure, et avait pour but exclusif "de priver les travailleurs du droit au maintien dans l'emploi que leur accorde la loi" (64).

Puis, dans les arrêts du 4 et 31 janvier 1974 la Cour de cassation a modifié sa position et certains auteurs en ont déduit alors un peu hâtivement que désormais, "l'illicéité des congédiements prononcés peu avant une cession était ainsi posée en principe, indépendamment de tout abus ou de toute fraude" (65). En réalité cette interprétation doit être nuancée. Il est vrai que cette nouvelle jurisprudence, "qui se prononce pour l'applicabilité directe de la loi sans recourir au détour de l'exception de fraude et en déclarant les dispositions de l'article L.122-12 violées" (66) ne s'appuie plus nécessairement sur l'intention frauduleuse ; mais de là à y voir une modification du fond du droit, il y a un fossé que l'analyse de ces deux arrêts interdit de franchir.

Dans l'espèce du 4 janvier 1974 (67), la Cour d'appel avait admis que le locataire-gérant puisse cotiser à un taux moindre que celui appliqué au bailleur, sous prétexte qu'il avait conclu avec les salariés congédiés par son prédécesseur de nouveaux contrats de travail. Cette décision est effectivement cassée, mais pour n'avoir pas recherché si "compte tenu de l'intention manifestée sans délai de poursuivre l'exploitation, la société nouvelle pouvait se prévaloir de mesures prises en violation délibérée des

(64) N. Catala, préc., n°86, p.83 ; voyez par ex., Cass. 2 août 1933, D.P. 1935.I.III, note Pic ; Cass. soc. 9 juin 1971, Bull. V, p.358, n°427 ; Cass. soc. 29 nov. 1961, D.1962 295, J.C.P. 1962.II.12493.

(65) N. Catala, préc., n°86, p.84.

(66) J. Mouly, préc., p. 738.

(67) Cass. soc. 4 janvier 1974, Bull. V, n°21, p.20, Dr. soc. 1974 473, note J. Savatier, R.T.D.Co. 1973 907, n°30, obs. R. Houin, J.C.P.1974. II.17878, note Ch. Lazerges.

dispositions légales destinées à assurer en pareil cas la stabilité de l'emploi et le maintien aux mêmes conditions des contrats de travail" (68). Il n'y a donc pas en l'occurrence une interdiction pure et simple des licenciements car, comme le note très justement M. Mouly, la Cour suprême lie "la condamnation des licenciements avant cession à la connaissance par l'employeur de la poursuite de l'exploitation" (69). Au demeurant, il est bien évident que si la Cour de cassation invite, dans un autre passage de cet arrêt, les juges du fond à rechercher "à quelle date (et) dans quelles conditions" l'employeur originaire avait procédé au licenciement individuel ou collectif des membres de son personnel, c'est bien qu'elle n'avait pas l'intention de retirer totalement aux employeurs leur droit de résiliation unilatérale (70).

Quant à l'arrêt du 31 janvier 1974 (71), il est encore beaucoup plus net ; la cour y condamne le licenciement de salariés de la Shoham, avant la cession d'une partie des activités de cette dernière à la société Marseille Consignation, car, précise-t-elle, "par l'effet de ce transfert prévu antérieurement au licenciement du personnel de la Shoham et en vue duquel celui-ci a été réalisé, c'était la même entreprise qui continuait sous une direction nouvelle, ce dont il résultait que... le licenciement, s'il était considéré comme mettant fin définitivement au contrat de travail et pas seulement comme le terme de ses relations avec la Shohom était contraire aux dispositions légales et alors que si le contrat subsistait, Marseille Consignation avait l'obligation de continuer le contrat en cours". C'est donc seulement parce que "le transfert d'activité avait été prévu antérieurement au licenciement du personnel et que celui-ci avait été réalisé en vue de celui-là" (72), que la décision de la Cour d'appel est cassée. En d'autres termes, "la solution classique ne se trouve donc pas remise en cause sur ce point : le droit de licenciement du cédant subsiste sauf à démontrer qu'il a été mis en oeuvre en vue du changement de direction"(73).

(68) Cass. soc. 4 janvier 1974, préc.

(69) J. Mouly, préc., p.738.

(70) Contra, N. Catala, préc., p.83, n°86.

(71) Cass. soc. 31 janvier 1974, Bull. V, n°87, p.77.

(72) J. Mouly, préc., p.738.

(73) J. Mouly, préc., p.738.

La seule modification notable réside dans le fait que les licenciements antérieurs à une cession sont illicites dès lors que celle-ci était d'ores et déjà arrêtée, abstraction faite de toute collusion frauduleuse (74).

Tout en appréciant "le souci méritoire de cette jurisprudence préto-rienne de protéger les salariés" (75), de nombreux auteurs ont douté qu'elle tienne suffisamment compte de la conjoncture économique et de la situa-tion spécifique des entreprises en difficulté. Certains se sont ainsi de-mandés "si la construction jurisprudentielle, dont les arrêts de 1974 é-taient en définitive l'aboutissement, ne devait pas nécessairement être remise en cause par la dégradation de la conjoncture. Conçue pour une éco-nomie en expansion où la préoccupation majeure était l'amélioration de la situation des salariés, elle devait en effet s'appliquer à une situation de crise où le souci dominant est la sauvegarde de l'emploi. Les solutions jurisprudentielles et notamment la prise en charge des indemnités de ruptu-re par le nouvel employeur, ont pu alors paraître inopportunes, en tout cas inadaptées à la nouvelle situation" (76). En effet, comme le souligne M. Derrida, cette solution s'est en définitive retournée contre les sala-riés car les syndicats ont trouvé de moins en moins de locataires-gérants prêts à courir le risque d'avoir à supporter les indemnités relatives à des licenciements inéluctables. De plus, "comme eux-mêmes ne s'accommodaient guère d'une continuation d'activité directe qui eût exposé la masse des créanciers aux risques de la poursuite d'exploitation, une entreprise via-ble était alors vouée à la disparition, et les emplois qui auraient pu être sauvés étaient supprimés définitivement" (77).

129 La Cour de cassation a-t-elle été sensible à ces remarques ? Toujours est-il qu'elle est intervenue dans un arrêt remarqué du 31 janvier 1980 (78) pour décider que le syndic ès qualités pouvait, sous certaines résér-

(74) En ce sens, F. Derrida, *Dr soc.* 1978, préc., p.73, n°25.

(75) F. Derrida, note sous *Cass. soc.* 31 janvier 1980, D.1980 400.

(76) J. Mouly, préc., p.735.

(77) F. Derrida, note sous *Cass. soc.* 31 janvier 1980, préc., p.400.

(78) *Cass. soc.* 31 janvier 1980, *Bull. V*, n°97, p.68, D.O. 1980, p.411 note F. Saramito, D.1980 398, note F. Derrida ; et sur renvoi, Lyon 3 dé-cembre 1981, D.1983 I.R. 65, obs. F. Derrida ; dans le même sens, *Soc.* 18 mai 1982, *Bull. civ. V*, n°322, p.237.

ves, procéder à des licenciements et en supporter la charge, lorsque ceux-ci s'intégraient à une politique de réorganisation des services, d'ores et déjà élaborée par le locataire-gérant.

En l'espèce, la Société Lou avait déposé son bilan le 23 juin 1975 et une société d'exploitation Lou (S.E.L.) avait été constituée deux jours plus tard. Le 9 juillet, soit la veille du prononcé de son règlement judiciaire, la Société Lou concluait avec la S.E.L. un accord de location-gérance, et il était convenu dans un acte séparé que le preneur se réservait la possibilité d'indiquer au syndic les salariés qui ne pouvaient être conservés, à charge pour le représentant de la masse de les licencier et de les indemniser. Le 10 juillet 1975 la procédure était ouverte et cet accord homologué par le tribunal qui mettait en avant le fait que 95 % des salariés conservaient leur emploi. Le 15 juillet, les 38 salariés qui se trouvaient sans emploi furent licenciés par le syndic mais, après avoir perçu les indemnités qui leur étaient dues, certains d'entre eux assignèrent les deux sociétés en paiement de diverses sommes et invoquèrent pour cela le transfert automatique des contrats de travail prescrit par l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail.

En première instance, le Conseil des prud'hommes invoqua la jurisprudence antérieure à 1974 et refusa d'appliquer l'article L.122-12 faute d'une collusion frauduleuse démontrée. En appel, au contraire, la Cour de Grenoble (79) ne voulut pas tenir compte de la convention aux motifs que le Tribunal de commerce ne pouvait valider une entente ayant pour but et pour effet de priver les salariés du bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L.122-12. A s'en tenir à la jurisprudence inaugurée par les arrêts du 4 et 31 janvier 1974 (80), il ne fait aucun doute que cette dernière solution était cohérente. Qui plus est, le maintien de principe des contrats de travail avec le locataire-gérant avait été réaffirmé par la Cour de cassation le 6 octobre 1976 (81) dans une affaire similaire ; il s'agissait, là encore, d'une convention approuvée par le tribunal de la procédure et qui stipulait que la location-gérance prendrait effet à comp-

(79) C.A. Grenoble 29 mars 1978, D. 1979 I.R. 293, obs. F. Derrida.

(80) Cf. supra p.163, n°128.

(81) Cass. soc. 6 octobre 1976, Bull. V, n°473, p.389.

ter du jour du licenciement de l'ensemble du personnel de la société admise au règlement judiciaire ; la Chambre sociale avait à l'époque souligné avec fermeté que "par l'effet des dispositions de l'article L.122-12 du Code du travail, destinées à assurer aux salariés la stabilité de leur emploi et qui sont d'ordre public, les contrats de travail unissant les intéressés à la société X... subsistaient entre eux et la société nouvelle Y... notwithstanding toute stipulation contraire".

Dans ces conditions, le fait que la Chambre sociale casse cette décision au motif "qu'il n'était pas contesté que la continuation de l'exploitation en location-gérance n'avait été envisagée que sous condition de congédiement préalable par la société en règlement judiciaire d'une partie du personnel selon un plan de redressement qui avait été arrêté, sans intention de faire fraude à l'article L.122-12, avec l'accord des pouvoirs publics et sous le contrôle du Tribunal de commerce "révèle sinon un revirement de jurisprudence, du moins un assouplissement sensible des solutions antérieures. Il est vrai que cet arrêt avait été précédé d'autres décisions allant dans ce sens, et notamment par celle du 8 juin 1979 qui déclarait que "sauf fraude non alléguée à l'ordre des licenciements, l'article L.122-12 alinéa 2 ne fait pas nécessairement obstacle à ce que, avant même que le changement de chef d'entreprise ne soit devenu effectif, le salarié soit licencié compte tenu de la réorganisation à laquelle le futur exploitant a d'ores et déjà décidé de procéder" (82). Il est encore exact, d'autre part, que cette décision se réfère aux "circonstances dans lesquelles le licenciement avait été prononcé" et que dès lors, il est permis de penser que "la Cour suprême condamne toujours les licenciements systématiques de l'ensemble du personnel indépendamment du sort réservé à chaque salarié dans les nouvelles structures" (83). Pourtant une étape significative est franchie : non seulement ce type de solution est pour la première fois utilisée en matière de faillite, mais encore, et cela est certainement le plus important, il faut bien voir que le plan de redressement auquel fait allusion l'arrêt, fût-il établi avec l'accord des pouvoirs publics et sous le

(82) Cass. soc. 8 juin 1979, D.1980 I.R.44, Bull.V, n°502, p.370 ; dans le même sens, Cass. soc. 18 décembre 1978, D.1979 I.R.367, obs. F. Derrida.

(83) J. Mouly, préc., p.740.

contrôle du Tribunal de commerce, repose bel et bien sur l'intention délibérée d'écartier l'application de l'article L.122-12 alinéa 2 (84). M. Mouly estime cependant, à propos de l'arrêt rendu le 8 juin 1979, que "lorsque sont seulement licenciés les salariés dont le poste est supprimé, il est possible de soutenir que c'est cette disparition de l'emploi qui cause le licenciement et non la seule cession de l'entreprise" (85). Mais le raisonnement est peu convaincant ; il est bien évident que si le licenciement a pour cause la disparition de l'emploi, cette disparition est elle-même engendrée par la cession projetée et par le plan de réorganisation qui s'y greffe.

130

En définitive, cette solution ne peut qu'être approuvée. La réorganisation de l'entreprise, qu'elle intervienne dans le cadre de la location-gérance ou dans celui d'une exploitation directe, nécessite le plus souvent le prononcé de certains licenciements. Or ceux-ci ne peuvent être imputés au cessionnaire, sous peine de continuer à dissuader, comme par le passé, les éventuels locataires et de risquer en définitive la fermeture totale de l'entreprise et la perte de leur emploi pour tous les salariés.

Certains commentateurs estiment cependant que cet arrêt remet en cause des principes acquis depuis longtemps et que, de plus, la solution proposée est, au regard de la législation actuelle, extrêmement discutable. M. Mouly, notamment, soutient que ces licenciements sont contraires à l'article L.122-12 alinéa 2 en ce qu'ils font "supporter par un insolvable la charge des indemnités de rupture" (86). L'auteur reconnaît toutefois que "cette nouvelle position s'explique en réalité par la loi du 27 décembre 1973 qui garantit aux salariés dont l'employeur est en état de cessation des paiements le versement des indemnités de rupture par les ASSEDIC" et qu' "il a pu dès lors paraître inutile de protéger les salariés contre une manoeuvre qui de toute façon ne pouvait plus leur préjudicier" (87). Mais ajoute-t-il, "les créances garanties sont affectées d'un plafond. Que se passera-t-il si les indemnités dues dépassent ce plafond ?" (88).

(84) En ce sens, F. Derrida, note sous Soc. 31 janvier 1980, préc., p.400, n°5.

(85) J. Mouly, préc., p.740.

(86) J. Mouly, préc., p.740.

(87) J. Mouly, préc., p.741.

(88) J. Mouly, préc., p.741.

A ces arguments, il faut répondre immédiatement que l'insolvabilité du cédant ne peut en aucun cas constituer à elle seule un motif valable pour mettre à la charge du cessionnaire les indemnités de rupture. En effet, si ce raisonnement était admis, il s'ensuivrait des distinctions inacceptables ; lorsque le bailleur serait in bonis, il pourrait avec l'accord du tribunal procéder aux licenciements convenus, sans que le locataire-gérant en supporte à aucun moment les conséquences ; par contre, en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire du cédant, le cessionnaire connaîtrait une situation inverse et devrait faire face à l'intégralité de la charge financière attachée à la rupture des contrats. Tout ceci n'est guère logique ; ou bien les contrats de travail sont transférés de plein droit au locataire-gérant, toutes les fois que la résiliation est intervenue dans l'optique de la cession ; ou bien ce principe est écarté, sous certaines réserves, et cela quelle que soit la situation financière du cédant.

Cette seconde solution est, à notre avis, préférable (89). Cela dit, il faut bien admettre que dans la mesure où les ASSEDIC ne prendraient pas en charge la totalité des indemnités de rupture, le salarié risquerait de subir un préjudice du fait de la méconnaissance de l'article L.122-12. Dans ces conditions, il est souhaitable que les réformes à venir, tout en maintenant les solutions actuelles, prévoient de concilier les intérêts en présence, soit en transférant à la collectivité l'intégralité des indemnités de rupture, soit en modifiant l'article L.122-12 de manière à en faire supporter une partie par le salarié lui-même.

§ 3 : Le sort des contrats en cours au moment de la disparition de la location-gérance

131 En cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire du cédant, l'article 28 de la loi du 13 Juillet 1967 prévoit que, lorsque par son fait

(89) En ce sens, J.F. Lusseau, "La poursuite du contrat de travail lors d'une modification dans la personne de l'entreprise", thèse Poitiers 1973, p.185 et s.

le preneur diminue les garanties qu'il avait données, la résiliation du contrat de location-gérance peut être à toute époque prononcée par le tribunal, soit d'office, soit à la demande du syndic ou du procureur de la république, sur le rapport du juge commissaire. Il faut bien reconnaître toutefois que l'hypothèse se présente rarement ; la garantie donnée par le preneur consiste généralement en un cautionnement versé au syndic et il est difficilement concevable que ce preneur puisse y porter atteinte. Ce n'est que si cette garantie résultait d'un nantissement sur un fonds de commerce, ou encore d'une hypothèque sur un immeuble appartenant au locataire-gérant, que cette éventualité pourrait être envisagée (90).

Cet état de fait explique certainement que de nombreux auteurs aient opté pour une interprétation extensive de l'article 28 et l'aient appliquée à d'autres causes de résiliation comme par exemple le non versement des redevances stipulées, l'exploitation insuffisante du fonds, ou encore sa disparition à la suite d'un événement imprévisible. Certes, il s'est trouvé des commentateurs pour soutenir que la procédure instaurée par cet article était exorbitante du droit commun et ne pouvait être utilisée en dehors du cas particulier qu'elle vise (91) ; néanmoins, "il semble que la solution extensive puisse être admise sans forcer exagérément la lettre de la loi" (92) ; en effet, si l'article 28 a prévu la plus grave de ces causes de résiliation, "en vertu de l'esprit et du but de ces réglementations (ici la continuation va se faire dans l'intérêt public) et en vertu du droit commun des obligations, les autres manquements au contrat doivent eux aussi entraîner sa résiliation" (93).

L'annulation ou la résolution ne sont d'ailleurs pas les seules causes de cessation de la location-gérance ; l'expiration du terme, la dénonciation du contrat à durée indéterminée ou même le décès, comptent incontestablement au nombre des événements qui peuvent y mettre fin. En revanche,

(90) En ce sens, M.J. Campana-Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, Faillites, modes de clôture, n°864.

(91) En ce sens, Argenson et Toujas, préc., n°56, p.77.

(92) Ripert et Roblot, t.II, n°3086.

(93) M.J. Campana-Reymond de Gentile, préc. ; dans le même sens, F. Derri-da, "La réforme de la faillite et du règlement judiciaire", n°75.

il ne semble pas que la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du locataire-gérant puissent conduire à ce résultat ; il s'agit effectivement d'un contrat conclu intuitu personae dont il est admis d'ordinaire qu'ils sont résiliés de plein droit en cas de faillite du cocontractant ; mais outre les critiques adressées à l'utilisation de ce critère (94), l'adoption d'une telle solution risquerait d'emporter des conséquences discutables lorsque, et c'est précisément l'hypothèse envisagée, l'exploitation du fonds est à l'origine de la procédure collective. M. Derrida le souligne en effet avec raison, "la continuation de l'activité peut être judiciairement autorisée dans les termes des articles 24 et 25 de la loi du 13 juillet 1967 ; ces textes seraient vidés de leur substance si le règlement judiciaire ou la liquidation des biens entraînait de plein droit la cessation de la location-gérance" (95). C'est bien en ce sens que s'est prononcé un arrêt récent de la Chambre sociale ; il précise sans ambages que "le jugement de liquidation des biens de la société S... (locataire-gérante) n'avait pas eu, à lui seul, pour effet d'entraîner la résiliation de la location-gérance et le retour de l'entreprise au bailleur..." (96).

132

Dans ces conditions, le sort des contrats en cours au jour de la disparition de la location-gérance est en principe étranger à l'hypothèse de la faillite du preneur. Si celle-ci devait intervenir, le syndic du preneur disposerait bien sûr de l'option instaurée par l'article 38 ; mais, dans la mesure où le contrat de location-gérance n'est pas pour autant résolu, cela est sans importance pour le cédant.

En revanche, lorsque ce contrat vient à disparaître pour l'une des raisons précédemment invoquées, le fonds fait retour au cédant. Est-il alors contraint de reprendre les contrats en cours, dispose-t-il au contraire de l'option de l'article 38, ou encore est-il tout simplement dans la situation d'un tiers ordinaire ? Pour répondre à ces questions, il faut, ici encore, opérer dans l'ensemble des contrats en cours une distinction entre les contrats de travail et les autres ; dans la mesure en effet où les pre-

(94) Cf. supra p. 60, n° 46 et s.

(95) F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, Droit Commercial, Location-Gérance, n° 329.

(96) Cass. soc. 25 novembre 1982, Bull. V, n° 648, p. 479.

miers subissent peu ou prou l'empreinte de l'article L.122-12 alinéa 2, ils ne peuvent qu'obéir à un régime exceptionnel.

A) Le droit commun

133

Il est acquis en droit positif (97) que les contrats conclus par le locataire-gérant ne doivent pas, sauf exception (98), s'imposer au bailleur. Cette solution n'a rien de surprenant car elle est le corollaire du principe selon lequel les engagements contractés par le loueur durant l'exploitation du fonds n'obligent pas, en temps normal, le locataire-gérant (99). Il se peut effectivement que les prévisions des cocontractants s'en trouvent bouleversées, mais il ne semble pas pour autant possible de suivre M. Derrida lorsqu'il qualifie cette solution de critiquable (100) ; elle n'est que la conséquence inéluctable de l'application du droit commun des contrats. Qui plus est, elle concerne aussi bien les conventions élaborées durant la période de gérance que celles qui, après avoir été initialement reprises par le syndic, ont été ensuite purement et simplement reconduites par le locataire, avec l'accord du cocontractant. En effet, dans un cas comme dans l'autre, leur présence au jour de la clôture de la location-gérance résulte uniquement de l'accord de volonté des deux parties ; aucun de ces cocontractants, fût-il dans un premier temps concerné par une décision de reprise du syndic, ne peut donc se prévaloir d'un préjudice spécifique. La résiliation leur cause indiscutablement un dommage, mais celui-ci est totalement indépendant de la reprise initiale car, sans l'accord intervenu entre le cocontractant et le locataire-gérant, il n'existerait pas. Par conséquent, la logique la plus élémentaire conduit à appliquer à ces contrats, toutes origines confondues, un régime unique.

(97) En ce sens, F. Derrida, Encyclopédie Dalloz Droit commercial, Location-gérance, n°362.

(98) Cf. infra p.174, n°135 et s.

(99) Cf. supra p.156, n°124.

(100) F. Derrida, préc., n°362.

134

Reste à savoir maintenant si le syndic de la procédure ouverte contre le cédant dispose à propos de ces contrats d'une option et si notamment il peut en exiger la poursuite en invoquant l'article 38. A notre avis, la réponse ne peut être que négative ; il est impossible, pour des raisons d'ordre essentiellement juridique, d'accorder à cet organe des pouvoirs identiques à ceux dont il dispose au jour du jugement déclaratif.

Certes, il peut sembler économiquement judicieux que le syndic, non seulement ne soit pas tributaire des décisions prises par le passé, mais encore puisse tenir compte des modifications apportées au patrimoine du failli par le locataire-gérant. Ceci d'autant plus que, d'un point de vue juridique cette fois, le contenu de l'article 38 paraît dans une certaine mesure s'adapter à la situation envisagée. Il y est prévu en effet que "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie" ; or s'il est précisé que cette faculté n'existe que dans l'hypothèse d'une procédure collective, ce qui exclut par conséquent les contrats résolus avant le jugement déclaratif (101), rien n'interdit formellement, en revanche, d'en user au sujet des conventions intervenues par la suite.

Mais en réalité, ce dernier argument n'est pas convaincant. Il est vrai que la portée de l'article 38 peut se prêter à diverses interprétations et en particulier à celle qui vient d'être avancée. Seulement il est bien entendu que les contrats concernés par cette disposition sont uniquement ceux passés par le débiteur et non ceux qui lient des tiers ; ainsi, comme il ne fait aucun doute que le locataire-gérant soit étranger à la faillite, il s'ensuit inéluctablement que l'ensemble des contrats dont il est le titulaire échappe au mécanisme de l'article 38, et cela indépendamment du point de savoir s'ils sont ou non utiles à la masse des créanciers. Dès lors, si le syndic désire en bénéficier, il devra sacrifier aux exigences des cocontractants, sans pouvoir un seul instant jouir d'un régime dérogatoire.

(101) Cf. infra p. 35, n° 28.

B) Le sort des contrats de travail

135

Durant la location-gérance, le locataire peut, sous les conditions habituelles, procéder à des licenciements (102). Mais la disparition de cette forme d'exploitation ne constitue pas à elle seule un motif réel et sérieux de licenciement (103). Il convient alors de s'interroger sur le sort des salariés et de se demander notamment si, en vertu de l'article L.122-12 alinéa 2, la charge de ces contrats de travail ne pèse pas de nouveau sur le propriétaire du fonds.

136

Dans un premier temps, la Cour de cassation a opté pour l'application systématique de l'article L.122-12 ; elle estimait que l'expiration du contrat de location-gérance ne pouvait avoir pour effet de mettre fin à l'exploitation et que "en tout cas, le propriétaire du fonds, en reprenant alors possession, devait assumer toutes les obligations des contrats de travail en cours" (104). Par suite, elle a admis que "lorsque, après avoir confié pour une durée déterminée à une société son fonds de commerce en location-gérance avec le personnel y attaché, la société propriétaire a été admise au règlement judiciaire et qu'à l'expiration du contrat, n'ayant pas été autorisée à continuer l'exploitation de son industrie, elle a laissé sans emploi le personnel de l'entreprise, les juges du fonds peuvent décider que, faute d'avoir conservé au service de cette entreprise un salarié qui, après avoir été employé par la société propriétaire l'avait été par la société gérante, le syndic audit règlement a pris l'initiative, le jour de la fin de la location-gérance, de rompre le contrat de travail de ce salarié et que la société propriétaire est débitrice envers celui-ci de l'indemnité compensatrice de préavis et de l'indemnité de licenciement" (105) ; et il peut en être "décidé de même en faveur du salarié qui, dans des circonstances de faits identiques, mais embauché par la société gérante sans avoir été auparavant au service de la société propriétaire, demande à celle-ci paiement de l'indemnité compensatrice de préavis" (106).

(102) En ce sens, R. Le Roux-Cocheril, Dr. soc. février 1978, préc., p.97.

(103) En ce sens, R. Le Roux-Cocheril, préc., p.97.

(104) Cass. soc. 18 mars 1975, Bull. V, n°152, p.134.

(105) Cass. soc. 29 octobre 1974, Bull. V, n°507, p.472, 1er arrêt.

(106) Cass. soc. 29 octobre 1974, Bull. V, n°507, p.472, 2ème arrêt.

Cette solution a été vivement critiquée. Certains auteurs ont observé que la situation des salariés licenciés risquait d'être compromise car, à supposer que le débiteur ne soit pas à même de faire face aux indemnités de rupture, l'A.G.S. n'était pas tenue d'avancer les sommes versées, puisqu'il s'agissait en l'occurrence de créances acquises postérieurement au jugement déclaratif (107). D'autres, comme Mme Catala, se sont élevés contre une solution qui leur a paru particulièrement inique "lorsque le locataire-gérant, au lieu d'administrer l'affaire de façon habile, ou en tout cas prudente, l'a véritablement utilisée dans son intérêt propre, et restitue un fonds exsangue et impossible à exploiter" (108). Toutes ces remarques sont justifiées et expliquent que la Cour d'Amiens se soit opposée, au cas de mise en faillite du locataire-gérant, au retour automatique des contrats de travail au propriétaire du fonds, au motif que ledit fonds ne serait plus alors "en bon état d'exploitation" (109). Mais elles ne suffisent pas pour écarter l'application de l'article L.122-12 alinéa 2. Pour parvenir à ce résultat, il est nécessaire, comme l'a très bien compris la jurisprudence récente, de s'appuyer sur l'absence de l'une des conditions d'utilisation de cet article ; plus particulièrement, il convient d'examiner dans chaque cas si "la même entreprise envisagée sous son aspect économique continue sous une autre direction" (110).

137

L'arrêt rendu par la Chambre sociale le 15 janvier 1981 est à cet égard caractéristique. En l'espèce, la société Imprimerie Moderne de l'Oise (IMO) avait été déclarée en règlement judiciaire et le syndic n'ayant pas continué l'exploitation du fonds de commerce que la société tenait en location-gérance, ce contrat avait été dénoncé. L'ensemble des contrats de travail fut alors résilié et il se posa la question de savoir qui, du propriétaire ou du locataire-gérant, devait supporter la charge des indemnités relatives aux licenciements. Pour répondre à cette question, la Cour d'ap-

(107) En ce sens, J. Tilhet-Pretnac, *Dr. soc.* février 1981, p.153.

(108) N. Catala, *Rev. Franç. de compta.*, juillet-août 1981, p.379 ; dans le même sens, J. Nayral de Puybusque, *préc.*, *D.* 1980 322; M. Créhan-ge, *Rev. de Jur. com.* 1978, p.189.

(109) Amiens 9 mars 1978, *J.C.P.* 1979.IV.346.

(110) Cass. soc. 1er mars 1961, *Bull. V*, n°263, p.211.

pel avait relevé que le fonds de commerce avait été restitué dans des conditions ne permettant pas son exploitation normale et elle en avait déduit que la rupture des contrats de travail devait être imputé au locataire-gérant. La Chambre sociale approuve ce raisonnement ; elle souligne "que si, en vertu de l'article L.122-12 du Code du travail, les contrats de travail en cours à l'expiration de la location-gérance continuent avec le propriétaire du fonds de commerce qui reprend, en principe, possession de celui-ci, c'est à la condition que l'entreprise subsiste et que son exploitation soit susceptible d'être poursuivie". Comme "l'arrêt attaqué énonce dans des motifs qui ne sont pas critiqués par le moyen, que la société IMO avait provoqué "la ruine" du fonds dont l'exploitation ne pouvait être poursuivie", il en résulte "que toute activité sociale ayant pris fin avant la résiliation du contrat, et l'entreprise ayant disparu, l'article L.122-12 du Code du travail ne pouvait recevoir application" (111).

De là à en conclure que le critère à mettre en oeuvre était celui de la continuation de l'exploitation par le bailleur, il n'y avait qu'un pas que malheureusement la Chambre sociale ne semble pas vouloir franchir, du moins à s'en tenir à l'arrêt rendu le 2 juillet 1981. En l'occurrence, à l'expiration, le 31 octobre 1976, de la location-gérance qui avait été consentie pour un an à la société Manufacture de Confection d'Aquitaine (MCA), M. Colombet, propriétaire du fonds de commerce, dont le règlement judiciaire avait été prononcé en 1973, avait refusé d'en continuer l'exploitation. Le personnel fut licencié le 8 novembre 1976 par le syndic de la société MCA, en liquidation des biens depuis le 3 novembre précédent, et l'ASSEDIC du Sud-Ouest, qui avait fait l'avance des salaires dont cette société restait débitrice, forma une réclamation contre l'admission des créances d'indemnités de rupture au passif de la société MCA. La Cour d'appel rejeta cette contestation aux motifs que le bailleur avait cessé depuis longtemps d'exploiter son fonds et qu'il était hors d'état d'en maintenir l'activité. La Chambre sociale rétorque au contraire "qu'en vertu des dispositions d'ordre public de l'article L.122-12 du Code du travail, à l'expiration du contrat de location-gérance, le fonds de commerce qui en est l'objet fait,

(111) Cass. soc. 15 janvier 1981, Bull. V, n°33, p.24 ; dans le même sens, Cass. com. 9 janvier 1979, D.1979 I.R. 367, obs. F. Derrida.

de plein droit, retour à son propriétaire avec le personnel qui y est attaché ; qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il ne résultait pas de ses constatations que toute activité eût cessé dès avant l'expiration du bail et qu'à cette date l'entreprise eût disparu, de telle sorte que la rupture des contrats de travail était imputable à Colombet qui, prenant l'initiative de cesser l'exploitation, avait refusé de conserver le personnel passé à son service, ... la Cour d'appel a fait une fausse application du texte susvisé" (112). En d'autres termes, selon la Chambre sociale, ce n'est que si l'activité cesse avant l'expiration de la location-gérance et que l'entreprise a alors disparu, que le locataire-gérant demeure l'employeur des salariés ; en revanche, si la fin de l'exploitation concorde avec celle de la location-gérance, il faut admettre, toujours selon cette jurisprudence, que le propriétaire a recueilli l'entreprise, qu'il a lui-même interrompu l'exploitation et qu'en définitive, il est financièrement responsable des licenciements (113).

138

Cette solution est incontestablement meilleure que celle consistant à mettre systématiquement les contrats de travail à la charge de l'employeur. Cependant, elle est loin d'être satisfaisante, et les critiques sociales et économiques qui avaient été adressées à l'ancienne jurisprudence, peuvent ici encore trouver à s'appliquer. Si véritablement la seule présence d'une activité au jour de la cessation de la location-gérance suffit à rendre le bailleur responsable de la totalité des contrats de travail en cours, il ne fait aucun doute que non seulement la situation des salariés demeurera compromise, mais encore que le propriétaire du fonds risque de n'avoir d'autre issue "que de licencier en versant de très importantes indemnités de rupture" (114).

Or ce résultat n'a rien d'inéluctable ; bien au contraire, il repose sur une interprétation discutable des conditions de mise en oeuvre de l'article L.122-12. Lorsque la Chambre sociale met les contrats de travail à

(112) Cass. soc. 2 juillet 1981, Bull. V, n°634, p.476, D.1981 I.R.485.

(113) En ce sens, F. Derrida, obs. sous Cass. Com. 9 janvier 1979, D.1979 I.R. 367 et obs. sous Cass. Com. 22 juin 1982, D. 1982 488.

(114) J. Nayral de Puybusque, préc., p.322.

la charge du propriétaire, sous prétexte que l'exploitation n'a pas cessé avant la clôture de la location-gérance, elle admet implicitement mais forcément que le nouveau propriétaire du fonds en est automatiquement le nouvel exploitant ; en effet ce n'est que s'il se trouve un nouvel exploitant que cette disposition s'applique. Pourtant cette assimilation est moins évidente qu'il n'y paraît. Pour être considéré comme exploitant, au titre de l'article L.122-12 alinéa 2, il ne suffit pas d'être le propriétaire du fonds ; il faut encore, et c'est selon Mme Catala la condition nécessaire et suffisante du maintien des contrats, qu'une "activité identique similaire ou connexe" (115) se poursuive. La Cour de cassation l'a déclaré maintes fois : "L'article L.122-12 2° du Code du travail, destiné à assurer aux salariés la stabilité de leur emploi, doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle" (116). Par conséquent, ce n'est que si le loueur poursuit l'exploitation qu'il devra être considéré comme le nouvel employeur ; à défaut, les contrats de travail demeureront à la charge du locataire-gérant.

D'aucuns nous rétorqueront certainement que cette condition n'en est pas une car, du moment où l'exploitation se poursuit encore au jour de la clôture de la location-gérance, elle doit être transférée au propriétaire du fonds, quitte pour celui-ci à y mettre fin. Mais ce raisonnement est inacceptable car il confond les conditions et les conséquences de l'utilisation de l'article L.122-12. Il est exact que cet article impose au nouvel exploitant la poursuite des contrats de travail en cours, mais en revanche il ne transforme en aucun cas le propriétaire en nouvel exploitant. Au contraire, ce n'est que si le propriétaire décide de son propre chef la poursuite de l'exploitation que les conditions requises pour l'utilisation de cette disposition dérogatoire seront remplies et que le nouvel exploitant deviendra le nouvel employeur (117).

(115) N. Catala, *L'entreprise*, p.73.

(116) Voyez par ex., Cass. soc. 3 nov. 1976, Bull. V, n°543, p.445.

(117) En ce sens, Grenoble 27 mai 1980, D.1981 I.R. 3, obs. F. Derrida.

CHAPITRE 2

LA QUALIFICATION DE L'ARRIÉRÉ EXISTANT AU JOUR DU JUGEMENT DÉCLARATIF

139

S'il était admis avant 1967 que les contrats en cours pouvaient être poursuivis, aucun texte ne conférait expressément au syndic ou à l'administrateur le droit d'en exiger le maintien, ni a fortiori ne précisait les conditions de cette poursuite (1).

Profitant de cette lacune, les cocontractants du débiteur failli, notamment l'E.D.F., les P.T.T. et les sociétés de leasing, prétendirent subordonner la continuation de leur contrat avec le syndic au règlement intégral des prestations fournies avant le jugement. Cette revendication, qui fut à une époque accueillie par la Cour de cassation, suscita de très vives discussions que la loi de 1967 ne devait pas apaiser, bien au contraire.

En effet, si l'article 38 reconnaît désormais au syndic la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, il assujettit cette possibilité à "la fourniture de la prestation promise à l'autre partie" et ceci sans autre précision. Ce texte incontestablement obscur laisse planer une ambiguïté : que recouvrent ces prestations promises ? Faut-il dissocier prestations à venir et prestations acquises avant le jugement déclaratif et n'imposer au syndic que le paiement préférentiel des premières ou au contraire penser que le législateur, entendant remplir intégralement le cocontractant de ses droits, a voulu octroyer à l'intégralité des prestations un régime privilégié ? (2).

(1) Voyez cependant l'art. 551 du Code de commerce - mais son application se limitait à la vente mobilière -

(2) Cette question ne concerne pas les contrats d'assurance car l'article L. 113-6 du Code des assurances précise en effet que, sauf faculté réciproque de résiliation à exercer dans les trois mois du jugement, le contrat subsiste "au profit de la masse qui devient débitrice directe envers l'assureur du montant des primes à échoir" ; sur la Réglementation particulière du contrat d'assurance, cf. supra p. 111, n° 88 et s.

Il faudra tout d'abord résoudre cette question dans le sens du refus du paiement de l'arriéré, pour envisager ensuite les difficultés qu'entraîne la solution adoptée lorsqu'elle doit être appliquée à certains contrats spéciaux tels que le crédit bail ou les contrats administratifs.

SECTION I : LA JUSTIFICATION DU REFUS DU PAIEMENT PRÉFÉRENTIEL DE L'ARRIÉRÉ

140

Le problème du paiement de l'arriéré est en général abordé par les auteurs sous un angle spécifiquement exégétique, consistant à se demander si l'article 38 doit être interprété par rapport à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle antérieure à 1967, ou si au contraire son analyse est à concilier avec le principe de l'égalité des créanciers que rappelle avec vigueur l'article 13 alinéa 2.

Ce procédé comparatif paraît le seul justifiable car la simple lecture de l'article 38 ne semble pas suffire à préciser l'étendue des obligations qui incombent au syndic.

Cependant cette analyse suppose admise l'existence d'une corrélation nécessaire et suffisante entre la portée de l'article 38 et les obligations du syndic, opinion qui ne fait pas l'unanimité. D'aucuns soutiennent en effet que l'admission ou le rejet du paiement de l'arriéré dépend essentiellement de la qualité que revêt la masse lorsqu'elle reprend un contrat et que l'article 38, même s'il faut lui accorder une signification restrictive vis-à-vis des droits du cocontractant, ne saurait dans tous les cas empêcher ce dernier de se prévaloir d'une situation privilégiée.

En réalité, nous verrons que cette démarche ne peut être retenue ; les distinctions qu'elle engendre sont inadmissibles (§ 1). Si une solution existe au problème de l'arriéré, celle-ci passe par une interprétation unitaire de l'article 38 fondée, soit sur le principe de la force obligatoire des contrats (§ 2), soit, et cela est préférable, sur le principe de l'égalité des créanciers (§ 3).

§ 1 : Le rejet d'un système s'appuyant sur la qualité d'ayant cause de la masse

141

Pour Mme Brunet (3), le paiement de l'arriéré trouve parfois sa justification, non pas dans l'article 38, mais dans la qualité que revêt la masse lorsqu'elle reprend un contrat. Selon cet auteur, "lorsque l'article 38 prévoit que le syndic a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, cela signifie que le syndic a le droit d'imposer au cocontractant du débiteur le maintien du contrat, en exécutant les prestations de ce dernier en échange de celles que fournira le cocontractant. L'article 38 est donc tourné vers l'avenir : les prestations, que le syndic qui continue un contrat du débiteur doit exécuter, ne peuvent qu'être celles à venir" (4).

142

Pourtant, toujours selon Mme Brunet, il existerait une limite à ce principe, lorsque le cocontractant aurait "pris la précaution d'insérer dans le contrat une clause résolutoire en cas de non paiement" (5). Dans ce cas, en effet, puisque la masse devient "l'ayant cause du débiteur lorsqu'elle reprend un contrat" (6), il lui deviendrait alors "impossible d'empêcher le cocontractant de se prévaloir de sa position forte résultant de la clause du contrat" (7).

L'arrêt du 23 juillet 1935, cité à l'appui de cette analyse, est relatif à un contrat de souscription d'actions que le syndic entendait reprendre en renvoyant la société à produire pour la somme restant due. Pour la Cour, tout au contraire, "est licite, même à l'égard de la faillite du souscripteur d'actions, la clause des statuts d'une société stipulant que le contrat intervenu entre la société et le souscripteur sera résolu de plein droit, si celui-ci ne satisfait pas, quand il en sera requis, à l'obliga-

(3) A. Brunet, "Masse des créanciers et créanciers de la masse", thèse Nancy 1973, p.171 et s. ; rapprocher M. Le Galcher-Baron, note sous Cass. com. 22 janvier 1974, G.P.1974, p.447, 2^ocol. ainsi que E.M.B. note sous Grenoble 3 mai 1972, J.C.P. 1973.II.17318.

(4) A. Brunet, préc., p.175, n^o122.

(5) A. Brunet, préc., p.176, n^o123.

(6) A. Brunet, préc., p.173, n^o121 et p.177, n^o123.

(7) A. Brunet, préc., p.177, n^o123 ; dans le même sens, p.176, n^o123.

tion de libérer ses titres... Si sur appel de fond fait par la société, le syndic de la faillite du souscripteur croit devoir conserver le bénéfice du contrat, il doit le prendre pour le compte de la masse et verser intégralement au nom de celle-ci les derniers quarts appelés. Il ne peut prétendre se faire délivrer les actions entièrement libérées moyennant l'admission de la société au passif chirographaire pour ce qui lui est dû de ce chef" (8).

Comme le remarque fort justement M. Derrida (9), si la prétention du syndic était en l'espèce inadmissible, c'est que le non versé ayant été appelé après le jugement déclaratif, il s'agissait d'exécuter une prestation postérieure au jugement et non pas de payer l'arriéré. Rien ne permet donc de soutenir que la position du syndic eût été condamnée si les trois quarts appelés l'avaient été antérieurement au jugement déclaratif. Particulièrement, il nous paraît impossible d'affirmer au seul vu de cette décision, que "la masse ne peut obtenir livraison des actions qu'à la condition de les libérer intégralement, que l'appel du non versé ait eu lieu avant ou après le jugement déclaratif" (10).

Effectivement, si le non versé avait été appelé antérieurement au jugement déclaratif, il y aurait eu transformation d'une créance dans la masse en une fausse créance de masse. Mais cette solution, quoiqu'en dise Mme Brunet, ne découle pas de la qualité d'ayant cause que revêtirait la masse lorsqu'elle reprend un contrat ; elle se justifie uniquement par l'existence en l'espèce d'une clause résolutoire qui, si le non versé avait été appelé avant le jugement déclaratif, aurait empêché le contrat d'être en cours (11). Ceci est tout à fait différent car, dans ces conditions, ce n'est pas la reprise opérée par le syndic qui conditionne le jeu de la clause, mais au contraire la présence d'une clause résolutoire acquise, qui fait obstacle à la possibilité de reprise. L'éventuel paiement de l'arriéré ne peut donc être conçu ici comme la conséquence de la qualité d'ayant cause de la masse puisqu'une telle qualité est subordonnée à l'exercice par le syndic d'une option qui, en l'occurrence, n'existe pas.

(8) Civ. 23 juillet 1935, D.P. 1938 .I.16, note A.C.

(9) F. Derrida, note sous Cass. com. 22 janvier 1974, D.1974 517, note 10.

(10) A. Brunet, préc., p.176, n°123.

(11) Voyez par ex., Aix en Provence 17 déc. 1976, D.1977 I.R. 379.

143

A cet égard, le raisonnement développé par Mme Brunet, et qui s'articule sur l'absence ou la présence de clauses contractuelles n'est pas convaincant. Selon cet auteur, "c'est uniquement dans l'hypothèse où le cocontractant du débiteur a pris la précaution de faire insérer dans le contrat une clause résolutoire (de plein droit) au cas de non paiement qu'il a la possibilité d'exercer sur la masse une sorte de chantage : la continuation du contrat contre le paiement intégral de ses prestations effectuées avant le jugement déclaratif, alors que normalement il est soumis, quant à celles-ci, à la loi du dividende" (12). En effet, précise Mme Brunet, "il suffit de constater en l'espèce que le contrat comporte une clause résolutoire de plein droit au cas de non paiement... et de lui faire produire ses effets. La masse reprend le contrat comme le lui permet l'article 38 : le cocontractant devient un faux créancier de la masse pour les (créances) postérieures au jugement déclaratif et la masse devient l'ayant cause du débiteur. Elle s'expose alors aux effets de la clause résolutoire qu'elle ne peut éviter qu'en payant intégralement les loyers échus avant le prononcé du règlement judiciaire" (13).

Mais ceci revient alors à admettre qu'une clause résolutoire, invoquée postérieurement au jugement déclaratif pour des créances échues antérieurement, puisse contraindre le syndic, sur le seul fondement de la qualité d'ayant cause de la masse, à procéder au paiement de l'arriéré. En effet, à partir du moment où un contrat, fut-il assorti d'une clause résolutoire de plein droit, a fait l'objet d'une reprise dans le cadre de l'article 38, c'est donc qu'il était encore en cours au jour du jugement déclaratif et que la clause résolutoire n'a pas encore été invoquée à ce moment.

Or, d'une part, comment soutenir qu'un article "tourné vers l'avenir" (14) et qui, dès lors, permet dans le cadre d'un contrat à exécution successive de ne payer à titre préférentiel que les prestations postérieures au jugement déclaratif, puisse par ailleurs, parce qu'il rend la masse ayant cause, aboutir au résultat inverse en contraignant le syndic à céder au cocontractant qui menace de se prévaloir d'une clause du contrat ?

(12) A. Brunet, préc., p.176, n°123.

(13) A. Brunet, préc., p.176, n°123.

(14) A. Brunet, préc., p.175, n°122.

Ensuite, outre le fait que ces clauses résolutoires pour non paiement de l'arriéré ne tarderaient pas à devenir des clauses de style, la distinction ainsi opérée entre ces clauses et l'exception d'inexécution ne paraît pas satisfaisante. S'il est vrai que "l'exception non adimpleti contractus est un moyen de défense de bonne foi, offert à quiconque est obligé en vertu d'un rapport synallagmatique sans être tenu d'exécuter le premier et qui consiste à refuser la prestation due, jusqu'à l'accomplissement de la contre prestation incombant à l'autre partie" (15), si ainsi l'exception d'inexécution est de l'essence même du contrat synallagmatique, et s'apparente à une clause sous-entendue, pourquoi la masse ne serait-elle pas tenue d'en supporter les conséquences ? A notre avis, il est impossible de justifier une telle distorsion. Soit l'article 38 est tourné vers l'avenir et, lorsqu'il s'agit d'un contrat comprenant des prestations successives, il exclut le paiement de l'arriéré ; soit, au contraire, il suppose l'exécution intégrale du contrat, toutes créances confondues. Autant d'un point de vue économique que d'un point de vue juridique, il ne peut permettre l'instauration d'un régime hybride.

Enfin, et cela est certainement le plus important, l'affirmation de la qualité d'ayant cause de la masse, ne résout pas la question qui est justement de savoir si l'article 38 n'a pas pour effet de donner à cette qualité un contenu particulier. En effet, dans cette dernière hypothèse, le problème n'est plus d'évaluer la portée de la clause résolutoire acquise sur le mécanisme de la reprise, mais au contraire de définir a priori une interprétation de l'article 38, afin de savoir s'il permet au syndic de résister victorieusement aux prétentions du cocontractant.

Aussi bien, la plupart des partisans du paiement de l'arriéré ne s'y sont pas trompés et, conscients que la justification de leur position passait par une définition préalable de l'article 38, ils ont soutenu que ce texte, en l'absence de distinction expresse, devait s'interpréter à la lumière des solutions consacrées antérieurement.

(15) Cassin, "De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution", thèse Paris, 1914, p.440.

§ 2 : L'article 38 et le principe de la force obligatoire des contrats

144

L'interprétation qui prévalait avant 1967, tant en doctrine qu'en jurisprudence, tendait en définitive à faire prédominer le principe de la force obligatoire des contrats, prévu par l'article 1134 du Code civil, sur celui de l'égalité des créanciers.

Notamment, il était soutenu par les partisans du paiement de l'arriéré qu'il n'y avait aucune raison pour ne pas appliquer aux contrats poursuivis par le syndic, le principe selon lequel, dans un contrat synallagmatique, les prestations de chacune des parties se servent mutuellement de cause, de sorte que, si l'un des cocontractants n'exécute pas la prestation qui lui incombe, l'autre peut s'abstenir d'exécuter la sienne en invoquant l'exception d'inexécution. Quant à l'argument tiré du principe de l'égalité des créanciers, toujours selon ces mêmes auteurs, il ne pourrait trouver à s'employer, puisqu'en permettant d'éviter le jeu de l'exception d'inexécution et la résolution du contrat, le paiement de l'arriéré ne serait pas sans contrepartie (16).

145

Adoptant cette démarche, les partisans (17) d'une interprétation large de l'article 38 se réfèrent fréquemment à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1960 (18).

Une société avait pris en location une quarantaine de machines. Le 16 novembre 1954, elle est mise en règlement judiciaire et dès le 26 novembre le bailleur dénonce le contrat en invoquant une clause résolutoire pour non paiement des loyers dus pour la période antérieure au jugement déclaratif. Le syndic, autorisé par le juge commissaire à continuer l'exploitation, et désireux d'éviter la résiliation d'un contrat dont la poursuite est indispensable à la bonne marche de l'entreprise, passe alors avec le

(16) En ce sens, voyez R. Houin, R.T.D.Co. 1958, p.395, n°16 ; J. Debroise, "Les droits du loueur d'objets mobiliers en cas de faillite du preneur", thèse Rennes, 1967, p.277

(17) E.M.B. note sous Grenoble 3 mai 1972, J.C.P. 1973 17318 ; M. Le Galcher-Baron note sous Cass. com. 22 janvier 1974, G.P. 1974, p.447.

(18) Com. 20 déc. 1960, G.P.1961.I.234, R.T.D.Co.1961, p.163, obs. R.Houin.

bailleur un accord au terme duquel il s'engage à régler l'intégralité des loyers arriérés ; en échange le bailleur considère comme nulle et non avenue sa lettre recommandée du 26 novembre, résiliant le contrat de location.

Comme prévu, le syndic s'acquitte des loyers arriérés et le contrat se poursuit jusqu'au jour où le syndic, désespérant d'aboutir à un concordat, cesse de régler les loyers. La résiliation du contrat est alors acquise d'un commun accord, mais le bailleur ayant exigé de la masse le règlement du solde de la location pour la période courant jusqu'à la date du retour des machines, le syndic s'y refuse en rétorquant que les loyers arriérés ont été indûment payés, qu'ils ne peuvent faire l'objet que d'une production au passif chirographaire et qu'une somme correspondante doit être avant toute chose rapportée à la masse.

Le Tribunal civil de Saint-Marcellin (19), pour refuser d'accueillir les prétentions du liquidateur, relève que la règle de l'égalité des créanciers n'existant que dans l'intérêt de ceux-ci, rien ne s'opposait à ce qu'elle soit écartée pour permettre la poursuite d'un contrat indispensable à la continuation de l'exploitation, dès lors que l'accord passé à cette fin par le syndic ne l'avait pas été en fraude des droits des créanciers.

Pour M. Goré, cette position a ceci de contestable qu'elle valide un acte juridique qui "apparaît en réalité comme un traité particulier interdit sous peine de sanctions pénales, par l'article 597 du Code de commerce" (20). Certes, remarque-t-il, les créanciers peuvent renoncer à la règle de l'égalité, mais encore faut-il que cette renonciation émane d'eux-mêmes et non pas du syndic.

La Cour d'appel de Grenoble (21), s'appuyant sur cette argumentation, infirma le jugement du Tribunal de Saint-Marcellin. M. Houin estime cependant dans son commentaire de cet arrêt que cette décision ne se justifiait pas car les conditions d'un traité particulier n'étaient pas en l'occurrence réunies ; "il y manquait l'élément de mauvaise foi et de clandestini-

(19) Trib. civ. de Saint-Marcellin, 13 novembre 1956, D.1957, note F. Goré, R.T.D.Co. 1957, p.457, obs. R. Houin.

(20) F. Goré, note préc.

(21) Grenoble 6 janvier 1958, R.T.D.Co. 1958, p.395, obs. R. Houin.

té" (22). De surcroît, ajoute cet auteur, il arrive souvent que le cocontractant ne consente à la continuation qu'à la condition de recevoir paiement des sommes qui lui sont déjà dues ; l'engagement de la masse n'est donc pas sans contrepartie ; il permet d'éviter le jeu de l'exception d'inexécution et la résolution du contrat, et se présente de ce fait comme le corollaire indispensable de la possibilité de poursuite accordée au syndic.

Sensible à cette opinion, la Cour de cassation (23) accueille le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel en relevant "que le liquidateur judiciaire... s'est régulièrement engagé à payer les loyers arriérés afférents à la location des machines et qu'ainsi la décision de la Cour d'appel devait être cassée.

Contrairement à ce que suggèrent certains auteurs (24), cette décision prend parti sans ambiguïté pour la théorie du paiement intégral de l'arriéré. Il est vrai que, dans cette hypothèse particulière, "le représentant de la masse, lequel a tout pouvoir pour l'engager, avait décidé de prendre en charge l'arriéré", et que "dès lors il semble bien que la question ne pouvait pas se poser de savoir si oui ou non cet arriéré était dû, puisqu'il y avait une obligation expresse à cet égard" (25). Mais c'est oublier que la Chambre commerciale ne se contente pas de valider l'engagement pris par le syndic ; elle affirme dans un premier attendu, que l'article 6 de la loi du 4 mars 1889 "en permettant au liquidateur assistant le liquidé de continuer, avec l'autorisation du juge commissaire, l'exploitation du commerce, l'autorise par là-même à continuer les contrats conclus antérieurement pour cette exploitation et à prendre en charge toutes les obligations qui en découlent". A notre avis, le paiement de l'arriéré est donc perçu ici comme "une simple modalité de la continuation des contrats" (26).

(22) R. Houin, obs. R.T.D.Co. 1958, p.395.

(23) Cass. com. 20 décembre 1960, préc.

(24) En ce sens, B. Lyonnet, "Autorité du contrat et autorité du jugement déclaratif de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. Incidence sur les clauses résolutoires expresses et sur la continuation du contrat par le syndic", Rev. de Jur. Com. 1973, p.175 et s. ; D. Bouffard, "Des difficultés rencontrées auprès de l'E.D.F.", Rev. des Syndics, 1973, n°1 ; G. Bachasson, "Le crédit-bail et la faillite", thèse Aix en Provence, 1978, p.99, n°110, p.101, n°113.

(25) B. Lyonnet, op. cit.

(26) Voyez obs. R. Houin, préc. ; dans le même sens, M. Hardouin, thèse préc., p.178, n°174.

Quoi de plus tentant alors que d'interpréter les termes obscurs et ambigus de l'article 38 à la lumière de cet acquis jurisprudentiel et théorique. Il y a, somme toute, peu de choses pour séparer "la fourniture de la prestation promise à l'autre partie" de "la prise en charge de toutes les obligations qui découlent du contrat".

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 13 mai 1972 (27), est l'illustration de cette démarche. En vertu d'un contrat de crédit-bail, la société N.O.F.E.G. avait pris en location divers matériels d'équipement appartenant à la société Loca-France. Ce contrat prévoyait, en cas de non paiement, "la résiliation de plein droit de la location après une mise en demeure restée sans effet, la restitution immédiate du matériel loué à la bailleuse, et le versement par le locataire, à titre de peine, d'une somme égale au 4/5 des loyers restant à courir". Déclarée en état de règlement judiciaire, la N.O.F.E.G. fut cependant autorisée à poursuivre son exploitation le 29 décembre 1969 et le syndic manifesta à cette occasion sa volonté de poursuivre le contrat. La société Loca-France, qui avait entre-temps mis en demeure la N.O.F.E.G. et son syndic d'avoir à lui régler cinq termes de loyers échus antérieurement au jugement déclaratif, subordonna cette poursuite au paiement intégral de ses créances. A ceci le syndic répondit que, si les prestations échues postérieurement à l'ouverture de la procédure pouvaient donner lieu à "des loyers afférents à la masse des créanciers", il n'en allait pas de même pour les créances acquises antérieurement ; celles-ci ne pouvaient faire que l'objet d'une proposition d'admission au passif chirographaire.

L'interprétation ainsi faite par le syndic de l'article 38 ne trouva pas grâce devant la Cour d'appel qui décida au contraire que "cet article devait recevoir application dans toutes ses dispositions et suffisait à lui seul à justifier du bien fondé de la demande de Loca-France, qu'aucune restriction n'étant apportée à l'étendue ou à la durée de la prestation, le syndic pour conserver le bénéfice d'un contrat en cours d'exécution devait donc satisfaire à l'ensemble de l'obligation assumée en contrepartie

(27) Grenoble 3 mai 1972, J.C.P. 1973.II.17318, note E.M.B., Rev. des Syndics, n°3, p.173.

par le débiteur" ; et la Cour d'ajouter que, le syndic "ayant à choisir entre deux partis, la continuation du contrat ou sa résolution, il ne saurait opter pour un troisième qui lui permettrait d'échapper à la résolution en ne remplissant qu'une partie de l'engagement pris par le débiteur".

147

A se placer sur le terrain contractuel, la solution paraît évidente et ce n'est pas dans le texte de l'article 38 qu'il faut chercher d'éventuels arguments pour étayer l'opinion inverse. Il est certain que cet article instaure au profit du syndic "des prérogatives très fermes", mais il ne paraît pas possible pour autant d'y trouver des raisons légitimes d'écarter le principe de la force obligatoire des contrats. S'il existe dans la loi de 1967 un régime dérogatoire au droit commun, ce n'est pas là qu'il se trouve. Reste que d'un point de vue économique les conséquences de cette jurisprudence auraient été catastrophiques car, les syndics étant rarement en mesure de payer les loyers arriérés, le principe posé par la Cour d'appel de Grenoble risquait dans la majorité des cas de vouer à l'échec toute tentative de redressement de l'entreprise.

Pour éviter un résultat aussi fâcheux, la majorité de la doctrine s'est alors retournée vers l'article 13 alinéa 2 de la loi de 1967.

§ 3 : L'article 38 et le principe de l'égalité des créanciers

148

L'article 13 alinéa 2 prévoit "qu'aucun créancier dont la créance est antérieure au jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens et même au cas où l'exigibilité de cette créance interviendrait après le jugement, ne peut prétendre avoir une créance sur la masse".

A prendre ce texte au pied de la lettre, il serait donc non seulement possible mais encore nécessaire de distinguer, dans l'exécution d'un contrat, les prestations fournies avant et après le jugement déclaratif, pour ne reconnaître qu'aux dernières la qualité de créance sur la masse.

Ce n'est évidemment pas l'avis des partisans du paiement de l'arriéré. Critiquant vivement cette solution, ils soutiennent en effet, que ce texte

n'a pas pour objet la réaffirmation du principe d'égalité des créanciers et que, même si cela était, ce principe est susceptible d'encourir certaines entorses, notamment lorsqu'il est question de la poursuite d'un contrat en cours. C'est poser, d'une part la question du contenu de cet article, d'autre part celle de sa portée.

149

Pour limiter le contenu de l'article 13 alinéa 2, ses détracteurs invoquent deux types d'arguments.

Le premier est issu des travaux préparatoires qui ont présidé à la naissance de cet article, et consiste à dire que ce texte aurait eu pour seul objet la confirmation de la jurisprudence antérieure intervenue sur le problème de la reconnaissance des droits nés antérieurement au jugement déclaratif mais consacrés par des décisions postérieures (28).

En réalité, l'étude des travaux préparatoires n'apporte guère d'éléments décisifs. Il est exact que ce texte ait été introduit pour confirmer une certaine jurisprudence, mais il est tout aussi pertinent de soutenir que lorsque l'Assemblée nationale a repris et voté le texte, elle a entendu souligner en toute connaissance de cause, le principe de l'égalité des créanciers. Elle ne pouvait en effet ignorer que, lors de la discussion du projet de loi devant le Sénat, le texte de l'article 13 alinéa 2 avait été supprimé à la demande du rapporteur, M. Molle, qui estimait que le partage à opérer entre créances de masse et créances dans la masse était une question de fait et qu'à cet égard il était "certainement préférable de laisser à la jurisprudence le soin de trancher, comme elle l'a fait par le passé, car apporter une règle serait de nature à provoquer de nombreuses injustices" (29).

Au demeurant ce débat semble peu probant, car l'une et l'autre des opinions défendues contiennent une part de vérité. Au surplus, le juge n'est tenu que par les textes eux-mêmes. S'ils ne sont pas clairs, c'est à lui d'en donner l'interprétation qu'il estime souhaitable, sans avoir forcément à tenir compte d'une hypothétique volonté du législateur.

(28) En ce sens, M. Hardouin, préc., p.181, n°178 ; M. Le Galcher-Baron note sous Cass. com. 22 janvier 1974, G.P. 1974, p.446 et les références citées.

(29) J.O. débats Sénat 22 juin 1967, p.797.

C'est justement dans le cadre de l'interprétation de cet article que se situe le deuxième argument invoqué en faveur du paiement de l'arriéré.

Selon M. Le Galcher Baron, si l'article 13 alinéa 2 avait pour objet la consécration du principe de l'égalité, "il faudrait alors admettre que tous les créanciers dont le droit est né antérieurement au jugement déclaratif sont dans la masse et que ceux nés postérieurement sont de la masse" (30), ce qui, remarque-t-il, est faux. Et cet auteur d'invoquer à l'appui de sa démonstration la remarque de Mme Reymond de Gentile selon laquelle "tous les créanciers antérieurs ne sont pas forcément des créanciers dans la masse. Il n'est, pour ne citer que l'exemple le plus topique, que d'évoquer le cas des créanciers munis d'un privilège spécial. A l'inverse tous les créanciers postérieurs ne sont pas forcément créanciers de la masse. Il en est ainsi notamment des créanciers de dommages-intérêts nés à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit commis par le débiteur postérieurement au jugement déclaratif" (31). M. Le Galcher-Baron en déduit alors que l'article 13 alinéa 2, instaurant ainsi un critère chronologique qui est à lui seul insuffisant, "ne saurait dès lors permettre de résoudre le problème des dettes antérieures au prononcé du règlement judiciaire, en cas de continuation des contrats en cours" (32).

Cette critique est totalement injustifiée car l'affirmation qui la soutend est erronée : l'article 13 n'instaure pas comme critère d'appartenance à la masse, celui de l'antériorité de la créance par rapport au jugement déclaratif, pas plus qu'il ne répute créance de masse toutes les créances postérieures.

Pour tenter de le démontrer, nous utiliserons une formule élémentaire de logique qui peut se résumer ainsi : si $A \Rightarrow B$ alors non $B \Rightarrow$ non A . Par contre il est faux d'en déduire que non $A \Rightarrow$ non B ou que $B \Rightarrow A$ (33).

L'analyse de l'article 13 alinéa 2 nous permet de dégager les propositions suivantes :

(30) M. Le Galcher-Baron, note préc., p.447.

(31) M.J. Reymond de Gentile, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, Sirey 1973, p.147, n°219.

(32) M. Le Galcher-Baron, note préc., p.447.

(33) \Rightarrow signifie implique.

- 1) Les propositions relatives aux dates de naissance possible des créances. Par rapport au jugement déclaratif, elles sont soit antérieures, soit au contraire postérieures.

Soit la proposition A : La créance est antérieure.

La proposition non A est alors : La créance est postérieure.

- 2) Les propositions relatives aux qualités possibles des créances. Par rapport à la masse elles sont, soit dans la masse, soit de la masse, soit en dehors de la masse.

Soit la proposition B : La créance n'a pas la qualité de créance de la masse.

La proposition non B est alors : La créance a la qualité de créance de la masse.

La lecture de l'article 13 se ramène alors à la proposition suivante : si une créance est antérieure au jugement déclaratif, elle n'a pas la qualité de créance de la masse ; ce qui s'écrit encore sous la forme abrégée $A \Rightarrow B$. Il est donc permis d'en déduire que $\text{non } B \Rightarrow \text{non } A$, c'est-à-dire que si une créance est une créance de masse, alors elle est postérieure au jugement. Par contre, il est faux d'affirmer que $B \Rightarrow A$, c'est-à-dire que si une créance n'est pas une créance de masse alors c'est une créance antérieure ; de même, il serait erroné de dire que si une créance est postérieure, c'est une créance de masse puisqu'il est impossible de déduire de la proposition initiale que $\text{non } A \Rightarrow \text{non } B$.

Il ressort de ceci que faire dire à l'article 13 alinéa 2 que toute créance postérieure au jugement déclaratif est une créance de masse est en contradiction flagrante avec le texte, tel qu'il vient d'être analysé. Pareillement, cet article ne dit pas qu'une créance antérieure au jugement déclaratif est forcément une créance dans la masse ; il se borne à constater que cette créance n'est pas une créance de la masse. Est-il besoin d'ajouter qu'entre la qualité de créance de masse et celle de créance dans la masse peut se glisser une autre possibilité ?

Ainsi s'effondre la principale critique adressée à cet article. Bien loin d'avoir instauré un critère chronologique qui serait incapable de rendre compte avec nuance des situations très différentes dans lesquelles sont

susceptibles de se trouver les créanciers, il semble plutôt capable d'apporter aux différentes hypothèses envisageables une solution satisfaisante. Rien ne permet donc a priori d'exclure de son champ d'application la question du paiement de l'arriéré.

151

Mais fixer ainsi le domaine de cet article ne suffit pas ; il reste à en définir la portée. En effet, bien que l'article 13 alinéa 2 ait vocation à s'appliquer au paiement de l'arriéré, il n'est pas certain que cette application soit impérative. Notamment, si cet article paraît insister avec vigueur sur le principe de l'égalité des créanciers, il est incontestable que cette dernière notion, n'étant pas d'ordre public, peut être méconnue lorsqu'il en va de l'intérêt de la masse (34). Se repose donc ici la discussion entamée avant 1967 consistant à savoir qui, de la force obligatoire des contrats ou de l'égalité des créanciers, doit l'emporter. A cet égard, l'argumentation exposée en faveur du paiement de l'arriéré nous paraît critiquable.

Pour les partisans du paiement de l'arriéré, tout contrat étant intellectuellement indivisible, ne saurait demeurer partiellement inexécuté sous peine d'être dépourvu de cause. Affirmant ainsi qu'il ne peut y avoir d'exécution que totale, ils font alors de l'exécution intégrale des prestations la condition de la reprise du contrat par le syndic (35). Mais à suivre ce raisonnement, toute inexécution partielle est de même inconcevable et doit se ramener à une inexécution totale. Il faudrait donc admettre un anéantissement rétroactif du contrat ne donnant lieu qu'à des restitutions, parler de résolution et non de résiliation.

La réalité est tout autre. Considérons par exemple un contrat de fourniture de biens mobiliers, échelonné sur une durée déterminée. Supposons que le syndic ne reprenne pas ce contrat. Si réellement il n'était pas susceptible d'une exécution partielle, il devrait être résolu. Ce ne sera pourtant jamais le cas. Invariablement, les parties auront prévu cette inexécu-

(34) En ce sens, R. Houin, R.T.D.Co. 1958 p.396 ; M.J. Reymond de Gentile, op. cit., n°247 et s.

(35) Cf. E.M.B. sous Grenoble 3 mai 1972, préc.
Cf. M. Le Galcher-Baron, préc., p.448.

tion et tiendront compte du nombre d'échéances échues ou à échoir pour déterminer le montant de l'indemnité de résiliation. Qui plus est, lorsque ce contrat aura cessé d'être honoré avant l'ouverture de la faillite, le cocontractant n'hésitera pas à produire. Pourtant, à s'en tenir à l'indivisibilité, il devrait lui être impossible de délimiter avec précision le montant des prestations fournies avant le jugement déclaratif, et si par extraordinaire, il y arrivait, comment ferait-il pour expliquer la corrélation existant entre les prestations et la créance invoquée, puisque son contrat n'a plus de cause ?

Le simple fait que cette question ne se soit jamais posée pratiquement, montre à l'évidence que le schème de relation causale ne doit pas être conçu abstraitement comme reliant globalement deux groupes de prestations, mais doit au contraire être ramené au niveau de l'exécution. Dans la mesure où celle-ci se fait trait pour trait et correspond à un découpage temporel du contrat, il est possible de parler "de naissances successives de créances" qui causeraient parallèlement "une exigibilité successive" (36). A ce niveau, comme l'écrit M. Derrida, "tout contrat synallagmatique engendre des obligations qui, par leur exécution, laquelle se fait trait pour trait, se servent mutuellement de cause" (37). Ceci d'ailleurs explique que le cocontractant puisse invoquer une créance contre le débiteur, alors que le contrat est partiellement inexécuté ; il se réfère à la divisibilité matérielle de ses prestations. Mais alors il faut choisir : le contrat ne peut pas à la fois se concevoir comme intellectuellement indivisible lorsque le syndic entend le poursuivre, tout en demeurant matériellement divisible lorsqu'aucune suite ne lui est donnée.

152

Quant au déséquilibre économique qu'engendrerait la reprise du contrat, sans qu'intervienne le paiement de l'arriéré, il laisse songeur. M. Le Galcher-Baron note à ce propos que le cocontractant qui sera soumis à la loi du dividende subira de ce fait "un préjudice important alors pour-

(36) Houin et Le Gall, R.T.D.Co. 1975, p.378.

(37) F. Derrida, note sous Chambéry 13 octobre 1975, D.1976 28 ; dans le même sens, R. Houin, R.T.D.Co. 1975, p.378.

tant que c'est lui qui permet d'éviter une liquidation de l'entreprise qui est toujours désastreuse" (38). Il ajoute que si ces dettes sont importantes, c'est parce que le cocontractant a accordé des délais de paiement à son débiteur, sans provoquer pour autant une liquidation "qui constitue une décision de politique économique faisant intervenir, outre l'intérêt qui s'attache à la récupération des sommes dues, une appréciation globale des avantages et des inconvénients pour la collectivité du maintien en activité des entreprises concernées" (39).

Il n'y a pas dans tout ceci matière à justifier le paiement de l'arriéré. Le préjudice dont fait état M. Le Galcher-Baron n'est en rien particulier au cocontractant qui poursuit l'exécution de ses prestations ; tous les créanciers du débiteur, que leurs contrats soient ou non repris, sont dans ce cas et subissent pour des raisons diverses un appauvrissement de leur patrimoine. Quant à l'intérêt que trouve l'entreprise à la poursuite du contrat, il est ici en dehors de la question car il ne provoque au détriment du cocontractant aucun déséquilibre spécifique puisque les prestations postérieures au jugement déclaratif seront payées intégralement au titre de fausses créances de masse.

Dès lors, souscrire à la thèse du paiement de l'arriéré, revient à admettre un chantage qu'économiquement rien ne justifie ; il n'y a donc aucune raison pour écarter, en l'occurrence, la règle de l'égalité des créanciers.

153

Ceci admis, il est alors possible de déterminer la portée de la qualité d'ayant cause de la masse qui reprend un contrat, en remarquant que, "lorsque le syndic refuse de faire assumer par la masse les sommes dues pour les prestations antérieures au jugement, il ne se soustrait pas à l'exécution du contrat, il s'y prête mais de la seule façon que la loi permet, c'est-à-dire en demandant au cocontractant de produire dans la masse et éventuellement en le réglant en monnaie de faillite" (40).

(38) M. Le Galcher-Baron, préc., p.448 ; dans le même sens, E.M.B. note sous Grenoble 3 mai 1972, préc.

(39) M.J. Reymond de Gentile, op. cit., p.217.

(40) F. Derrida note sous Cass.com. 22 janvier 1974, D.1974 517, 1ère col.; dans le même sens, Houin et Le Gall, R.T.D.Co. 1975, p.378.

Cette affirmation est en général présentée comme un argument en faveur du rejet du paiement de l'arriéré ; c'est à notre avis une mauvaise façon de procéder qui revient, en confondant la cause avec la conséquence, à supposer acquise l'application de l'article 13 alinéa 2, alors que celle-ci, comme nous l'avons vu, ne s'impose pas forcément. C'est au demeurant risquer de s'attirer la réponse inverse, toute aussi injustifiée d'ailleurs, et consistant à déduire de la qualité d'ayant cause de la masse la nécessité d'un paiement intégral de l'arriéré.

A cet égard, nous ne pouvons qu'approuver l'arrêt par lequel la Cour de cassation a, le 22 janvier 1974 (41), cassé la décision rendue par la Cour d'appel de Grenoble. Visant exclusivement l'article 13 alinéa 2, la Haute juridiction décide en effet que, s'agissant d'un contrat à exécution successive, Loca-France, dont la créance était née antérieurement au jugement de règlement judiciaire, ne pouvait prétendre être créancière de la masse.

154

Pour la majorité des auteurs, cependant, cette décision ne se justifie que dans le cas où l'option du syndic porte sur un contrat dont les prestations sont réellement successives. En d'autres termes, la simple référence à la nature du contrat est insuffisante; il convient d'examiner de plus près la convention et de s'assurer que les prestations qui en découlent ne sont pas en fait indivisibles (42).

Ceci est de bonne logique et ne peut qu'être approuvé. A partir du moment où, pour éviter le paiement de l'arriéré, l'accent est mis sur la

(41) Cass. com. 22 janvier 1974, D.1974 514, note F. Derrida, G.P. 1974.I. 445, note M. Le Galcher-Baron, J.C.P. 1974.II.17865, note E.M.B., Rev. de Jur. Com. 1974 280, Rev. des Syndics 1974 100, R.T.D.Co. 1975, p. 377, obs. Houin et Le Gall ; et sur renvoi, Chambéry 13 oct. 1975, D. 1976 25, note F.D. ; dans le même sens, voyez Com. 23 nov. 1976, Bull. IV, n°297, p.248 ; Com. 21 avril 1977, D.1977 I.R. 298 ; Com. 4 avril 1978, Bull. IV, n°114, p.97 ; C.A. Grenoble 24 novembre 1975 ; C.A. Aix en Provence 17 févr. 1976, D.1976 456, note F.D. ; C.A. Paris 3° Ch. 21 avril 1976, G.P. 1977, p.205, note P. Fanguain ; C.A. Besançon 3 mai 1974, Rev. des Syndics, 1974 336, note R. Plaisant.

(42) En ce sens, F. Derrida, préc. ; Houin et Le Gall, préc.

divisibilité des obligations et non pas sur l'indivisibilité du contrat, il faut donc recourir au même raisonnement, quitte à justifier le paiement de l'arriéré lorsque le contrat, bien qu'étalé sur une certaine période, "ne peut être ainsi découpé en couples de prestations successives, en raison de l'indivisibilité de la prestation du cocontractant" (43).

Ce point acquis, il reste à examiner si tous les types d'indivisibilité doivent être retenus, ou si au contraire le principe d'égalité des créanciers n'impose pas une interprétation restrictive de cette exception. La réponse à cette question nécessite que soient abordés successivement deux points : le premier est de savoir si l'indivisibilité peut ne revêtir qu'un simple caractère conventionnel ; le second consiste à définir la notion d'indivisibilité naturelle.

155

L'indivisibilité conventionnelle est d'ordinaire définie comme une indivisibilité artificielle et purement juridique, selon laquelle "le paiement doit être fait comme si l'obligation était indivisible, bien que l'objet de celle-ci soit à tous égards divisible" (44).

L'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 2 juillet 1924 (45), et dans lequel de nombreux auteurs (46) voient l'amorce de la solution acquise en 1974, n'était pas hostile au jeu d'une indivisibilité purement conventionnelle. La Haute juridiction y précisait en effet, à propos d'une vente de marchandises qui devait être exécutée par livraisons successives, que "le contrat prévoyant des livraisons à dates échelonnées, chaque livraison constituait, en l'absence d'une indivisibilité du contrat voulue par les parties, une vente distincte". Ce n'est pourtant pas la solution retenue en définitive par la Chambre commerciale. Prenant le contre-pied de la jurisprudence évoquée ci-dessus, elle a estimé dans un arrêt du 20 juin 1977 (47) que même si les parties avaient conventionnellement prévu l'indivisibilité des obligations découlant du contrat, une telle clause était inopposable à la masse.

(43) Houin, p.8 et Le Gall, préc., p.378.

(44) J.P. Couturier, J. Class. civ., art. 1217-12, Fasc. 55-57, Indivisibilité, n°35, et les références citées.

(45) Cass. Civ. 2 juillet 1924, S. 1924.II.350 et D.P. 1926.I.95.

(46) F. Derrida, D. 1974, préc., 516, 2° col.

(47) Cass. Com. 20 juin 1977, D.1977 I.R. 457, obs. A.Honorat.

Cette prise de position paraît ne souffrir aucune discussion. Non seulement elle est "le corollaire indispensable" aux décisions rendues depuis 1974, car "si la validité de telles clauses était admise, elles deviendraient bien vite des clauses de style, ce qui ruinerait le principe" (48), mais plus encore, tous les arguments exposés précédemment et qui tendaient à exclure le principe de la force obligatoire des contrats au profit de l'égalité des créanciers, peuvent de nouveau trouver à s'employer ici.

156

Ne reste ainsi en lice que l'indivisibilité naturelle. Parvenue à ce stade de l'analyse, la doctrine, se fondant sur la distinction classique, s'est alors demandée s'il fallait retenir une définition large, englobant l'indivisibilité relative, ou si au contraire il était nécessaire de se cantonner à l'indivisibilité naturelle absolue.

Posée de cette façon, cette question appelle une réponse évidente. A partir du moment où est acquise l'idée que l'indivisibilité n'est susceptible de justifier le paiement de l'arriéré que lorsqu'elle est indépendante de la volonté des parties, seule l'indivisibilité naturelle absolue, reposant sur "la nature des choses" (49) et fondée sur le fait que "l'objet de l'obligation ne peut être matériellement divisé" (50), présente les garanties requises. Lorsqu'en effet l'indivisibilité n'est que relative, cela veut dire que "la chose objet de la prestation, quoique divisible en elle-même, a été envisagée par les parties sous un rapport tel que l'obligation est indivisible" (51). En d'autres termes, il s'agit alors d'une indivisibilité subjective (52), car "l'objet de l'obligation envisagé in abstracto n'est pas nécessairement indivisible, mais il le devient à raison du but que les intéressés ont assigné à l'obligation" (53). Elle doit donc être rejetée, au même titre que l'indivisibilité conventionnelle, car tou-

(48) A. Honorat, préc. ; dans le même sens, F. Derrida, D.1974 517 ; Houin et Le Gall, R.T.D.Co. 1975, p.627, n°12 ; contra, E.M.B., J.C.P. 1974. II.17865.

(49) J.P. Couturier, préc., n°17.

(50) F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, n°11.

(51) J.P. Couturier, préc., n°29.

(52) Sur cette notion, J. Ghestin, Traité de droit civil, Le contrat, p. 758, n°890.

(53) J.P. Couturier, préc., n°29.

tes deux "prennent leur source uniquement dans la convention des parties" (54).

Cependant, aussi logique soit-il, ce raisonnement laisse insatisfait. La distinction dont il procède semble, en effet, incapable de rendre compte des différentes hypothèses en présence ; il n'est pour s'en convaincre que d'en relever certaines applications parfois ambiguës.

157

Cette ambiguïté est particulièrement sensible dans l'analyse de M. Derrida. D'un côté (55) cet auteur cite comme exemple d'une indivisibilité naturelle relative "l'obligation de construire un immeuble, obligation contractée ensemble par les différents entrepreneurs", en expliquant que si "matériellement chacun d'eux pourrait parfaitement ne fournir que les travaux qui lui incombent, ..., l'objet même de l'obligation assumée n'est pas tant cette fourniture que la livraison de la maison terminée". De l'autre, tout en soutenant que le paiement de l'arriéré ne peut concerner que l'indivisibilité naturelle absolue et non celle qui n'est que relative, il admet cependant, lorsque le débiteur a passé un contrat de construction d'immeuble pour un prix global, que la prestation du cocontractant "n'ayant pas été entièrement exécutée au moment du jugement, ne peut que l'être pour le tout, dès lors que le syndic en demande la réalisation ; celle qui doit être fournie en contre-partie doit également être exécutée pour le tout" (56).

Comment justifier une telle contradiction ? Il faut écarter immédiatement toute explication reposant sur le caractère global du second contrat. Comme le dit fort justement M. Derrida lui-même, "ce qu'il faut prendre en considération c'est moins la prestation du débiteur que celle du cocontractant" (57). Que le débiteur ait en l'espèce directement traité avec plusieurs entrepreneurs ou qu'il ait laissé ce soin à un maître d'oeuvre ou à un bureau d'étude, le résultat est identique : d'un point de vue matériel, les diverses prestations qui concourent à l'édification de l'immeuble

(54) F. Derrida, D. 1974 517, 1^o col.

(55) F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, Indivisibilité, n^o16.

(56) F. Derrida, D. 1974 517, 1^o col.

(57) F. Derrida, D. 1974 517, 1^o col.

sont parfaitement divisibles ; la multiplicité des corps de métier qui interviennent dans la réalisation du contrat suffit pour s'en convaincre.

En réalité, si M. Derrida envisage d'une façon si large la notion d'indivisibilité naturelle absolue, quitte à se trouver en contradiction avec lui-même, c'est que ce critère, pris au pied de la lettre, aboutit inéluctablement au rejet du paiement de l'arriéré, résultat inverse de ce pourquoi il a été élaboré.

Lorsque se pose le problème de savoir si le syndic peut être astreint au paiement de l'arriéré, ceci suppose bien évidemment qu'une exécution partielle soit intervenue avant le jugement déclaratif. Or cette éventualité même est incompatible avec la définition de l'indivisibilité naturelle absolue. En effet, cette notion, reposant sur la constatation que "l'objet de l'obligation ne peut être matériellement divisé" (58), exclut par là-même toute exécution partielle, et ne laisse de la sorte subsister en matière contractuelle que deux hypothèses : ou l'exécution intervient avant l'ouverture de la faillite, et dans ce cas l'obligation étant indivisible, cette exécution est forcément intégrale ; ou, au contraire, le cocontractant ne s'est pas acquitté de ses obligations au jour du jugement déclaratif, et il résulte alors du caractère absolu de l'indivisibilité que cette inexécution sera totale. Ainsi, dans aucun de ces deux cas il n'est question d'exécution partielle ni a fortiori de paiement de l'arriéré. La raison en est simple ; la seule constatation d'un tel état de fait impliquerait inmanquablement l'absence d'indivisibilité absolue du contrat ; tout au plus pourrait-on alors, en s'en tenant à la nomenclature classique, parler d'indivisibilité naturelle relative, laquelle exclut tout paiement privilégié de l'arriéré.

C'est pour tenter de briser ce cercle vicieux que M. Derrida adopte une conception extensive de l'indivisibilité naturelle absolue. A notre avis, cependant, ce procédé ne peut être approuvé ; il risque non seulement de justifier le paiement de l'arriéré en cas d'indivisibilité naturelle relative, solution contradictoire au regard des développements précédents, mais encore, faute de critères stricts, il laisse planer la plus large in-

(58) F. Derrida, Encyclopédie Dalloz, préc., n°11.

certitude sur le sort de l'indivisibilité conventionnelle, permettant ainsi à de nombreux cocontractants une remise en cause périodique des solutions acquises. Ce n'est pas en procédant à quelques replâtrages théoriques au fur et à mesure que s'en feront sentir les besoins, que la solution s'en trouvera confortée. Il faut choisir : ou bien ce système est satisfaisant et il faut en accepter les conséquences, ou bien celles-ci ne paraissent pas équitables, mais alors ce sont les fondements même de l'indivisibilité qui sont à remettre en cause.

158

A cet égard, nous ne partageons pas la position consistant à appliquer mécaniquement le critère de l'indivisibilité naturelle absolue. Elle repose toute entière sur le postulat que, sauf indivisibilité naturelle absolue, l'indivisibilité des prestations ne saurait être que subjective, de sorte qu'il ne pourrait être question dans ce dernier cas d'octroyer au cocontractant une situation préférentielle, sous peine de subordonner le paiement privilégié de l'arriéré à la volonté des parties.

Outre le fait que ce raisonnement conduit au rejet systématique de la demande du cocontractant, il suppose pour être utilisable que chacune des prestations, abstraction faite de la volonté des parties, puisse être perçue par le syndic comme un élément indépendant du tout qu'il contribue à constituer, et que les créances échues puissent être évaluées uniquement au vu de la prestation fournie et non par rapport à l'économie globale du contrat. Or ceci n'est pas toujours possible ; dans certains contrats, les prestations, bien que successives, ne peuvent être évaluées isolément. Ce sont justement ceux qui font l'objet de cette étude. C'est assez dire l'inaptitude du critère proposé.

Prenons, par exemple, le cas d'un fabricant qui livre en plusieurs fois une machine dont le prix est déterminé globalement. Supposons encore que le règlement judiciaire ou la liquidation de biens soient prononcés après la première livraison. A s'en tenir au critère établi, si le syndic demande la poursuite de la livraison, le fabricant ne pourra pas subordonner la fourniture de sa prestation au paiement intégral de la machine. En effet, qu'en l'occurrence celle-ci ait été commandée pour un prix global est, tout au plus, la caractéristique d'une indivisibilité conventionnelle,

quant à concevoir l'obligation du cocontractant comme frappée d'une indivisibilité naturelle absolue, le simple fait que les livraisons puissent être successives suffit à l'interdire.

C'est ici que se révèle le caractère impraticable de cette solution. Dans l'exemple précédent, si le tribunal, faisant sien le raisonnement qui vient d'être développé, autorise le syndic à demander la poursuite des livraisons, sans pour autant octroyer aux créances acquises antérieurement une situation préférentielle. Comment ces créances vont-elles alors être évaluées ? La logique du système voudrait que le syndic, passant outre à une indivisibilité qui n'est que relative, puisse effectuer une évaluation ne tenant compte que des pièces détachées fournies, et ceci sans que soit prise en compte la valeur de l'ensemble qu'elles ont vocation à constituer. Pourtant, cette démarche, parfaitement adaptée lorsque l'objet de l'obligation n'est indivisible qu'à raison du but que les intéressés lui ont assigné, ne peut être ici retenue.

Bien loin de se réduire à celle des matières premières qui la composent, la valeur marchande d'une machine repose sur des éléments, tels que l'originalité de sa conception ou l'efficacité du procédé qu'elle met en oeuvre, qui ne sont perceptibles que dans le cadre d'une appréciation globale du contrat. En n'en rendant pas compte, l'analyse décrite précédemment contraint le cocontractant à produire pour une somme dont la perception intégrale ne lui permettra, au mieux, que de désintéresser ses propres fournisseurs.

Cette impasse théorique n'a, à vrai dire, rien de surprenant ; la simplification arbitraire qui consiste à taxer d'indivisibilité naturelle relative tout ce qui ne relève pas de l'indivisibilité naturelle absolue, ne peut qu'aboutir à ce résultat, car elle ne tient pas compte de la spécificité de certains contrats. L'exemple précédent peut être repris pour illustrer ce point ; les livraisons, bien que successives et techniquement distinctes, non seulement relèvent les unes et les autres d'une intention commune, ce qui somme toute est la caractéristique de l'indivisibilité naturelle relative, mais encore ne sont que les éléments détachés d'un ensemble qui est par nature indécomposable, de sorte qu'il faut considérer le tout, pour que se trouve établi l'intérêt de la prestation. S'il ne peut

être question, bien évidemment, dans cette hypothèse d'indivisibilité naturelle absolue, il n'en demeure pas moins que ce type d'indivisibilité ne trouve pas son origine dans l'intention des parties mais présente, au contraire, un caractère essentiellement économique inhérent à la nature même de l'obligation. Cette indivisibilité, qui sans être absolue n'est déjà plus relative, l'analyse classique n'en rend pas compte. Elle est pourtant selon nous la seule qui soit à même de justifier un paiement préférentiel de l'arriéré.

A l'objection consistant à dire qu'est rajouté à la distinction civiliste un élément qui lui est étranger, il convient de rétorquer que celle-ci n'a pas valeur de dogme, que l'indivisibilité ne s'affirme pas mais qu'elle se prouve. Loin d'être un mot qui couvre d'une apparence flatteuse une solution d'opportunité, elle doit donner du réel une représentation exacte, quitte à affiner la distinction existante si cela est nécessaire à la mise en oeuvre de la règle de droit appropriée. A ce propos, il faut avoir pleinement conscience de la disparité des préoccupations du droit civil et du droit de la faillite ; là où le premier recherche les éventuelles affinités qui peuvent exister entre des prestations matériellement distinctes, le second s'ingénie au contraire à découper la substance d'une convention pour justifier l'établissement de régimes juridiques distincts. Il n'y a alors rien de surprenant à ce que l'utilisation d'un système unique aboutisse à des solutions incohérentes.

Fort de cette constatation, pourquoi ne pas utiliser alors les solutions du droit fiscal (59) ? Si en effet les civilistes n'ont guère prêté attention à la complexité des situations contractuelles, le droit fiscal, lui, n'a pas eu le même désintérêt, ceci pour la bonne raison que chaque opération est susceptible d'entraîner la perception d'un droit distinct. La préoccupation qui anime le spécialiste du droit de la faillite est certes différente : il ne s'agit pas du recouvrement d'un droit, mais de la reconnaissance d'un régime juridique spécial. Pourtant le principe reste le même : il n'est plus question de regrouper mais, autant que faire se peut, de diviser.

(59) Sur l'intérêt de cette distinction, voyez J. Boulanger, "Usages et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques", R.T.D. Civ. 1950, p.1 et s. et spécialement n°5.

Dans cette optique, la distinction élaborée par les fiscalistes entre propositions dépendantes et propositions indépendantes, paraît particulièrement riche d'enseignements. Spécialement, le critère servant à les distinguer les unes des autres est parfaitement transposable au problème du paiement de l'arriéré.

Lorsque le droit fiscal, n'accordant qu'une part extrêmement restreinte à la volonté des parties, affirme que pour admettre la perception d'un droit unique, autrement dit l'existence de propositions dépendantes, "il ne suffit pas que les diverses dispositions de l'acte aient été liées entre elles dans l'intention des parties contractantes ; il faut encore que ces dispositions, prises abstractivement, concourent à la formation du contrat principal et en constituent les éléments corrélatifs et nécessaires" (60), il admet l'existence d'une situation intermédiaire qui, s'écartant de la structure classique de l'indivisibilité, doit cependant être reconnue comme telle et faire l'objet d'une étude particulière. Pourquoi n'en serait-il pas de même en matière de paiement de l'arriéré ? Toutes proportions gardées, le problème est le même. Il existe là aussi des prestations qui, bien que ne s'intégrant pas dans le cadre de l'indivisibilité naturelle absolue, peuvent être considérées comme dépendantes, car elles constituent des éléments "corrélatifs et nécessaires" dans l'exécution du contrat.

159

Ce procédé n'apporte pas, effectivement, de changements radicaux dans les solutions retenues, mais il possède l'avantage remarquable de couper court à l'irritant problème de la définition de l'indivisibilité, permettant ainsi d'éliminer certaines ambiguïtés. Ainsi un contrat de construction d'immeuble qui n'a pas encore été intégralement exécuté au moment du jugement, ne peut l'être que pour le tout, dès lors que le syndic en demande la poursuite, cela non pas en raison d'une indivisibilité naturelle absolue qu'il serait manifestement erroné d'invoquer ici, mais parce que les différentes phases de la construction, bien que constituant des prestations successives, sont dépendantes ; aucune ne peut être appréciée sans référence aux autres.

(60) Req. 5 mars 1907, D.P. 1908.I.209, S. 1909.I.46.

SECTION II : LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR L'APPLICATION DE CE SYSTÈME

160 Le refus du paiement de l'arriéré étant établi, toutes les difficultés n'ont pas pour autant disparu. Tout d'abord, il faut se demander ce qu'engendre ce système lorsqu'il est appliqué au contrat de crédit-bail (§ 1). Ensuite, il n'est pas certain que tous les contrats, et notamment les contrats administratifs, relèvent de ce régime (§ 2).

§ 1 : Le problème particulier du crédit-bail

161 Né aux Etats-Unis vers 1950, puis introduit en France à partir de 1962, le leasing a connu très vite une fortune considérable, liée à la nécessité pour les entreprises de pratiquer des investissements importants et rapides, objectif que ne pouvait satisfaire ni l'autofinancement, ni le marché financier, ni même le crédit à moyen terme classique (1).

Schématiquement, cette formule permet en effet à une entreprise de passer avec une société financière spécialisée, un contrat aux termes duquel cette dernière achète en son lieu et place et lui reloue ensuite, un bien d'équipement dont elle a besoin et dont elle a arrêté les caractéristiques avec le vendeur. Ce matériel est directement livré et installé chez l'entreprise utilisatrice et loué par la société de leasing pour une période convenue, variable selon les cas, mais toujours suffisamment longue pour permettre à la société financière d'amortir l'investissement réalisé.

(1) El Mokhtar Bey-Ch.Gavalda, Le crédit bail mobilier, Que Sais-je, n°1908 ; Cl. Champaud, "Le leasing", J.C.P. 1966.I.2021, 17 nov. 1965 ; D. Crémieux-Israël, Leasing et crédit-bail mobilier, Dalloz 1975 ; El Mokhtar Bey, De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobilier, Dalloz 1970 ; Prompt et Reboul, "Le leasing et le crédit-bail", Rev. de Jur. Com. 1967 395 ; Penformis et Guyenot, "Régime juridique et pratique du crédit-bail", Les Petites Affiches 1979, n°99 ; B. Mera, "Le leasing", R.T.D.Co. 1966, p.49 ; E. Massin, "Le leasing dénommé crédit-bail", Rev. de Jur. Com. 1972, p.38 ; Ch. Gavalda, "Le crédit-bail mobilier", J. Class. Banque et Bourse, Fasc. 58 E1 E2 ; J.P. Calon, "De la location des biens d'équipement ou leasing", D. 1964, chron.97 ; F. Caporale, "Litiges et difficultés pratiques soulevés par le crédit-bail", thèse Bordeaux 1974, spécialement p.219.

Soucieux d'encourager ce procédé, mais aussi d'en surveiller l'expansion, le législateur a entendu soumettre les sociétés qui le pratiquaient à la surveillance du Conseil National du Crédit et à la Commission de Contrôle des Banques. Pour ce faire, il a, par la loi du 2 juillet 1966 modifiée et complétée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, francisé la dénomination de l'institution en "crédit-bail" et défini les activités qui en relevaient comme étant "les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage, achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu, tenant compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyers". En outre, et c'est une condition impérative, suivant l'article 2 de la même loi, le bailleur doit avoir la qualité d'établissement financier ou de banque sous peine d'être en infraction avec la loi du 13 juin 1941.

Stricto sensu, le crédit bail se présente donc comme un démembrement du leasing dont il se distingue néanmoins par une double condition de fond et de forme. Ainsi sera leasing et non crédit-bail, toute location remplissant les conditions de fond de la loi du 2 juillet 1966, mais dans laquelle le bailleur n'aura pas la qualité de banque ou d'établissement financier ; de même, si l'opération porte sur un matériel qui n'est pas un bien d'équipement professionnel mais un bien de consommation tel qu'une voiture de tourisme ou un bateau de plaisance, ce sera incontestablement du leasing et non pas du crédit-bail. Ceci étant, le leasing et le crédit-bail, de par leur technique financière et juridique, restent étroitement apparentés, de sorte que dans les développements qui vont suivre, les analyses et les opinions qui seront présentées concerneront aussi bien l'un que l'autre.

162

La difficulté que présente le crédit-bail lato sensu au regard des solutions préconisées en matière de paiement de l'arriéré, provient de sa finalité essentiellement financière, qui se traduit par un ensemble juridique complexe dont la nature, et par voie de conséquence le régime, présentent de nombreuses obscurités.

Juridiquement, en l'absence d'un statut spécifique correspondant à sa nature de contrat financier, le crédit-bail se présente comme la résultante de deux conventions, un louage de meubles d'une part, une promesse unilatérale de vente d'autre part, avec cette particularité que le montant de chaque loyer intègre, en plus de la contrepartie de la jouissance du matériel, une somme correspondant à l'amortissement du capital investi, et que le prix convenu pour lever l'option d'achat, c'est-à-dire la valeur contractuelle du bien, doit tenir compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer. Il en ressort que, puisqu'il existe en fin de contrat une valeur résiduelle, le leasing ne peut être confondu avec une vente à crédit, car dans cette dernière opération la propriété du bien est acquise sans versement supplémentaire à l'échéance ; par ailleurs, cette valeur de rachat étant inférieure à la valeur vénale résiduelle, il est tout aussi impossible d'assimiler ce contrat à une location assortie d'une promesse de vente.

Economiquement, cette interdépendance entre la valeur locative et la valeur résiduelle du bien s'explique par le fait que le leasing, bien que recourant à plusieurs techniques contractuelles, correspond concrètement à une opération de financement unique, se traduisant pour le bailleur en une "location amortissement" et pour le locataire en une "location investissement" (2). De là l'importance de la durée du contrat et du paiement intégral des loyers dans l'économie globale du crédit-bail. De là aussi le fait que "les prestations et contreprestations successives y définies ne puissent s'apprécier économiquement (durée d'utilisation), financièrement (rentabilité de l'opération), et fiscalement (durée d'amortissement), que sur une durée irrévocable" (3). De là enfin l'affirmation que le bail "n'étant que le support d'une opération de crédit reposant sur un calcul d'amortissement" (4), l'obligation du locataire serait "nécessairement et intellectuellement indivisible" (5), de sorte que le syndic qui reprendrait un de ces contrats, sans pour autant acquitter l'intégralité des loyers

(2) E. Massin, préc.

(3) E.M. Bey, "Les aspects juridiques de la convention de crédit-bail mobilier", J.C.P. 1969, éd. C.I. n°86634 spécialement n°49 et s.

(4) E. Alfandari, note sous Cass. com. 14 avril 1972, J.C.P. 1972 17269.

(5) E.M.B. note sous Cass. com. 22 mai 1970, J.C.P. 1970 16481.

arriérés, enrichirait indûment la masse et dénaturerait ainsi fondamentalement la convention en portant atteinte à son unicité économique.

163

Cette argumentation n'a pas trouvé grâce devant la Cour de cassation. Suivant en cela de nombreux auteurs, elle a le 22 janvier 1974 (6) cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble en énonçant que le contrat de crédit bail étant avant tout "un contrat à exécution successive, Loca-France dont la créance était née antérieurement au jugement de règlement judiciaire, ne pouvait prétendre être créancière de la masse".

Autant cette décision souligne avec justesse la prédominance de principe de l'égalité des créanciers sur l'institution contractuelle (7), autant la solution qu'elle apporte au crédit-bail laisse insatisfait. En ne mentionnant comme élément remarquable que le caractère successif du contrat de crédit-bail, la Haute cour en dit trop ou trop peu. Trop s'il faut comprendre que le caractère successif de l'exécution suffit à lui seul à exclure tout paiement préférentiel de l'arriéré, sans qu'il soit nécessaire de s'enquérir du caractère divisible ou non des prestations ; trop peu, et c'est l'éventualité la plus probable, si cette dernière question ayant été envisagée, il y a été répondu par la négative. Car, non seulement cette solution ne va pas de soi, dès lors qu'est écarté le critère de l'indivisibilité naturelle absolue, mais surtout, faute de connaître les éléments d'appréciation retenus, il est impossible de savoir si le non paiement de l'arriéré ne concerne que la reprise des prestations en cours, c'est-à-dire les locations successives, ou si au contraire il faut l'entendre comme s'appliquant à l'ensemble du crédit-bail, option d'achat incluse.

Cette dernière alternative n'est, il est vrai, jamais envisagée par la doctrine qui, tantôt en s'en félicitant, tantôt en le déplorant, voit dans cet arrêt et dans ceux qui ont suivi, la possibilité reconnue au syndic de payer "la valeur résiduelle prévue dans la promesse de vente contenue dans le contrat pour rendre le débiteur propriétaire des objets dont la fabrication ou l'achat a été financé" (8) tout "en n'excluant pas moins

(6) Cass. com. 22 janvier 1974, D. 1974 514, préc.

(7) Cf. supra p. 189, n° 148 et s.

(8) F. Derrida, note sous Cass. com. 22 janvier 1974, préc., p. 517, note 15.

des dettes de masse les prestations fournies avant le jugement" (9). A notre avis, cependant, cette interprétation maximaliste de l'arrêt de 1974 présente l'inconvénient majeur de simplifier la question du paiement de l'arriéré en ne laissant d'autre choix aux commentateurs que celui d'une approbation sans réserve ou d'une critique systématique. Un rapprochement des thèses en présence est pourtant possible. De surcroît, il est indispensable, car il existe dans chacune d'elles des considérations pertinentes qui, faute d'être conciliées, retardent d'autant l'élaboration d'une solution cohérente.

164

La critique principale apportée à l'arrêt de 1974 consiste à remarquer "qu'au plan pratique, exiger en vertu de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967, la continuation du contrat en cours sans satisfaire à l'ensemble de l'obligation, c'est permettre à la masse de lever un jour l'option d'achat sans payer en contrepartie les loyers arriérés" (10). Or "la valeur résiduelle étant obligatoirement déterminée par rapport aux sommes encaissées par le bailleur, le défaut de paiement des loyers arriérés échus avant le jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens entraîne au profit de la masse ayant cause du débiteur, mais au détriment d'un de ses membres, un enrichissement immoral" (11), consistant "à lui faire acquérir une partie de la chose sans en payer le prix" (12).

Pour M. Bachasson (13), cette argumentation n'apporte "aucun souffle nouveau". Et d'énoncer à l'appui de son opinion les trois remarques suivantes : "En premier lieu, il n'est pas sans intérêt de rappeler que cette situation est celle de nombreux fournisseurs de l'entreprise défaillante qui ont livré sans recevoir en contrepartie le prix correspondant. La loi, et plus précisément les articles 40 et suivants de la loi du 13 juillet 1967, renvoient ces créanciers à produire leurs titres. Le crédit-bail, en second lieu, ne doit pas être assimilé à un contrat de vente. La vente

(9) F. Derrida, préc., p.517.

(10) D. Crémieux-Israël, préc., p.132.

(11) E.M.B. note sous Cass. com. 20 juin 1977, J.C.P. 1979, n°19117.

(12) D. Crémieux-Israël, préc., p.132.

(13) G. Bachasson, "Le crédit-bail mobilier au cas de R.J. ou de L.B. du locataire", thèse Aix en Provence, 1978.

constitue en effet une hypothèse finale au sein de l'opération de crédit-bail, dont la base essentielle est le contrat de louage. Il n'est donc pas sérieux de considérer que les loyers arriérés constituent un achat partiel de la chose, alors que l'option d'achat prévue en fin de contrat de crédit-bail n'est qu'une éventualité. Enfin, il est généralement admis que l'enrichissement doit résulter d'un acte postérieur à la naissance de la masse, c'est-à-dire postérieur au jugement de liquidation des biens ou de règlement judiciaire : l'enrichissement du débiteur à raison d'un acte antérieur au jugement ne peut donner naissance qu'à une créance dans la masse. On pourrait éventuellement soutenir qu'à défaut d'enrichissement injuste de la masse, c'est le patrimoine du débiteur qui se trouve enrichi par l'utilisation d'un matériel donné en location. Mais cet enrichissement est général. Tous les créanciers qui produisent à la liquidation des biens ou au règlement judiciaire du débiteur ont fourni, livré, assuré une prestation sans recevoir un paiement en contrepartie. Il n'y a rien là qu'une situation tout à fait normale" (14).

Si ce passage de la thèse de M. Bachasson est cité in extenso, c'est qu'il présente le double intérêt d'être, à notre connaissance, la seule tentative explicite de réponse à la critique présentée par MM. Crémieux-Israël et E.M.B. et que surtout, son cheminement est particulièrement caractéristique du dialogue de sourds qui s'est instauré entre les uns et les autres.

Un examen même sommaire des arguments présentés montrera qu'à chaque réflexion provoquée par la levée d'option prévue dans le crédit-bail, il est opposé une motivation exclusivement fondée sur l'aspect locatif de ce même contrat, et ceci sans que la prédominance de l'un de ces aspects sur l'autre ait été démontrée auparavant.

Tout d'abord, et c'est l'argument essentiel bien que présenté en second, M. Bachasson insiste sur le fait que le contrat de louage est le fondement du leasing, alors que l'option d'achat n'est qu'une éventualité. Ceci est, d'un point de vue général, parfaitement exact mais ne répond ab-

(14) G. Bachasson, préc. p.113 et 114.

solument pas à la question qui est justement de savoir ce qu'il advient de l'arriéré lorsque l'aspect locatif étant terminé, le crédit-bail se réduit à une levée d'option. C'est en d'autres termes refuser d'aborder le problème, sous prétexte qu'il risque de ne pas se poser. Quant à la première et à la troisième justifications, elles ne sont que la conséquence de cette façon de procéder. Lorsque M. Bachasson exclut l'existence d'un enrichissement postérieur, lorsqu'il en déduit que le crédit-bailleur n'a d'autre solution que de produire sa créance, il refuse délibérément d'envisager les répercussions du non paiement des loyers arriérés sur le calcul de la valeur résiduelle, pour ne considérer que l'exécution de la location antérieure au jugement déclaratif. Ce faisant, il feint d'ignorer que "jusqu'à la levée d'option par le bénéficiaire, il n'y a pas vente. Il existe simplement un engagement personnel à la charge du promettant qui reste propriétaire du bien en cause" ; ce n'est qu'à la levée de l'option que "la vente est conclue" et que "la propriété du bien change de main" (15).

Ceci est pourtant d'une extrême importance, car si enrichissement de la masse et appauvrissement du cocontractant il y a, ceux-ci résultent indiscutablement de la vente ; ils ont donc une origine postérieure au jugement déclaratif et découlent exclusivement de la prise de position du syndic. Il ne s'agit pas d'affirmer ici qu'il est nécessaire de procéder systématiquement au paiement de l'arriéré au prétexte que "le versement d'une partie seulement de la somme convenue entrainerait un déséquilibre total du contrat conclu" (16) ; il s'agit seulement de constater que lorsque l'arriéré n'est pas payé, à titre préférentiel, la levée d'option d'achat entraîne un préjudice distinct de celui qui apparaît lors de la seule poursuite du contrat de location.

165

Un exemple simple suffira à le prouver. Supposons un contrat de crédit-bail dont les caractéristiques sont les suivantes : le bien d'équipement concerné a une valeur d'achat V_a , il sera évalué en fin de contrat pour une valeur V_n . En outre, il est prévu le versement de mensualités d'un

(15) B. Gross, Le droit de la vente, Que Sais-je, n°1715, p.27.

(16) F. Derrida, D. 1974 517, préc.

montant L pendant une période irrévocable de n mois. Enfin il est mentionné une option d'achat pour une valeur résiduelle V_r , tel que $V_r = V_n - p(L_1 + L_2 + \dots + L_n)$ avec p étant un coefficient fixé dans le contrat, de valeur strictement comprise entre 0 et 1.

La faillite du locataire intervient alors que d'une part, un nombre x de mensualités n'avaient pas été payées et que d'autre part, il reste encore y mensualités à respecter. Quant au taux du dividende de la faillite, il est de d.

Au jour du jugement déclaratif, le préjudice subi par la société de leasing est égal à la partie de mensualités qui demeurera impayée après la distribution des dividendes ; appelons-le P_1 .

$$P_1 = L_{n-y-x+1} + \dots + L_{n-y-1} + L_{n-y} - d (L_{n-y-x+1} + \dots + L_{n-y-1} + L_{n-y})$$

$$P_1 = (1 - d)(L_{n-y-x+1} + \dots + L_{n-y-1} + L_{n-y})$$

Si le syndic décide la poursuite de l'aspect locatif du contrat mais qu'il ne lève pas pour autant l'option d'achat à la fin de l'opération, ce préjudice (P_1) ne variera pas car les mensualités postérieures au jugement déclaratif seront en tant que fausses créances de masse, intégralement payées. Si par contre, il opte pour la levée de l'option d'achat et acquiert le bien pour la valeur financière résiduelle prévue au contrat, il est facile de prouver que cette acquisition finale crée par elle-même un préjudice spécifique au détriment du crédit-bailleur.

Soit P_2 ce préjudice ; s'il existe, il ne peut qu'être égal à la différence entre la valeur résiduelle prévue au contrat (V_r) et la valeur financière résiduelle effective (V'_r), ce qui se formule comme suit : $P_2 = V'_r - V_r$. Sachant que :

$$V'_r = V_n - P \left[L_1 + L_2 + \dots + L_{n-y-x} + d (L_{n-y-x+1} + \dots + L_{n-y-1} + L_{n-y}) + L_{n-y+1} + L_{n-y+2} + \dots + L_n \right]$$

$$\text{et que : } V_r = V_n - p (L_1 + L_2 + \dots + L_n)$$

alors :

$$V_r' - V_r = V_n - p \left[L_1 + L_2 + \dots + L_{n-y-x} + d (L_{n-y-x+1} + \dots + L_{n-y-1} + L_{n-y}) \right. \\ \left. + L_{n-y+1} + L_{n-y+2} + \dots + L_n \right] - \left[V_n - p (L_1 + L_2 + \dots + L_n) \right]$$

$$V_r' - V_r = V_n - pL_1 - pL_2 - \dots - pL_{n-y-x} - pdL_{n-y-x+1} - \dots - pdL_{n-y-1} - \\ pdL_{n-y} - pL_{n-y+1} - pL_{n-y+2} - \dots - pL_n - V_n + pL_1 + pL_2 + \dots + pL_n$$

$$V_r' - V_r = pL_{n-y-x+1} + \dots + pL_{n-y-1} + pL_{n-y} - pdL_{n-y-x+1} - \dots - pdL_{n-y-1} - pdL_{n-y}$$

$$V_r' - V_r = p (L_{n-y-x+1} + \dots + L_{n-y-1} + L_{n-y})(1 - d)$$

$$V_r' - V_r = p P_1$$

$$P_2 = p P_1$$

Puisque p est de par la volonté de la loi elle-même, compris entre 0 et 1, il ressort de cette démonstration qu'il existe bien une augmentation du préjudice subi par le bailleur et que, résultant uniquement de la levée d'option d'achat, elle est nécessairement acquise après le jugement déclaratif. Dans la mesure où cet appauvrissement particulier du cocontractant engendre un enrichissement corrélatif de la masse, via le patrimoine du débiteur, il n'y a alors aucune raison pour qu'il reste sans contrepartie.

Cependant, et c'est là qu'il devient impossible de suivre MM. E.M.B. et Crémieux-Israël, cela n'implique pas qu'il soit nécessaire de procéder de façon systématique au paiement intégral de l'arriéré. D'abord, cet accroissement du préjudice suppose une levée de l'option d'achat, ce qui n'est

pas forcément le cas et qui de toute façon ne peut être décidé au jour de la reprise par le syndic. Ensuite, il résulte clairement de l'égalité $P_2 = p P_1$ que, sauf à supposer $p = 1$ ce qui ne peut être admis car l'opération se ramènerait alors à une vente à crédit, le préjudice spécifique qui résulte de l'exécution de la vente est inférieur au montant des loyers qui demeurera finalement impayé. Par conséquent, si ces auteurs ont le mérite d'insister sur le caractère inéquitable d'une levée d'option qui ne tiendrait pas compte des loyers effectivement perçus par le crédit-bailleur, ils ont le tort de s'autoriser de cette seule constatation pour prôner avant toute reprise du contrat un paiement total de l'arriéré.

En raisonnant ainsi, non seulement ils procèdent à une double extrapolation erronée, concernant l'une les conditions du paiement, l'autre son montant, ce qui réduit notablement les chances de voir reconnue l'exactitude de leur remarque initiale, mais encore, ils sont obligés d'opter pour l'indivisibilité du crédit-bail. Or celle-ci se heurte à de nombreuses critiques que les détracteurs du paiement de l'arriéré ne se sont pas fait faute de développer, quitte à tomber dans l'excès inverse en niant, comme le fait M. Bachasson, que le crédit-bailleur qui exécute sa promesse de vente puisse subir de ce fait une aggravation de son préjudice postérieurement au jugement déclaratif.

167

L'analyse que les partisans du paiement de l'arriéré proposent en matière d'indivisibilité a ceci de particulier qu'elle s'appuie, non pas sur l'étude du caractère des prestations fournies avant et après le jugement déclaratif, mais sur une appréciation globale du contrat de crédit-bail. La raison en est d'ailleurs fort simple : il s'agit, dans l'esprit de ces auteurs, d'éviter l'aspect divisible des prestations locatives en les présentant comme un préalable nécessaire à la réalisation de la promesse de vente. Mais ce faisant, ils commettent une double erreur. La première, sur laquelle il est inutile d'insister à nouveau, réside dans le fait qu'en raisonnant ainsi, ils se prévalent d'un préjudice qui, à supposer qu'il existe un jour, ne pourra qu'être inférieur à la somme qu'ils réclament. La seconde, qui mérite par contre que l'on s'y attarde, est de confondre complexité et indivisibilité.

Le raisonnement auquel recourt M. E.M.B. est à cet égard particulièrement révélateur. Cet auteur commence par noter qu'il "est sans conteste que les conventions de leasing et de crédit-bail constituent une somme juridique complexe de plusieurs contrats, nécessairement interdépendants, exprimant une symbiose économique résultant de l'existence de besoins ou stimulés obligatoirement complémentaires et dont la satisfaction se produit progressivement avec l'exécution successive des prestations réciproques" (17). Puis glissant insensiblement de l'environnement économique du cadre contractuel à l'aspect juridique de son contenu, il soutient que "chaque obligation, dans son moment, dans ses effets, se projette économiquement et juridiquement sur l'obligation suivante qui en conditionne l'existence et l'exécution. Il y a ainsi action et interaction des obligations et des prestations" (18), de sorte qu' "en considérant la finalité recherchée et la logique du système", il est possible d'affirmer que ces obligations "sont nécessairement intellectuellement indivisibles" (19). A ceci s'ajoute, toujours selon M. E.M.B., le fait "que dans cette activité le bail et la promesse de vente sont de par la volonté de la loi indissolublement liés"(20), et "qu'il en résulte qu'il peut parfaitement être soutenu, au risque de subir les foudres de l'orthodoxie, que l'obligation principale dans les conventions de crédit-bail et de leasing, et non dans tel ou tel contrat sous-jacent, (mandat, louage, vente), stricto sensu est indivisible par son objet en conformité de l'article 1217" (21).

Pour que cette argumentation soit convaincante, il faudrait qu'elle présente une justification à l'assimilation qu'elle opère entre complexité et indivisibilité. Tout bien considéré, en effet, quelle que soit la subtilité de la démonstration, elle repose tout entière sur le postulat qu'il existe entre le contrat de location et le contrat de vente une indivisibilité qui s'étendrait ensuite, mais seulement ensuite, aux diverses prestations qui les composent. Or ceci est faux ; le contrat de louage et le contrat de vente sont bien sûr d'un point de vue économique étroitement liés,

(17) E.M.B. note sous Cass. com. 22 mars 1970, J.C.P. 1970 16481.

(18) E.M.B., préc.

(19) E.M.B., préc.

(20) E.M.B., J.C.P. 1979 19117, préc.

(21) E.M.B., J.C.P. 1976 16481, préc.

et il est vrai que ce lien trouve une traduction juridique ; il n'en demeure pas moins que ces deux contrats sont juridiquement autonomes (22). Il suffit pour s'en persuader de constater que non seulement l'exécution de la location intervient à une période où il ne peut être question de la réalisation de la vente, mais encore que si ultérieurement le syndic ne donne pas suite à la promesse de vente, il ne viendra à l'idée de personne de soutenir que le contrat de crédit-bail doit être résolu ; ce devrait être pourtant la conséquence inéluctable de l'indivisibilité. Ainsi manifestement, comme le note judicieusement M. Alfandari, "l'option d'acquisition, si elle ajoute au caractère complexe de l'opération, n'est pas l'élément qui créerait l'indivisibilité" (23).

168

Reste alors à se demander si "celle-ci ne serait pas plutôt attachée à la conjonction du bail et à la nécessité d'amortir en totalité le bien loué" (24). Pour M. Boccara, il ne saurait en être question. Selon lui, en effet, un contrat ne peut être déclaré indivisible "que dans le seul cas où il s'agit d'un contrat à exécution instantanée dans lequel le débiteur s'acquitte de l'intégralité de sa prestation au moyen d'une prestation unique, par opposition aux contrats à exécution successive, dans lesquels l'une des parties est astreinte à des prestations répétées, ce qui est le cas dans le louage de choses ou dans cette variété de contrat de louage que constitue la convention de crédit-bail. Le fait que les différentes stipulations et au premier chef celles concernant la durée d'exécution, soient étroitement liées, le fait même que la convention ne trouve son équilibre véritable, juridique et financier, que dans une exécution totale revêt sans doute une grande importance, ..., mais reste insuffisant pour nier l'exécution partielle" (25). Cette motivation ne nous retiendra pas car elle repose sur un principe erroné que nous avons déjà longuement dé-

(22) En ce sens, Ph. Asselin et A. Balaton, "Détermination de la valeur de cession d'un contrat de crédit-bail", G.P. 1979, p.174, 2^ocol. ; G. Cornu, R.T.D. Civ., 1971, p.168 et 169.

(23) E. Alfandari note sous Cass. com. 14 avril 1972, J.C.P. 1972 17269.

(24) E. Alfandari, préc.

(25) B. Boccara note sous Grenoble 12 mai 1969, J.C.P. 1970 16155 ; dans le même sens, F. Caporale, préc., p.342 et s.

noncé (26). Sauf à se cantonner à l'indivisibilité naturelle absolue, hypothèse déjà rejetée puisqu'inconciliable avec la problématique du paiement de l'arriéré, il se peut fort bien que des prestations contractuelles, bien qu'échelonnées sur une certaine période, soient indivisibles. Un contrat à exécution successive n'est donc pas forcément susceptible d'être partiellement exécuté.

Le crédit-bail cependant ne semble pas relever de cette dernière catégorie. Que ce soit par rapport au critère de l'indivisibilité naturelle absolue tel que le conçoit M. Derrida (27), ou par rapport à la théorie des propositions dépendantes que nous proposons de transférer du droit fiscal au droit de la faillite (28), tout concourt dans le sens de la divisibilité des obligations mises à la charge du locataire.

En premier lieu, il est certain que la nécessité d'étaler le financement et l'amortissement des investissements sur l'ensemble de l'opération, qui se rencontre dans le crédit-bail, n'est pas étrangère aux autres contrats. "Il y a toujours des frais fixes dont l'importance varie certes, mais dont l'amortissement est étalé sur l'ensemble de l'opération ; on en exclut pas moins des dettes de masse les prestations fournies avant le jugement quand le syndic demande l'exécution du contrat" (29).

En second lieu, l'indivisibilité intellectuelle, même à supposer qu'elle revête un caractère plus accentué que dans d'autres contrats, ne peut conduire à faire des prestations locatives les "éléments corrélatifs et nécessaires de l'exécution du contrat", puisque les parties ont elles-mêmes prévu l'hypothèse de l'inexécution partielle du locataire ainsi que le calcul d'une indemnité de résiliation dont les modalités sont justement fonction du nombre d'échéances échues et à échoir.

En dernier lieu, et cela paraît primordial, le déséquilibre contractuel résultant du non paiement de l'arriéré n'est pas issu de l'exercice par le syndic de l'option de l'article 38 ; il est acquis au jour du jugement déclaratif. Qui plus est, la poursuite du contrat de location, et cela

(26) Cf. supra p. 196, n° 154 et p. 198, n° 156.

(27) Cf. supra p. 199, n° 157 et s.

(28) Cf. supra p. 201, n° 158.

(29) F. Derrida, D. 1974 517, préc.

même sans qu'elle s'accompagne du paiement préférentiel de l'arriéré, non seulement n'entraîne par elle-même aucun accroissement du préjudice au détriment du bailleur, puisqu'il s'ensuivra un paiement intégral des mensualités échues durant cette continuation, mais encore permettra par là-même un amortissement accru du capital investi, plaçant ainsi la société de crédit-bail dans une situation bien meilleure que celle dans laquelle elle se serait trouvée si son contrat n'avait pas été poursuivi par le syndic. Il faut se souvenir en effet que, dans ce dernier cas, le crédit-bailleur n'aurait d'autre ressource que de produire à la faillite pour l'indemnité de résiliation à laquelle il aurait droit ; à supposer que celle-ci soit égale à la somme des mensualités restant à courir, ce qui est l'éventualité optimale, il est bien évident qu'il n'en percevrait, à titre de dividende, qu'une fraction. Dans ces conditions, admettre que la poursuite du contrat de location s'accompagne du paiement intégral de l'arriéré, c'est creuser encore un peu plus, et cela sans justification aucune, le fossé qui sépare le cocontractant bénéficiant de la poursuite de son contrat de celui dont le contrat n'est pas repris.

169

En définitive, la distinction à utiliser est donc la suivante : lorsque le syndic entend profiter de l'option instaurée par l'article 38, et que cette option porte sur l'aspect locatif du contrat de crédit-bail, le caractère divisible des prestations locatives, allié au principe de l'égalité des créanciers, interdit au bailleur de réclamer le paiement préférentiel des créances acquises avant le jugement déclaratif. En revanche, lorsque le syndic opte pour l'achat du bien d'équipement en fin de contrat, la réalisation de la vente entraîne, postérieurement au jugement déclaratif, un préjudice spécifique aux dépens du crédit-bailleur ainsi qu'un enrichissement corrélatif de la masse. Il faut donc procéder à une indemnisation du cocontractant, indemnisation qui ne se confond pas avec le paiement de l'arriéré.

D'aucuns objecteront peut-être que rien ne permet de déceler dans l'arrêt du 22 janvier 1974 l'amorce d'une telle analyse et que d'ailleurs aucune des décisions rendues depuis ne fait allusion de près ou de loin à ce type de distinction. Il s'avère qu'effectivement les nombreux arrêts rendus en la matière se bornent le plus souvent à mentionner, pour asseoir

leurs solutions, le caractère successif du contrat de crédit-bail. Mais il faut tenir compte du fait que le problème a toujours été envisagé sous l'angle de la poursuite du contrat de louage et jamais sous celui de l'exécution de la promesse de vente, qu'il a toujours été débattu de la situation de l'arriéré au regard de la reprise et jamais de la créance résultant pour le bailleur d'un contrat de vente intervenu postérieurement au jugement déclaratif. Une lecture attentive de l'arrêt rendu le 22 janvier 1974, montre par exemple que c'est le paiement des loyers échus qui est en jeu et que le caractère successif du crédit-bail n'a d'autre effet que d'interdire le règlement préférentiel des créances "nées antérieurement au règlement judiciaire". Rien n'empêche par conséquent d'estimer que les solutions acquises ne l'ont été que dans ce cadre, et que, lorsqu'il ne s'agit plus de location mais de vente donnant lieu à un préjudice particulier dont l'évaluation ne se confond pas avec l'arriéré, il y a lieu, non pas d'infléchir la solution, mais de la compléter.

§ 2 : Le problème particulier des contrats administratifs

170

Jusqu'à présent, les solutions préconisées pour résoudre la question du paiement de l'arriéré, l'ont été dans le cadre d'une étude qui concernait exclusivement les contrats de droit privé qui avaient été passés avant la liquidation de bien ou le règlement judiciaire du cocontractant. Cette situation n'est pourtant pas la seule envisageable et il importe maintenant de se pencher sur l'incidence d'une reprise opérée par le syndic au cours d'une procédure frappant un cocontractant de l'administration.

A première vue, il pourrait sembler inutile de consacrer aux contrats administratifs une étude particulière. En effet, en se fondant sur l'article 112 du décret n°67-1120 du 22 décembre 1967, qui précise que "les tribunaux saisis d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation, connaîtront de tout ce qui concerne le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et autres sanctions", et en remarquant de plus que cette compétence d'attribution présente un caractère d'ordre

public (30), il est possible de soutenir, sans autre commentaire, que l'ensemble des questions que pose la continuation des contrats est du ressort exclusif du Tribunal de commerce ou du Tribunal de grande instance saisi de la procédure collective, de sorte que les solutions acquises au sujet du paiement de l'arriéré s'appliquent à l'ensemble du contentieux contractuel, sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre contrats de droit privé et contrats administratifs.

En réalité, la situation n'est pas si simple. Estimer, comme l'a fait la Cour d'appel d'Aix en Provence le 22 juin 1979 (31), que le tribunal saisi de la procédure de liquidation des biens doit connaître de tout ce qui concerne cette liquidation et particulièrement de l'exercice par le syndic de la faculté qui lui est reconnue par l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 d'exiger la continuation des contrats en cours, c'est oublier tout d'abord que cette compétence exclusive se heurte au principe de la séparation des pouvoirs qui est, lui aussi, d'ordre public et selon lequel "la juridiction administrative est seule compétente, à l'exclusion des juridictions judiciaires, pour connaître du contentieux des contrats administratifs" (32) ; c'est oublier ensuite que, selon une solution constante tant en doctrine qu'en jurisprudence, et que rappelle la Chambre civile pour casser l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence, "l'obligation qui s'impose à l'administration comme à tout autre créancier de produire ses créances dans les conditions fixées par la réglementation relative à la liquidation des biens, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions régissant les compétences respectives des juridictions administratives et judiciaires" (35).

(30) R. Houin, Rep. Com. Dalloz 1ère éd., t.II, Faillite, règlement judiciaire, n°790 ; A. de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J. 1956, Suppl. 1959, t.3, n°1217.

(31) C.A. Aix en Provence, D. 1980 I.R. 283, Rev. des Syndics 1980, p.127.

(32) A. de Laubadère, op. cit., t.3, n°1217.

(33)(34) C.E. 3 févr. 1978, "Mariani ès qual!", et 17 mars 1978, "Soc. entreprise Renaudin", D. 1978 I.R. 221, obs. P. Delvolve, D. 1979 5, note H. Charles et F. Derrida, J.C.P. 1979.II.19058, note M.B. et G.F. éd. C.I. 7564, n°8 et 7839, n°16, obs. Cabrillac et Argenson, G.P. 1978.2.422, A.J.D.A. 1978 203 et 225, obs. Nauwelaers et Dutheillet de Lamothe ; Trib. adm. d'Amiens 27 juillet 1976, J.C.P. 1978.II.18857 1ère esp., note Bazex et Flécheux ; Trib. adm. Clermont-Ferrand 13 juillet 1979, D.1980 I.R. 3, obs. F. Derrida.

(35) Cass. civ. 24 févr. 1981, D.1981 345, note A. Honorat, J.C.P. 1981.IV, p.164, Bull. I, n°68, p.56, Cahier juridique de l'électricité et du gaz, p.135.

Cela étant, le problème apparaît alors clairement: puisque d'une part, les contrats administratifs stricto sensu relèvent sauf exception de la compétence administrative, puisque d'autre part, "si l'égalité est l'âme des procédures collectives, l'inégalité fondée sur la suprématie de l'intérêt général est la caractéristique essentielle des rapports entre l'administration et son cocontractant" (36), il est permis de penser que les solutions présentées par l'ordre judiciaire ne sauraient d'emblée trouver à s'appliquer ; cela surtout sachant que si "le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas pour effet d'affranchir le juge administratif du respect des textes propres aux procédures collectives" (37), rien ne l'oblige par contre à donner de l'article 38 une interprétation similaire à celle qui prévaut devant la Cour de cassation.

171

Les contrats administratifs recouvrent les objets les plus divers : fournitures, travaux, services ou études affectant par exemple le bâtiment, le génie civil, les travaux publics ou encore la construction aéro-spatiale ; selon le Ministère de l'Economie et des Finances, plus de 200 000 marchés, avenants compris, sont conclus chaque année par l'Etat, les collectivités locales, ainsi que les établissements et entreprises publics (38).

Plutôt que d'en présenter une analyse exhaustive, qui s'avèrerait rapidement fastidieuse, cette étude sera centrée sur un exemple présentant, outre l'intérêt d'être nettement révélateur d'un certain nombre de difficultés spécifiques aux relations juridiques instaurées entre le cocontractant et l'administration, celui d'être un contrat dont la fréquence et l'importance font que la question de sa poursuite se pose aux syndicats dans la quasi-totalité des procédures de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. Il s'agit du contrat d'abonnement téléphonique sans lequel aucune continuation des contrats, ni a fortiori aucune poursuite d'exploitation, ne sauraient être sérieusement envisageables.

(36) H. Charles et F. Derrida, "Les contrats administratifs dans les procédures collectives", D. 1977, chron. 29.

(37) H. Charles et F. Derrida, préc., p.32.

(38) Recensement des marchés publics, année 1974 (note du service d'information du Ministère de l'Economie et des Finances, S.I. diffusion 7/76:9).

A l'inverse de l'électricité ou du gaz de France qui sont des services publics à caractère industriel et commercial, les services dépendant de l'administration des postes et télécommunications "présentent, à raison de leur mode d'organisation et des conditions de leur fonctionnement, le caractère de service public administratif de l'Etat"(39).

L'application de la règle jurisprudentielle selon laquelle les contrats conclus avec les usagers des services publics industriels et commerciaux doivent toujours être regardés comme des contrats de droit privé, même s'ils contiennent des clauses exorbitantes de droit commun (40), est donc écartée. Il en résulte que si le bénéficiaire d'un service public tel que le gaz ou l'électricité de France voit son contentieux confié à la juridiction judiciaire, pour les usagers des P & T au contraire, il n'existe pas de bloc de compétence et la solution générale s'applique : "les contrats d'abonnements téléphoniques, conclus par le service du téléphone, en vue de la prestation de service au titulaire de l'abonnement en contrepartie des redevances, constituent, eu égard aux clauses qu'ils contiennent, des contrats administratifs dont le contentieux relève, sauf disposition législative contraire, des juridictions administratives" (41).

172

D'ores et déjà surgit un premier problème de compétence issu de ce que l'article L.126 du Code des postes et télécommunications étend au contentieux du recouvrement des redevances téléphoniques les dispositions relatives au contentieux du recouvrement des contributions indirectes, lesquelles réservent en la matière la compétence judiciaire. A supposer que les P & T menacent de ne pas poursuivre l'exécution du contrat d'abonnement

(39) Trib. des Conflits 24 juin 1968, Lebon p.798, D. 1969 416, note J. de Gaudusson, J.C.P. 1968.II.15646 concl. Gegout et note J. Dufau ; A.J.D.A. 1969 139 chron. J. Lemasurier.

(40) En ce sens, J. de Gaudusson, Gegout, J. Dufau, préc. ; C.E. 13 oct. 1961, Campenon, A.J.D.A. 1962.II.98 concl. Heumann, Lebon p.567, D. 1962 506, note Vergnaud ; Trib. des Conflits 17 déc. 1962, Commune de Miquelon, A.J.D.A. 1963.II.105, Lebon p.831, Concl. Chardeau.

(41) Trib. des Conflits 24 juin 1968, préc. ; dans le même sens, C.E. 22 juillet 1977, Lebon p.342, à propos d'un litige relatif à un contrat d'abonnement au télex ; C.E. 26 avril 1978, Lebon p.735.

téléphonique faute de recouvrir l'intégralité du paiement de l'arriéré, n'est-il pas permis de penser, comme le suggère M. Delvolvé (42) que cette inexécution ne se justifiant que par le non paiement des redevances téléphoniques, elle est donc liée directement à la question du recouvrement et ressortit de ce fait de la compétence judiciaire ?

Cette solution présenterait l'intérêt de couper court à l'irritante incertitude qu'engendre en la matière la compétence administrative et permettrait d'appliquer à ce type de contrat une solution unitaire allant dans le sens du refus de toute situation préférentielle. Elle est cependant en contradiction flagrante avec les décisions les plus récentes du Tribunal des conflits et du Conseil d'état. Pour ces deux juridictions, en effet, l'exception instaurée par l'article L.126 doit, comme toute exception, être interprétée restrictivement. Le Tribunal des conflits a ainsi estimé le 15 janvier et le 19 mars 1979 (43) que si la procédure par laquelle l'administration entreprenait de recouvrir les sommes qui lui étaient dues relevaient effectivement des tribunaux judiciaires, l'assiette de ces sommes, c'est-à-dire la détermination du titre juridique en vertu duquel elles étaient dues, était par contre du ressort du Tribunal administratif. Quant au Conseil d'état, il a jugé le 29 juin 1979 (44) que lorsque, faute de pouvoir être payée, l'administration résilie un contrat d'abonnement, "elle ne procède plus au recouvrement mais tire les conséquences de son échec ; la mesure se détache donc du recouvrement et échappe à la compétence judiciaire".

La cassation prononcée par le Chambre civile le 24 février 1981 (45), s'inscrit dans le droit fil de cette évolution. L'agence commerciale des postes et télécommunications de la ville de Nice avait interrompu le contrat d'abonnement souscrit par une société lorsque celle-ci avait été

(42) P. Delvolvé, D. 1979 I.R. 558 ; en ce sens, C.E. 24 juin 1961, Duchet, Lebon p.432, D. 1961 736, note L. Philip, G.P. 1961.II.292.

(43) Trib. des Conflits 15 janv. 1979, Lamy, et 19 mars 1979, Soc. Alpine de Bâtiment et de Travaux Publics, D. 1979 I.R. 265, obs. P. Delvolvé.

(44) C.E. 29 juin 1979, Vve Bourgeois, D.1979 I.R. 357, obs. P. Delvolvé, D.1981 74, note J.P. Lebreton, A.J.D.A. 1980 304, obs. Y. Brard, Rev. P.T.T. 1980, n°1, p.38, 2° esp., concl. Dondoux, note D. Laffont.

(45) Cass. civ. 24 févr. 1981, D. 1981 345, note A. Honorat.

mise en liquidation de biens ; elle offrait seulement d'accepter un nouvel abonnement de l'acquéreur du fonds de commerce liquidé. La sommation par laquelle le syndic enjoignait à l'agence de rétablir le service des prestations téléphoniques étant restée infructueuse, il s'ensuivit une assignation en référé. Pour rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le Secrétaire d'Etat aux Postes et Télécommunications, la Cour d'appel d'Aix en Provence retient (46) "que le contentieux des redevances téléphoniques assimilées à des contributions indirectes et partant celui de la résiliation d'un abonnement, étaient de la compétence des tribunaux judiciaires" ; elle ajoute qu'au surplus, ces mêmes tribunaux sont compétents pour connaître de tous les incidents concernant la liquidation des biens et notamment celui-ci.

Comme l'ont souligné plusieurs auteurs (47), cette décision est en désaccord avec une jurisprudence bien assise, dont il a déjà été fait état, et selon laquelle les contrats administratifs échappent à la compétence de principe du tribunal devant lequel s'est ouverte la liquidation des biens ou le règlement judiciaire, et cette seule remarque suffirait effectivement à justifier la cassation. Nous ne pensons pas cependant que la censure exercée par la Chambre commerciale le 24 février 1981 s'explique uniquement par la référence au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; contrairement à ce que soutient Mlle Honorat (48), cet arrêt s'appuie bel et bien sur une interprétation restrictive de l'article L.126. Lorsque la Cour de cassation mentionne l'existence de dispositions législatives qui viendraient limiter la compétence exclusive des juridictions administratives, elle ne peut ignorer la présence en l'occurrence de l'exception instaurée en matière de recouvrement, ceci d'autant plus qu'elle est le centre de l'argumentation de la décision qui lui est déférée. C'est donc en connaissance de cause qu'elle refuse de l'appliquer ici et cet arrêt est alors beaucoup plus que la simple réaffirmation d'un principe acquis depuis longtemps. Il définit avec rigueur la portée qu'il convient d'assigner à l'article L.126.

(46) Aix en Provence, D. 1980 I.R. 283 ; dans le même sens, Trib. co. de Nice 7 mars 1980, D. 1980 I.R. 323.

(47) A. Honorat, D. 1980 I.R. 283, D. 1980 I.R. 323.

(48) A. Honorat note sous Cass. civ. 24 févr. 1981, préc.

Une fois acquise la compétence administrative, il n'est pas possible pour autant d'aborder immédiatement la question du paiement de l'arriéré ; il faut encore au préalable qualifier la relation juridique qui unit le cocontractant et l'administration. Il est bien évident en effet que soulever le problème de l'interprétation de l'article 38 par les juridictions administratives n'a de sens que si le litige concernant le paiement de l'arriéré trouve sa source dans l'exécution d'un contrat car à défaut, l'article 38 ne s'applique pas et l'administration conserve incontestablement le droit de résilier l'abonnement si tout l'arriéré des communications téléphoniques ne lui est pas réglé lorsqu'elle le demande.

Bien que le Conseil d'Etat ait à maintes reprises opté sans ambiguïté pour le caractère contractuel des abonnements téléphoniques (49), une grande partie de la doctrine administrativiste soutient que la situation de l'abonné n'a en réalité rien de contractuel (50). Dans la mesure où cette façon de voir a trouvé un écho chez certains commercialistes qui en ont déduit la nécessité d'un paiement intégral de l'arriéré (51), elle mérite que l'on s'y attarde quelque peu.

Pour M. de Gaudusson, "l'abonnement ne peut être contractuel ; l'administré ne peut ni en fait ni en droit discuter des conditions d'utilisation du service avec l'administration ; l'utilisateur ne peut qu'accepter ou rejeter en bloc les clauses qui sont fixées à l'avance par le service public offrant alors que le client peut toujours, au moins juridiquement, négocier avec l'entrepreneur ou le commerçant" (52). Et M. Lebreton d'ajouter : "il

(49) C.E. 29 juin 1979, D.1981 74, note J.P. Lebreton.

(50) Voyez notamment, A. de Laubadère, *Traité de droit adm.*, t.I, 7^o éd., n^o1119, t.4, 3^o éd., n^o501 ; G. Vedel, *Droit adm.* 6^o éd., p.816 ; J. Lemasurier, "A propos du service des postes et télécommunications. Réflexions sur la distinction des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux", *A.J.D.A.* 1969 139, spécialement p.140, 147, 148 ; J. de Gaudusson, "L'utilisateur du service public administratif", thèse Bordeaux 1967 ; J.P. Lebreton note sous C.E. 29 juin 1979, D. 1981 74 ; J.F. Lachaume, "Remarques sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence de la juridiction administrative", in *Mélanges Waline*, t.II, p.483 ; Dondoux, concl. sous C.E. 29 juin 1979 ; contra Y. Brard note sous C.E. 29 juin 1979, *A.J.D.A.* 1980 304 ; Gegout, préc., *J.C.P.* 1968.15646.

(51) A. Honorat, D. 1980 I.R. 323, I.R. 283, D. 1981 345.

(52) J. de Gaudusson, préc., D. 1969 421.

ne s'agit même pas d'un contrat d'adhésion où l'un des cocontractants accepte en bloc les stipulations préfabriquées par l'autre partie, mais qui constituent à compter de la signature la loi du contrat. Le régime de l'abonnement téléphonique peut toujours et sans limite être modifié par la voie légale et réglementaire, bien au-delà de ce que les théories les plus latitudinaires de la mutabilité des contrats permettraient" (53). Il faudrait aussi mentionner que selon Mlle Honorat "les redevances téléphoniques comme celles de l'O.R.T.F. sont des taxes parafiscales, ce qui leur ôte nécessairement tout caractère contractuel" (54).

Ce raisonnement est somme toute peu convaincant. En ce qui concerne en premier lieu le caractère factice de la situation contractuelle, il convient de remarquer tout d'abord qu'il existe dans certains cas particuliers, notamment pour les télex, les raccordements de terminaux d'ordinateurs ou l'attribution d'indicatifs spéciaux, une véritable négociation. Ensuite, quand bien même il n'existerait aucune discussion, cela ne permet pas pour autant d'écarter la qualité contractuelle de l'abonnement téléphonique. Comme le note fort à propos M. le professeur Brard, si le contrat que les intéressés passent avec l'administration n'est que très rarement négocié, "il en va ainsi chaque fois qu'un contrat a pour objet une prestation de service destinée à des usagers très nombreux, la simplicité, le bon sens, l'équité et le cas échéant l'égalité devant le service public, s'opposant à une négociation individuelle qui pourrait déboucher sur une différenciation des conditions faites aux usagers" (55). Il n'empêche qu'à l'instar des contrats passés par les usagers des chemins de fer, des transports aériens ou par les abonnés au gaz, un abonnement téléphonique fait naître à la charge de son titulaire "une obligation au paiement du prix de l'abonnement et des taxes pour les diverses communications qu'il obtiendra", et à la charge de l'administration "une obligation de fourniture des communications sollicitées et d'inscription dans l'annuaire" (56).

(53) J.P. Lebreton, préc., D. 1981 75.

(54) A. Honorat, préc., D. 1980 I.R. 323.

(55) Y. Brard, préc., A.J.D.A. 1980 305.

(56) Gegout, concl. sous Trib. des Conflits 24 juin 1968, J.C.P.1968.15646.

Quant à l'argument consistant à déduire le caractère réglementaire du contrat d'abonnement de ce que "l'utilisateur est réputé accepter ou subir du simple fait qu'il utilise le service, les modalités d'organisation de fonctionnement et éventuellement de tarification qui ont été définies a priori et de manière unilatérale par la voie réglementaire, ..., il doit s'effacer en présence d'une relation formellement ou manifestement contractuelle et c'est le cas... pour les P & T avec les contrats d'abonnement au téléphone ou au télex" (57).

174

Reste alors, et c'est là le plus important, à définir l'impact de l'article 38 sur les contrats administratifs. Comme le notent MM. Charles et Derrida (58), à qui bon nombre des réflexions qui vont suivre ont été empruntées, les conceptions en vigueur avant 1967 tendaient à faire prévaloir les solutions fondées sur l'intérêt général, en ne tenant pas compte des règles particulières aux procédures collectives ; la raison en était que l'intérêt général devait l'emporter sur les intérêts particuliers et que la masse n'était que le regroupement d'intérêts individuels. A la réflexion, il est permis de se demander si cette façon de procéder est toujours adéquate. Ce qui est en jeu lors de la poursuite d'un contrat par le syndic c'est "l'avenir de l'entreprise conçu sous l'angle économique et social" (59), beaucoup plus que la défense des intérêts particuliers des créanciers. Dans ces conditions, subordonner au nom de l'intérêt général la poursuite d'un contrat administratif au paiement intégral de l'arriéré, c'est s'opposer directement à un autre intérêt général : la conservation de l'entreprise et des emplois qu'elle offre. C'est encore, pour reprendre les termes du Conseil d'Etat, sacrifier "les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie nationale ou régionale" (60). Ici également, il faut souligner que la continuation du contrat selon les modalités convenues, n'entraîne par elle-même aucun dommage particulier au détriment de l'administration.

(57) Bacquet, Concl. sous C.E. 25 févr. 1979, A.J.D.A. déc. 1979 31, n°98.

(58) H. Charles et F. Derrida, préc.

(59) H. Charles et F. Derrida, préc., p.29, 2° col.

(60) C.E. 20 juillet 1971, "Ville de Sochaux", Lebon p.561, A.J.D.A. 1972 227, note A. Homond.

175

En définitive, il apparaît donc que les solutions en vigueur devant les juridictions de l'ordre judiciaire doivent être étendues aux contrats d'abonnement téléphonique et plus généralement à l'ensemble des contrats administratifs dont l'exécution est successive, et les prestations divisibles. D'une part, il est souhaitable pour la logique juridique que s'instaure par delà la diversité des juridictions un seul et même corps de solutions ; d'autre part ce système présente l'avantage d'être en harmonie avec une pratique administrative qui tend dans la majorité des cas à encourager la poursuite de l'activité de l'entreprise, ne serait-ce qu'en ne demandant pas l'exécution des décisions de justice ; enfin, pour ce qui concerne plus particulièrement les contrats d'abonnement téléphonique, l'adoption des principes applicables aux contrats de droit privé permettrait d'éviter que la qualification de service public industriel et commercial, qu'il est parfois question d'accorder aux P & T (61), engendre une variation brutale de solution.

(61) Cf. J. Lemasurier, préc. et J.P. Lukaszewicz", Services publics ou entreprises commerciales, la difficile mutation des PTT", A.J.D.A. 1975 52.

SECONDE PARTIE



LES CONSEQUENCES DE LA LEVEE DE L'OPTION

176

Une fois acquise la reprise des contrats en cours, la masse en sa qualité de représentant (1), doit alors respecter les stipulations acceptées par le débiteur, à moins que la loi ne l'en dispense expressément, et cela pour toutes les prestations acquises depuis le jour du jugement déclaratif.

Parallèlement, le cocontractant bénéficie pour ces prestations d'une situation sans commune mesure avec celle qui lui était réservée en tant que créancier dans la masse. Il devient du chef des activités du syndic, organe de la masse, un créancier privilégié du débiteur, autrement dit un faux créancier de la masse, jouissant qui plus est, de prérogatives exorbitantes du droit commun, tels que droit de préférence et droit de poursuite individuelle, dont il importe d'approfondir les causes et de cerner les limites.

C'est pourquoi nous verrons dans un premier titre les modalités de la reprise, puis dans un second la situation du cocontractant.

TITRE 1 : LES MODALITÉS DE LA REPRISE

TITRE 2 : LA SITUATION DU COCONTRACTANT

(1) Cf. supra p.12, n^o9 et s.

T I T R E 1

LES MODALITES DE LA REPRISE

177

Il est admis habituellement que "lorsque le syndic réclame l'exécution du contrat, la masse agit en qualité d'ayant cause du débiteur et doit respecter les clauses et conditions acceptées par celui-ci" (2), et que de plus, "pour les engagements assumés à son égard par le syndic, le cocontractant entre dans la catégorie traditionnelle des créanciers de la masse" (3), c'est-à-dire qu'il est en réalité "créancier du débiteur avec un rang de faveur par rapport aux créanciers dans la masse" (4). Cette prise de position, qui paraît simple et qui reflète d'ailleurs une bonne partie des solutions acquises actuellement, mérite cependant d'être approfondie.

D'une part, et cela fera l'objet d'un premier chapitre, elle n'explique absolument pas pourquoi, en cas de poursuite du contrat, le cocontractant devient un faux créancier de la masse, non seulement pour la période postérieure à la prise de position du syndic, mais aussi pour celle qui s'écoule entre le jour du jugement déclaratif et celui de la reprise. En effet, la qualité d'ayant cause, attribuée exceptionnellement à la masse, n'est acquise qu'à compter de la reprise ; dès lors, il est pour le moins étonnant que des agissements antérieurs puissent en subir l'empreinte, sauf à justifier ce phénomène par une rétroactivité qui a priori ne s'impose pas.

D'autre part, la qualité d'ayant cause que postule cette définition, outre le fait d'être techniquement erronée (5), car un ayant cause subit et n'agit pas, accule les commentateurs et surtout la jurisprudence à tra-

(2) Ripert et Roblot, t.II, n°3071.

(3) Ripert et Roblot, t.II, n°3071.

(4) Ripert et Roblot, t.II, n°3071.

(5) Cf. supra p.12, n°9 et s.

vailler au coup par coup sans se soucier de la cohérence des solutions proposées. Qui plus est, ce phénomène, qui est inéluctable tant que ne sera pas consacré la qualité de représentant de la masse, engendre des abus. Les tribunaux sentent en effet de plus en plus ce qu'a d'artificiel la notion d'ayant cause ; mais ce faisant, comme nous le verrons dans un second chapitre consacré à l'influence de la reprise sur l'exécution des contrats, ils passent d'un extrême à l'autre et qualifient parfois la masse de tiers, ce qui en l'occurrence est tout aussi inadapté.

C H A P I T R E 1

LA QUALIFICATION DES PRESTATIONS POSTÉRIEURES AU JUGEMENT DÉCLARATIF MAIS ANTÉRIEURES À LA LEVÉE DE L'OPTION

178

Créancier dans la masse pour les prestations antérieures au jugement déclaratif, le cocontractant ne sera payé qu'au marc le franc. A l'inverse, faux créancier de la masse dès le moment où le syndic reprendra le contrat, il obtiendra le paiement intégral de toutes les prestations courues depuis cette déclaration. Mais que décider pour la période intermédiaire, pour celle qui s'écoule entre le jugement déclaratif et le jour où intervient, soit le refus de reprendre le contrat, soit la déclaration mettant son exécution à la charge du syndic ? Le cocontractant devra-t-il être considéré durant cette période comme un créancier dans la masse, de la masse, ou encore hors de la masse ?

La qualification des créances issues de la continuation des contrats durant la période intermédiaire n'est expressément prévue par aucun texte et ceci n'est pas le fait du hasard. En effet, dans la mesure où elle aborde la question, la doctrine estime depuis fort longtemps que la qualification de ces créances, loin d'être autonome, doit varier en fonction de l'attitude du syndic (1). Ainsi, à l'inverse du système retenu pour le paiement de l'arriéré, cette période intermédiaire donnera lieu, tantôt à de fausses créances de masse lorsque le contrat sera poursuivi par le syndic, tantôt à des créances dans ou hors de la masse en cas de refus de continuation.

(1) Houin et Le Gall, R.T.D.Co. 1975, p.638, n°16 ; de Juglart et Ippolito, 3^e volume, n°1265-3, note 1 ; F. Derrida, commentaire sous Aix en Provence 2 juin 1978, D. 1978 I.R.456 ; J. Debroise, thèse préc., p.120, 126 et 161 ; G. Bachasson, thèse préc., p.64 et 137 ; A. Brunet, thèse préc., p.109 ; M.J. Reymond de Gentile, op. cit., p.152, n°225 ; Meller, thèse préc., p.157 ; M. Hardouin, thèse préc., p.88.

179

Cette solution est extrêmement contestable. Tout d'abord, elle est inopportune car elle conduit à qualifier de façon différente deux créances issues de prestations identiques, effectuées durant la même période, par une même personne, en vertu d'un contrat unique. Ensuite et surtout, elle revient à confondre l'intérêt de la masse avec la prise de position du syndic, alors que ce dernier événement n'en est qu'un révélateur parmi d'autres (Section I).

L'évolution de la jurisprudence relative au sort des contrats de travail dans la faillite en fait foi, et il est fort dommage que la Cour de cassation ait cru devoir y mettre un terme dans un arrêt très récent (2). En effet, bien loin d'être le résultat d'une démarche marginale quant à son objet et erronée quant à ses principes, ces décisions témoignent d'une remise en cause profonde du système en vigueur. Elles n'interviennent pas pour résoudre au coup par coup les problèmes économiques spécifiques du monde du travail, en ignorant les conséquences juridiques ; elles sont le résultat d'une jurisprudence déjà ancienne, fondée sur la notion d'intérêt de la masse (Section II).

SECTION I : LA NÉCESSITÉ DE TENIR COMPTE DE L'INTÉRÊT DE LA MASSE

180

Le parallèle de principe établi actuellement par la doctrine, entre la prise de position du syndic et la qualification des créances issues de la période intermédiaire, encourt deux critiques majeures.

Destiné initialement à régler d'une façon satisfaisante les litiges concernant le louage d'objets mobiliers, issus de la défaillance du locataire et du conflit qui en résultait entre le bailleur et la masse des créanciers, le système adopté par la doctrine du début du siècle ne se justi-

(2) Cass. com. 22 novembre 1982, Bull. IV, n°359 et 360, p.303, D. 1983 38, note F. Derrida.

fiait que dans la mesure où il avait pour objet de qualifier de créanciers de la masse au sens strict du terme, les créanciers apparus postérieurement au jugement déclaratif. Or la reconnaissance de l'existence de fausse créance de masse, qui concerne précisément l'hypothèse envisagée, aurait dû remettre en cause cette démarche.

Plus grave encore, l'emploi répété d'un tel système par la doctrine l'a empêchée d'analyser correctement la jurisprudence. En particulier, la référence permanente faite depuis plus d'un siècle par les différentes cours et tribunaux à la notion d'intérêt de la masse, n'a trouvé, à une exception près, aucun écho chez les auteurs.

Les développements qui vont suivre montreront que cette mise au secret d'une partie de la jurisprudence trouve sa raison d'être et sa limite dans les a priori théoriques de l'époque, notamment dans la référence exclusive à la prise de position du syndic. Or, s'il est certain que la décision du syndic trouve son fondement dans la prise en compte de l'intérêt de la masse, il apparaît en revanche que le critère formaliste de la reprise des contrats ne peut être considéré comme le seul révélateur de l'intérêt de la masse (§ 1). La référence à la notion d'intérêt de la masse opérée par de nombreuses décisions mérite donc d'être approfondie. En particulier, il semble possible de lui trouver une signification nouvelle à la lumière de l'action de in rem verso (§ 2).

§ 1 : Le rejet d'un critère fondé exclusivement sur la prise de position du syndic

181

L'ensemble de l'analyse opérée par la doctrine repose sur la constatation déjà fort ancienne d'une corrélation existant entre poursuite du contrat par la masse et fausse créance de masse.

Cette observation, exacte à l'époque où il y existait une adéquation constante et exclusive entre l'exécution du contrat et sa poursuite, a conduit la plupart des auteurs à confondre le fondement de la reprise, à savoir l'intérêt de la masse, avec son émanation formelle, c'est-à-dire la

décision de reprise du syndic. Ce n'est qu'en tenant compte de cette évolution doctrinale (A) qu'il est possible de comprendre ce qu'a de parcellaire l'interprétation dominante donnée à la jurisprudence (B).

A) La critique de l'évolution doctrinale

182

Qu'il s'agisse de fûts ou de futailles, de bâches ou de barriques, le louage d'objets mobiliers est le contrat qui, en cas de faillite, a donné lieu aux conflits les plus fréquents. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il ait suscité chez de nombreux auteurs le désir de proposer "avec des principes simples à la base, un système vraiment solide" (3).

La faillite du locataire provoque en effet de nombreuses difficultés dont l'une est de savoir ce qu'il advient du contrat de location lorsque, ni le loueur, ni le syndic, ne prennent l'initiative de clarifier la situation. Les créances issues de la période postérieure au jugement déclaratif donneront-elles lieu, comme le prétend le loueur, à une créance de la masse ou, comme le soutient le syndic, à une créance dans la masse ? Au travers des deux qualités recouvrées tour à tour par la masse, il est possible de discerner deux phases dans l'évolution doctrinale.

183

La première, voyant dans la masse l'ayant cause universel du failli, en déduisait la continuation obligatoire de tous les contrats. En conséquence, toute créance née postérieurement au jugement déclaratif, étant issue de la poursuite du contrat par la masse, ne pouvait être qu'une créance de masse (4).

Cette idée a longtemps été défendue par Valéry qui soutenait que le commerçant "puisque'il a agi aussi longtemps qu'il était in bonis comme un

(3) Roussel, "Du louage d'effets mobiliers, et des effets de la faillite et de la liquidation des biens sur les contrats", Rev. Crit. 1930, p. 561.

(4) Cass. civ. 31 juillet 1872, D.P. 1872.I.300 ; Bordeaux 18 juillet 1898, Jal des Faillites 1898 262 ; Bordeaux 12 février, 19 mars et 2 avril 1903, Jal des Faillites 1903 p.412.

représentant des intérêts de ses créanciers, ceux-ci, une fois la faillite déclarée, doivent respecter tous les actes qu'il a faits dans la limite du mandat dont il a été investi. Voilà pourquoi les contrats qu'il avait conclus continuent à produire leurs effets de même que les actes sous seing privé portant sa signature font foi de leur date à l'égard de la masse". Dès lors le contrat "ne pouvant plus porter sur la tête du débiteur à qui la direction de la maison a été enlevée ni sur celle du syndic puisqu'il n'est qu'un mandataire, pèsera nécessairement sur la masse, tout contrat supposant par sa nature deux personnes différentes qui en soient les sujets actifs et passifs" (5). Mais, par trop catégorique cette première opinion n'a guère trouvé d'audience devant les tribunaux. L'impossibilité dans laquelle elle mettait le syndic d'opter pour la résiliation, conduisait notamment à mettre à la charge de la masse les contrats de location, alors même que les objets loués avaient disparu du patrimoine du failli bien avant le jugement déclaratif.

Conscient de l'existence d'un antagonisme entre les créanciers et leurs débiteurs, la majorité de la doctrine, tout en maintenant la qualité d'ayant cause de la masse, admit alors que la continuation du contrat ne serait obligatoire que faute par le syndic de l'avoir refusée (6). Théoriquement la solution demeurerait donc la même. Tant que le syndic n'avait manifesté aucune volonté de résiliation, ou tant que cette volonté n'était suivie d'aucun effet, les contrats étaient présumés continuer à la charge de la masse de plein droit débitrice des prestations postérieures à la déclaration de faillite.

184

Il y a là un point essentiel qu'il convient de souligner. L'exécution de sa prestation par le cocontractant ne doit pas être considérée ici comme le révélateur d'une volonté de poursuite du syndic. En effet, si le problè-

(5) Valéry note sous Req. 16 mars 1909, D.P. 1910 138.

(6) Req. 9 nov. 1904, D.P. 1905.I.489 ; Req. 26 avril 1906, D.P. 1907.I.29, Bordeaux 4 avril 1924, D.P. 1927.2.91 ; Paris 1er février 1930, D.P. 1931.2.61.

me d'une divergence de vue entre la masse et le cocontractant ne peut se poser, s'il n'y a pas lieu dans cette hypothèse d'envisager l'existence d'une période intermédiaire, ce n'est pas que la mutisme du syndic confère au cocontractant un droit nouveau contre la masse, mais tout au contraire parce qu'à défaut de dénonciation, "le bail d'objets mobiliers s'impose à la masse ayant cause du failli ou du liquidé comme tous les autres contrats passés avant la période suspecte" (7). Ce n'est donc pas dans une reprise présumée mais dans une rupture non consommée qu'il faut chercher la raison d'être de la préférence accordée au cocontractant qui s'exécute après le jugement déclaratif. En conséquence, il serait erroné d'établir entre la continuation du contrat et sa reprise un parallèle, alors que celui-ci est à situer au niveau de la qualité d'ayant cause de la masse.

Il faut revenir avec insistance sur cet aspect de la question car il permet d'entrevoir ce qu'il y a d'artificiel à lier indissolublement fausses créances de masse et reprise du contrat par le syndic. Comme l'avait fait excellemment remarquer le Professeur Naquet, "il ne s'agit point en effet d'un contrat à conclure ; il s'agit d'un contrat antérieur non résilié qui persiste. Et comme les avantages que ce contrat peut procurer profitent à la faillite, il est de toute équité que des charges correspondantes lui incombent". Et cet auteur d'ajouter : "Qu'importe la cause du profit retiré par la faillite, c'est le fait de ce profit qui est à considérer. L'idée essentielle de la matière, c'est que tout ce qui conserve ou augmente le patrimoine de la faillite la rend débitrice, encore que ce soit sans la participation de sa volonté" (8). Cette remarque souligne l'importance fondamentale qui doit être accordée à la notion d'intérêt de la masse. Durant cette première phase théorique, et à l'inverse de la période qui va suivre, ce n'est pas l'option du syndic qui occupe le rôle principal, mais l'intérêt de la masse.

185

L'avènement de la reconnaissance de la personnalité morale de la masse va brutalement remettre en cause cet ensemble de solutions. Dotée d'un patrimoine personnel et distinct de celui du failli, la masse devient un tiers

(7) Roussel, préc., p.581.

(8) Naquet note sous Req. 9 nov. 1904, S. 1906 173.

au regard des engagements contractés par ce dernier. Les partisans de cette théorie ne manquent pas en effet de faire remarquer que si le cocontractant exécute volontairement son obligation, c'est en vertu de la convention conclue avec le failli, de sorte que c'est du failli seulement qu'il est créancier, sans pouvoir revendiquer aucun droit contre la masse, n'ayant avec elle aucun lien juridique (9). Ces auteurs en concluent alors tout naturellement que, "n'étant obligé personnellement qu'aux dettes nées de ses contrats et ceux-ci ne pouvant résulter que d'un acte de volonté du syndic, ce ne peut être que l'adhésion de la masse aux contrats qui modifie la situation en rendant le cocontractant créancier de la masse à dater de la déclaration de faillite" (10).

Apparemment, cette analyse est sans faille. Si, comme l'admettent les commercialistes de l'époque, la reprise d'un contrat en cours grève le patrimoine de la masse, il faut opérer une distinction en fonction des diverses attitudes du syndic. En effet, la masse n'étant plus l'ayant cause du failli, seul un transfert du contrat à sa charge, par l'intermédiaire d'une prise de position formelle du syndic, est susceptible d'engendrer des créances de masse. Seulement, rien n'explique le maintien de cette solution par la doctrine contemporaine. D'abord, il est admis actuellement que lorsque la masse reprend un contrat, elle n'engage pas son patrimoine personnel (11). Ensuite, et surtout, ce critère est inconciliable avec les solutions relatives à la période intermédiaire. Pour le constater, il suffit de le prendre au pied de la lettre et d'en comparer les conséquences avec les solutions en vigueur.

186

Hors de la reprise du contrat par le syndic, nous dit-on, point de créances de masse. Dans ces conditions, toutes les créances issues de la période intermédiaire, étant par hypothèse nées avant que le syndic ait pu prendre une décision, ne devraient logiquement jamais être des créances

(9) Meller, thèse préc., p.148.

(10) Chéron note sous Paris 1er févr. 1930, D.P. 1931 62.

(11) Voyez Cass.com. 16 mars 1965, D. 1966 63, R.T.D.Co. 1965 660, n°25, obs. R. Houin, Banque 1965, p.424.

de masse. Or, si tel est généralement le cas lorsque le syndic refuse de poursuivre le contrat, dans l'hypothèse d'une reprise, la solution préconisée par le Professeur Chéron (12) et par beaucoup d'autres est diamétralement opposée. Un très large consensus se dégage en effet pour souligner que l'adhésion de la masse au contrat modifie la situation du cocontractant en le rendant créancier de la masse à dater de la déclaration de faillite (13). Il y a là une contradiction évidente avec le raisonnement développé auparavant. Comment justifier que ce qui devrait être logiquement n'être qu'une créance dans la masse ou en dehors de la masse, devienne par la seule intervention du syndic une créance de masse ?

L'argument le plus couramment invoqué et que nous retrouverons tout au long de cette étude, consiste à dire que, puisque la position du syndic peut varier, il est normal que la période écoulée entre le jugement déclaratif et la décision en subisse la conséquence (14). C'est répondre à la question par la question, c'est aussi sous-entendre que l'option du syndic puisse être rétroactive. Or il n'existe aucun argument décisif pour soutenir cette thèse.

187

En réalité, cette solution est injustifiable à partir du raisonnement présenté par la doctrine. Elle repose tout entière sur des considérations pratiques. Supposons que le syndic opte pour la reprise du contrat en prétendant ne payer qu'au marc le franc les créances issues de la période intermédiaire, comment s'opposera-t-il au cocontractant qui subordonnera l'exécution de sa prestation au paiement intégral des créances postérieures au jugement déclaratif ? A l'évidence, ce cocontractant ne pourra se voir opposer l'article 13 alinéa 2, puisque celui-ci ne concerne que les créances antérieures au jugement déclaratif. De la même manière, toutes les rai-

(12) Chéron note D.P. 1931.2.61 et D.P. 1927.2.91.

(13) J. Debroise, thèse préc., p.120 ; de Juglart et Ippolito, 3^o volume, n^o1265 (3), note 1 ; R. Rodière et Oppéit, Dalloz, 8^o éd., Effets de commerce, Contrats commerciaux, Faillite, p.356 ; Argenson et Toujas, n^o925 ; J. Guyenot, Cours de droit commercial, p.1072, n^o 121 ; M. Hardouin, thèse préc., p.176.

(14) Voyez par ex., F. Derrida note sous Cass. com. 15 janvier 1979, D.1979 231 et s.

sons qui ont, à juste titre, conduit la jurisprudence à refuser le paiement de l'arriéré (15), en cas de reprise du contrat, seront ici inopérantes et rien, dès lors, ne permettra d'empêcher ce créancier de demander le paiement privilégié de sa créance ou à défaut la résolution du contrat.

La solution proposée aboutit bien sûr à la même que celle défendue par la doctrine. Aussi bien ce ne sont pas les effets qui sont ici à remettre en cause, mais la prétention du formalisme de la continuation à s'ériger en critère autonome. Il s'avère en effet que le paiement préférentiel, bien loin d'être la conséquence normale de l'option du syndic, en constitue une entorse sérieuse. Car enfin, ou l'affirmation initiale faisant de la reprise du contrat la condition nécessaire et suffisante de l'existence d'une créance de masse est exacte, et elle exclut de ce fait cette qualification pour toute autre créance, ou alors il faut admettre que ce recours au formalisme de la reprise, s'il est suffisant, n'est pas forcément nécessaire, et qu'il existe dans ce cas un autre critère indépendant de l'option exercée par le syndic, tant il est vrai que deux périodes distinctes ne peuvent se voir appliquer un régime commun au nom même du principe qui a servi à les distinguer.

188

La critique adressée à la prédominance de l'option du syndic, ne se limite pas à son impossibilité à rendre compte de l'ensemble des solutions. La démarche qui préside à son avènement est elle-même à remettre en question.

A l'origine de cette théorie, il y avait en effet le souci de légitimer le transfert des charges du contrat du patrimoine du failli au patrimoine de la masse. Pour que cette passation des droits et des devoirs s'effectuât sans encombre et de façon indiscutable, force était de s'en remettre à la volonté du syndic, seul habilité à engager le patrimoine de la masse. Ce souci est dépassé. La reprise du contrat n'engendre plus de charges aux dépens du patrimoine de la masse, puisque ce n'est pas de créances de masse qu'il faut parler mais de fausses créances de masse pesant en réalité sur le patrimoine du failli. Dans ces conditions, le recours à la reprise, comme

(15) Cf. supra p. 189, n°148 et s.

référence formelle, ne se justifie pas car ce n'est plus la preuve indubitable d'un transfert de la charge des contrats qu'il faut rechercher, mais la raison qui conduit à accorder aux créances issues de la continuation des contrats, un rang privilégié sur le patrimoine du failli. Or, si cette raison, comme l'écrit Madame Brunet, réside dans "l'éventuelle majoration de dividende que toucheront les créanciers composant la masse" (16), rien ne permet logiquement de l'assimiler à la manifestation de volonté du syndic ; seule la notion d'intérêt de la masse permet d'épuiser la question. En effet, il découle de ceci que si les contrats poursuivis donnent bien lieu à de fausses créances de masse lorsqu'il y a eu reprise par le syndic, ce n'est que dans la mesure où cette reprise présume irréfragablement de l'intérêt que la masse porte à l'exécution du contrat (17).

Dans ces conditions, si l'option du syndic conserve un rôle, ce n'est qu'en tant que manifestation suffisante de l'intérêt de la masse et non plus en tant que manifestation nécessaire, et rien ne permet de déduire de l'absence de reprise le désintérêt de la masse. La distinction introduite par le Professeur Naquet retrouve donc ici toute sa vigueur : ce qui importe, c'est le profit retiré par la masse, quand bien même il ne trouverait à se justifier dans une manifestation de volonté du syndic.

189

Il ne faut donc plus considérer comme acquis le corollaire établi entre fausses créances de masse et reprise du contrat. Celui-ci n'était justifié qu'à l'époque où, la reprise ne pouvant donner lieu qu'à de vraies créances de masse, toute prestation postérieure au jugement déclaratif devait, pour être privilégiée, résulter d'une volonté de reprise du syndic. Malheureusement, il semble bien que ce qui n'était qu'un moyen pratique de solution soit devenu, au fil d'une démarche induite par les raisonnements antérieurs, une finalité qui a conduit la doctrine à rechercher tout au long de ses développements les éléments susceptibles de prouver directement ou indirectement la prise de position du syndic.

(16) A. Brunet, thèse préc., p.243.

(17) En ce sens, A. Brunet, thèse préc., p.163.

Ce faisant, certains auteurs sont parvenus à donner au contenu de la jurisprudence une signification difficilement admissible, tant juridiquement que grammaticalement, et dont les conséquences se répercutent dans la rédaction embarrassée de certains arrêts.

B) L'analyse de la démarche jurisprudentielle

190

La jurisprudence, contrairement à ce que laisserait supposer l'évolution doctrinale, n'a quasiment jamais conçu le problème de la période intermédiaire en relation exclusive avec la notion de reprise ou de rupture. De l'analyse des arrêts rendus tant à l'époque où la masse était considérée comme l'ayant cause du failli, qu'à celle où lui était reconnue la qualité de tiers, ressort en effet le souci permanent des cours et tribunaux de se référer à la notion d'intérêt de la masse.

Il importe de souligner immédiatement le malentendu durable que cette référence a suscité. Victimes de leur présumé théorique, les commentateurs n'ont voulu voir dans cette mention que le rappel de l'un des éléments caractéristiques d'une rupture ou d'une reprise tacite, tant ils étaient persuadés que seule importait la volonté du syndic, qu'elle soit expressément manifestée ou simplement présumée. Cette interprétation de la jurisprudence est inadmissible. D'une part elle est en contradiction avec la lettre même de certains arrêts qui distinguent avec soin et de façon non équivoque l'intérêt de la masse des éléments révélateurs de l'option du syndic; d'autre part elle ne peut permettre d'expliquer qu'il se soit trouvé des décisions qui, loin de se contenter d'une manifestation de volonté expresse du syndic, aient tenus à vérifier la compatibilité des effets de cette prise de position avec l'intérêt de la masse.

191

Les premières manifestations de cette orientation jurisprudentielle se situent à l'époque où, la masse étant considérée comme l'ayant cause du failli, toute prestation postérieure au jugement déclaratif ne pouvait être faite que pour le compte et dans l'intérêt de la masse, sans qu'il soit nécessaire, selon certaines juridictions, de vérifier si cet intérêt théorique correspondait bien à une réalité.

La Cour d'appel de Paris décida ainsi dans un arrêt du 19 janvier 1905 (18) que, "lorsque des fûts avaient été donnés en location à un commerçant, à raison de tant par jour, la location se renouvelant ainsi à l'expiration de chaque jour à la volonté du preneur qui pouvait mettre fin au contrat en restituant les fûts et en payant le prix de la location et que ce commerçant étant tombé en faillite, le syndic n'avait pas résilié le contrat, la masse était débitrice jusqu'au jour de la résiliation, sans qu'il y ait à rechercher si elle en avait tiré profit ou non".

Dans la mesure où l'intérêt théorique ainsi présumé, non par la prise de position du syndic, inexistante par principe, mais par la qualité d'ayant cause de la masse, exclut toute référence à un intérêt pratique, il n'existe effectivement aucun problème et la décision de la Cour d'appel de Paris s'inscrit dans un processus dont la logique est incontestable. Par contre, ce type d'analyse n'est plus soutenable dès lors qu'est prise en compte la possibilité reconnue au syndic de rompre le contrat car cette dernière innovation suppose nécessairement que le syndic se livre à une appréciation, pratique cette fois-ci, de l'intérêt de la masse, et qu'en cas de distorsion entre l'intérêt théorique postulé par la construction doctrinale et l'intérêt pratique, ce soit ce dernier qui l'emporte. Ainsi se trouvent clairement définies la raison d'être et la limite de l'intervention du syndic : faire prévaloir l'intérêt de la masse conçu d'un point de vue pratique, c'est-à-dire tirer les conséquences de son appauvrissement ou de son enrichissement potentiel.

192

Cette genèse du rôle du syndic éclaire d'un jour singulier les solutions apportées par la jurisprudence à un problème qui ne pouvait manquer de se poser : la contradiction entre l'intérêt pratique de la masse et l'option du syndic. Cette difficulté est apparue très rapidement aux tribunaux. Était-il admissible par exemple que, dans le cas où le syndic avait omis de rompre un contrat de location, la masse soit débitrice envers le bailleur des loyers courus depuis l'ouverture de la faillite, alors même que l'objet du contrat de location, ayant disparu depuis longtemps, n'avait

(18) Paris 19 janvier 1905, Pand. Franç. 1905.2.254.

pu être utilisé au profit de ladite masse ? Après quelques hésitations, la Chambre des requêtes rendit, à propos d'un contrat de location de sacs, la décision suivante (19) :

"Attendu qu'il résulte en fait des constatations de l'arrêt attaqué qu'il n'existait dans les magasins de Baudriot, au moment de la déclaration de faillite aucun des sacs réclamés par les demandeurs, ni aucune quantité de blé pouvant être vendue ; que les sacs avaient été loués ou prêtés par le failli lui-même avant cette époque et que les grains ayant appartenu à Baudriot étaient parvenus à destination et avaient été payés, que de ces constatations les juges du fait ont conclu que la masse susnommée n'a pu se livrer pour son compte et à son profit personnel à aucune location de sacs, ni tirer desdits sacs aucun avantage ; que d'autre part, d'après le même arrêt, il est constaté que si la correspondance du syndic de la faillite Baudriot ne contient pas une dénonciation expresse et formelle du bail conclu entre Saint-Frères et Baudriot pour une durée indéterminée, le même syndic a manifesté son intention de ne pas continuer la location... en renvoyant au locateur les sacs qui lui avaient été restitués au fur et à mesure de leur rentrée."

Que ce soit pour le déplorer ou pour s'en féliciter, la doctrine a vu dans cet arrêt la consécration de la notion de résolution tacite voire, ce qui est plus discutable, l'affirmation que "désormais la location ne continue pas de plein droit, faute de restitution des objets loués, elle ne continue même pas en raison de la sous-location, ou de prêts consentis par le failli et dont la masse serait censée recueillir l'avantage, elle continue seulement en vertu d'une présomption de volonté du syndic" (20).

Il ne nous appartient pas de prendre position ici sur la validité de la notion de reprise tacite. Ce qui nous semble remarquable, en revanche, c'est le rôle que les auteurs ont en conséquence assigné à l'intérêt de la masse. Puisque la Chambre des requêtes a pris le soin de relever l'absence d'enrichissement de la masse, alors que seule la résolution tacite

(19) Req. 16 mars 1909, D.P. 1910.I.137, G.P. 1909.I.594, S. 1909.I.235.

(20) Meller, p.183.

explique la solution retenue, expliquent-ils, ceci suppose qu'à côté "du principe de la continuation de plein droit", apparaisse "l'idée que la location continue par la volonté du syndic, mais que cette volonté doit se présumer de l'absence de résiliation expresse et du profit retiré des objets loués par la masse" (21). Mais alors, il faut prendre conscience que, par ce biais de la reconnaissance de la prédominance de l'option du syndic, cette dernière affirmation conduit, au mieux à reléguer l'intérêt de la masse à n'être qu'un révélateur de l'option du syndic, en cas de défaillance de celui-ci, au pire à nier purement et simplement cette notion lorsque le syndic aura manifestement exprimé son refus. En d'autres termes, tout ceci suppose que l'option du syndic soit la référence ultime en matière de dettes de masse et qu'il ne puisse exister, en dehors de la reprise du contrat, aucune dette à la charge de la masse.

Cette idée est contestable à la fois d'un point de vue théorique et d'un point de vue pratique. Il a été vu précédemment que la constatation du désintérêt de la masse préexistait à la possibilité de rupture du contrat et, qui plus est, que c'était à partir de cette constatation que s'était révélée la nécessité d'une option. L'existence de cette faculté de choix ne trouve donc pas sa justification en elle-même, mais uniquement en tant que facteur de présomption de l'intérêt ou du désintérêt de la masse. Par conséquent, admettre que l'arrêt du 16 mars 1909 fasse du désintérêt de la masse un révélateur de la résolution tacite, revient, en renversant la proposition initiale, à confondre la cause première de ce droit d'option, l'intérêt de la masse, avec les manifestations éventuelles de volonté du syndic qui n'en sont que la conséquence. Sur le plan pratique, une telle confusion est d'ailleurs en contradiction flagrante avec la lettre même de l'arrêt. Il suffit en effet de lire les attendus pour s'apercevoir que ce qui est conçu comme l'élément déterminant de la résolution tacite, ce n'est pas l'absence d'intérêt de la masse, mais le renvoi des sacs par le syndic. Dans ces conditions, il faut déduire de cet arrêt que, si la seule résolution tacite du syndic appréciée à partir de son comportement suffit bien à exclure la continuation du contrat, ce n'est pas pour autant

(21) Meller, p.173.

que toute créance de masse est exclue ; encore faut-il que soit constatée l'absence d'intérêt pratique de la masse, pour que la qualité de créancier de la masse soit refusée au cocontractant.

193

Il n'est pour s'en convaincre que de remarquer que, lorsque le syndic mettait expressément à profit la possibilité qui lui était donnée de résilier le contrat, la Chambre des Requêtes ne s'est jamais contentée de cette prise de position négative. Elle a, au contraire, toujours tenu à vérifier qu'en pratique la masse n'avait retiré aucun bénéfice des prestations postérieures (22). Or, si la résiliation est expresse, pourquoi irait-elle vérifier l'existence d'éléments révélateurs d'une résolution tacite, si ce n'est justement parce que cette référence à l'intérêt de la masse est indépendante de la notion même de résolution.

L'arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 5 août 1907 est, à cet égard, caractéristique (23) : le sieur Blanchet avait donné en location plusieurs fûts, à raison d'une certaine somme par fût et par jour, à Brunet et Cie qui les avait sous-loués. Il était en outre prévu au contrat que la restitution des futailles devait être à la charge du locataire. Brunet et Cie étant tombé en faillite, le liquidateur prévint le loueur qu'il allait mettre fin à la location et qu'il entendait restituer les fûts, précisant, par ailleurs, que s'il consentait à payer la location des fûts en qualité de dette de masse, jusqu'au jour de leur retour effectif, il refusait, par contre, de mettre à la charge de la masse les frais de restitution.

L'enjeu était d'importance car, faire droit aux prétentions du syndic, c'était reconnaître qu'il puisse exister concurremment une résolution du contrat et un enrichissement de la masse et, par voie de conséquence, admettre qu'en matière contractuelle, l'option du syndic n'était pas la seule source des dettes de la masse ; l'intérêt de la masse se présentant comme un critère autonome, insusceptible de renvoyer à l'option du syndic.

(22) Req. 24 juillet 1906, D.P.1907.I.25, note Valéry ; 16 mars 1909, D.P. 1910.I.137, note Valéry ; 27 avril 1931, D.P. 1933.I.136 ; 19 janvier 1932, D.H. 1932.113.

(23) Req. 5 août 1907, G.P. 1907.II.403 , D.P. 1909.I.441 , S. 1910.I.285, note Naquet.

Le Tribunal, puis la Cour, accueillirent le raisonnement du syndic. La Chambre des Requêtes enfin, rejeta le pourvoi introduit par le loueur parce que, déclara-t-elle, "... de l'ensemble du même arrêt il résulte que non seulement le liquidateur a déclaré expressément résilier le contrat intervenu... mais qu'il a fait toute diligence pour effectuer le renvoi à ce dernier (le loueur) de ces fûts; que les juges du fond déclarent encore que si R. (le liquidateur) ès-qualités a offert de payer en espèce à Blanchet la location jusqu'au jour de la restitution effectuée de chaque fût par lettre, précisant bien que, ce n'est pas parce qu'il considérerait la masse comme locataire jusqu'à cette date, mais uniquement parce que touchant ou devant toucher lui-même des tiers détenteurs le montant de la location, il tiendrait pour contraire à l'équité de faire bénéficier la masse du montant de la location de ces fûts sur lesquels par l'effet de la résiliation, elle n'a plus aucun droit".

Cet arrêt admet ainsi explicitement que, si la rupture du contrat résulte de la volonté expresse du syndic, cette prise de position n'est pas exclusive de l'existence d'un intérêt de la masse et par voie de conséquence d'une créance de masse (24). Force est donc de conclure que résolution et absence d'enrichissement de la masse sont deux choses distinctes aux yeux mêmes des magistrats de la Haute cour. Que le contrat soit résolu est un problème qui s'appréciera dans la personne même du syndic. Que, dans le cas où il y a rupture, la masse supporte ou ne supporte pas la charge de telle ou telle prestation est une autre question qui dépendra de l'existence d'un enrichissement. (25)

194

La confusion dénoncée entre résolution et absence d'enrichissement de la masse, a engendré la confusion actuelle entre enrichissement et reprise du contrat. Or, ce qui est valable au cas de résolution tacite ou expresse, le demeure lorsque, la masse revêtant la qualité de tiers, l'absence de reprise du contrat est présumée : pas plus que l'absence d'enrichissement de la masse ne peut renvoyer à la résolution tacite, son exis-

(24) En ce sens voyez, Req. 27 avril 1931, G.P. 1931.II.114, S. 1931.I.240, D.P. 1933.I.336 ; C.A. d'Angers 1er décembre 1931, G.P. 1932.I.48.

(25) En ce sens, Naquet, S. 1906, p.173.

tence n'implique la reprise du contrat. En ce sens, il faut citer deux arrêts de la Cour de cassation qui semblent particulièrement remarquables, tant par la justesse de leur solution, que par les commentaires qu'ils ont suscités.

Le premier de ces arrêts fut rendu par la Chambre des Requêtes le 10 juillet 1933 (26) dans une affaire qui opposait, comme à l'accoutumée, un loueur de sacs et le syndic de son locataire. Le bailleur réclamait comme de juste, le paiement par la masse de la consignation des sacs non restitués et du loyer jusqu'au jour de ce paiement. L'arrêt ayant refusé de faire droit à cette prétention fut confirmé par la Chambre des Requêtes en ces termes : "Attendu que si l'évènement de la faillite laisse subsister les engagements antérieurement contractés par le failli, la masse, qui est un tiers, n'est pas obligée de les prendre à son compte ; qu'elle ne saurait être tenue que, si expressément ou tacitement, elle en a marqué la volonté, ou se trouve en avoir profité ; qu'il incombe à celui qui se prétend créancier de la masse d'en rapporter la preuve".

Cet attendu est généralement interprété par les tenants du formalisme de la reprise de la façon suivante : ils font remarquer qu'à défaut "de déclaration expresse de volonté du représentant de la masse, les juges ne peuvent fonder leur décision de lui faire exécuter le contrat en constatant qu'il utilise les objets loués, que si cette utilisation est de nature à faire reconnaître implicitement cette volonté de continuation". Et d'en conclure alors que, s'il peut résulter, en matière de location de meubles par exemple, un profit de l'usage et de la jouissance des objets remis en location, la constatation de ce fait "ne doit pas être isolée de l'ensemble du problème juridique qui se pose à savoir que, seul un engagement volontaire de la masse peut permettre de mettre un engagement à sa charge" (27).

Relevé parmi beaucoup d'autres similaires (28), cet avis est discutable. L'analyse du texte, ainsi que le relevé de la jurisprudence antérieure

(26) Req. 10 juillet 1933, G.P. 1933.II.583, D.H. 1933 508 ; dans le même sens, Paris 8 mai 1937, G.P. 1937.II.307 ; Trib. co. de la Seine 28 juin 1949, G.P. 1949.II.191.

(27) J. Debroise, préc., p.125.

(28) Meller, préc., p.148, p.216.

et postérieure, conduisent à proposer une autre interprétation de la formule citée. Lorsque la Cour suprême fait précéder le recours à la notion d'intérêt de masse de la conjonction "ou", celle-ci ne marque pas d'équivalence mais au contraire une alternative ; ainsi, lorsqu'est réservé le cas où la faillite a profité de la location des sacs, "cette réserve ne porte pas cumulativement sur les deux conditions qu'elle prévoit, une seule suffit. Si donc il avait été prouvé que la location de ces sacs avait profité à la faillite, encore qu'on n'eût pas établi la continuation du bail par le syndic, la créance aurait été privilégiée" (29). Cette affirmation peut s'appuyer sur plusieurs remarques. Tout d'abord, il paraît pour le moins étonnant que soit utilisée la notion fluctuante d'enrichissement de la masse si le premier membre de la phrase se suffit à lui-même, si seul importe l'absence non contestée en l'espèce de toute manifestation du syndic. Ensuite, si l'analyse menée par la doctrine est justifiée, elle conduit à lire l'attendu comme suit : elle (la masse) n'en est tenue que si, expressément ou tacitement, elle en a marqué la volonté, ou en en bénéficiant en a marqué tacitement l'intention. La formule est redondante, et le résultat n'est guère probant. Au contraire si les deux membres de cette phrase, loin d'être synonyme, sont complémentaires, le critère du bénéfice de la masse n'intervient alors que pour pallier l'absence de manifestation expresse ou tacite du syndic. Ainsi, la notion de bénéfice de masse ne peut pas renvoyer à la prise de position tacite du syndic, puisqu'il faut nécessairement supposer cette dernière inexistante pour que ce recours présente un intérêt.

Un arrêt postérieur de la Cour de cassation est, à cet égard, particulièrement explicite. La Cour d'appel d'Angers avait décidé "que si les objets mobiliers remis en location au failli ne se retrouvent plus dans ses magasins au moment de l'inventaire, parce qu'ils sont engagés dans les opérations de la faillite, la masse est tenue de restituer lesdits objets, ou à défaut d'en payer la valeur, en outre de tenir compte au bailleur du prix de location après la faillite". Examinant le pourvoi formé contre cet arrêt, la Chambre civile, le 14 avril 1934, l'accueille au motif "que les

(29) Naquet, note sous Req. 9 nov. 1904, S. 1906, p.173.

présomptions de droit sur lesquelles la Cour d'appel a fondé exclusivement sa décision, ne résultent d'aucun texte de loi ni d'aucun principe. Que faute d'avoir puisé dans les éléments et les circonstances particulières de la cause, la preuve, soit d'une obligation que le syndic aurait contracté au nom de la masse envers le locateur, soit d'un enrichissement sans cause que la masse aurait réalisé aux dépens du locateur, l'arrêt attaqué manque de base légale" (30).

C'est, cette fois, prendre parti en des termes qui ne supportent aucune équivoque. En conséquence, il semble impossible de souscrire à l'opinion de Monsieur Meller qui voit dans cet arrêt l'affirmation "que le contrat passé avec le failli n'est créateur de droit que contre celui-ci, que, pour que la masse y soit obligée..., il faut un nouvel acte générateur de droits qui peut résulter soit d'une déclaration expresse du syndic, marquant sa volonté de poursuivre le contrat, soit de faits impliquant tacitement cette intention" (31) car, à l'évidence, cette analyse conduit inéluctablement à affirmer "qu'il appartiendra donc au loueur qui se prétend créancier de la masse de prouver que le syndic a continué la location" (32), ce qui est en contradiction flagrante avec les termes de l'attendu précité. Cette décision, en dissociant clairement la reprise du contrat du profit retiré par la masse, érige au contraire en principe que, lorsque le jeu du mécanisme contractuel conduit la masse à s'enrichir aux dépens du cocontractant, il doit en résulter une créance de masse et ceci indépendamment de toute reprise.

195

Cela n'a rien d'étonnant. Lorsque la continuation du contrat par le syndic met les prestations qui en découlent sur un rang préférentiel, c'est parce qu'au travers de cette manifestation expresse ou tacite de la volonté du syndic se révèle d'une façon indubitable la volonté de la masse de retirer un profit des prestations à effectuer, étant entendu qu'elle risque aussi de subir les aléas inhérents à toute exécution.

(30) Civ. 14 avril 1934, D.H. 1934, p. 298, G.P. 1934.I.880 ; voir de même, Alger 23 févr. 1928, G.P. 1928.I.741 ; Civ. 27 mai 1879, S.1881.I.470, D.P. 1879.I.356.

(31) Meller, préc., p.209.

(32) Meller, préc., p.210.

Lorsque, à l'inverse, le syndic opte pour la non continuation, ce sera parce que ce contrat ne présente pas pour l'avenir d'intérêt suffisant pour en compenser les désagréments, l'appréciation de ces divers aspects relevant de la compétence du syndic (33). Toutefois, à supposer que l'exécution de ce contrat ait été cependant poursuivie spontanément postérieurement au jugement déclaratif, il n'est plus besoin ni logique d'avoir recours, pour apprécier l'intérêt de la masse, à l'estimation du syndic. En effet, si l'on veut bien se souvenir que le rôle du syndic ne se justifie que dans le cadre de l'appréciation de l'intérêt de la masse (34), il faut alors admettre, d'une part, qu'il peut exister une distorsion, légitime d'ailleurs, entre l'appréciation globale de l'économie d'un contrat et ses résultats ponctuels, et que, d'autre part, si il est normal en matière d'étude prospective, c'est-à-dire en termes de rupture ou de reprise, de reconnaître la prépondérance de l'option du syndic, celle-ci ne doit pas conduire à nier pour autant l'existence d'un intérêt acquis, dont la masse doit en équité répondre. Il devient alors non seulement concevable, mais nécessaire, qu'en ce qui concerne la période intermédiaire, d'autres éléments, renvoyant eux-mêmes à l'intérêt de la masse, transforment certaines créances hors de la masse ou dans la masse en fausses créances de masse.

§ 2 : La consécration de l'intérêt de la masse par le biais de l'action de in rem verso

196

Si l'option du syndic n'est pas le seul critère permettant de reconnaître à certaines prestations la qualité de fausses créances de masse, il reste à lui trouver un complément. Le cocontractant, qui continue postérieurement au jugement déclaratif à exécuter ses prestations, a toutes chances d'enrichir le patrimoine du débiteur et, par voie de conséquence, la masse des créanciers en tire, même indirectement, profit. A partir de cette constatation, vient alors tout naturellement l'idée de recourir à la notion

(33) Cf. supra p. 126, n°101et s.

(34) Cf. supra p. 144, n°192.

d'enrichissement sans cause pour permettre à ce cocontractant d'être considéré comme un faux créancier de la masse.

L'action de in rem verso, définie par deux arrêts de la Cour de cassation en 1914 et 1915 (35), et adaptée à l'hypothèse de la faillite, "doit être admise contre la masse, en qualité de représentant du débiteur dessaisi, chaque fois qu'après le jugement déclaratif, le patrimoine de ce dernier se trouve, sans cause légitime, enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, et que celle-ci ne jouit pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune action naissant d'un contrat, d'un délit ou d'un quasi délit" (36). Il faut donc que soient réunies deux catégories de conditions: premièrement un avantage et un désavantage dont l'origine réside dans une prestation qui n'a pas été rémunérée et ceci, deuxièmement, sans qu'il puisse s'y trouver une cause et sans qu'aucune autre voie de droit puisse permettre d'y remédier. Précisons en outre que, "la cause dont l'absence est indispensable à l'exercice de l'action de in rem verso est simplement la contrepartie, soit de l'enrichissement soit de l'appauvrissement, contrepartie qui consistè dans la considération d'une contreprestation, d'un avantage personnel ou d'un motif moral" (37), et que l'action de in rem verso ne peut pas porter atteinte à la règle fondamentale de l'égalité des créanciers dans la faillite.

197

En conséquence, il convient, avant de poursuivre, d'éliminer le cas où enrichissement et appauvrissement, étant apparus avant le jugement déclaratif, ont tous deux une cause : la loi du dividende (38). Dans cette hypothèse, en effet, "l'enrichissement de la masse est représenté par la prestation qui a été fournie au failli par son créancier, ou du moins par ce qui subsiste de cette prestation au moment où la faillite est déclarée. Or cet enrichissement a sa cause qui est l'acte juridique passé par le cré-

(35) Civ. 12 mai 1914, S. 1918.I.41 ; Civ. 2 mai 1915, D.P. 1920.I.102.

(36) A. Brunet, thèse préc., p.196, n°138.

(37) Rouast, "L'enrichissement sans cause dans la jurisprudence civile", R.T.D. Civ. 1922, p.45.

(38) Voyez Civ. 12 févr. 1923, D.P. 1924.I.129 note Rouast ; Req. 8 févr. 1909, S. 1911.I.313 note Bourcart ; Civ. 28 avril 1938, R.G.D.C. 1938 871 note Hémard.

ancier avec le failli, au droit de qui se trouve la masse ; plus précisément cette cause, c'est la contrepartie que le failli s'était engagé à fournir. Quant à l'appauvrissement du créancier dans la masse, il peut être évalué exactement : son montant est égal à celui de la remise de dette imposée par la loi du dividende. Cet appauvrissement a lui aussi une cause, il a une cause légale, il est commandé par la loi" (39).

198

Au contraire, à supposer que le profit procuré à la masse soit postérieur à la faillite, il n'est plus possible de soutenir que "la règle de la répartition proportionnelle de l'actif entre les créanciers consacre directement l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatifs en les causant" (40).

Cependant, le problème n'est pas aussi simple à résoudre qu'il y paraît à première vue. Il est certain, qu'en matière extra-contractuelle, les tribunaux se prononcent nettement en faveur du jeu de l'action de in rem verso. La Cour de cassation considère ainsi que, "la masse est tenue de la dette de remboursement comme l'aurait été le liquidé lui-même" (41), lorsque le syndic, croyant que des marchandises appartiennent au débiteur les revend (42), ou encore, lorsque le syndic de la faillite du tireur d'une lettre de change encaisse la provision après l'échéance et s'enrichit injustement aux dépens du porteur (43). En matière contractuelle, par contre, l'application de la notion d'enrichissement sans cause est beaucoup plus réservée et semble s'articuler sur la constatation d'une différence existante entre continuation spontanée et continuation forcée, ceci du moins pour une partie de la jurisprudence.

(39) Sebag, "L'enrichissement sans cause dans la faillite", R.G.D.C. 1938 444 ; voyez aussi Mazeaud, "Les obligations extra contractuelles de la masse dans la faillite", Rev. Crit. 1926, p.126.

(40) F. Goré, "L'enrichissement aux dépens d'autrui", Dalloz, 1949, p.151.

(41) Civ. 5 février 1901, D.P. 1902.I.41.

(42) Civ. 5 février 1901, préc.

(43) Civ. 18 janvier 1937, D.H. 1937 145, S. 1937.I.89, note Rousseau ; dans le même sens, Cass. 26 février 1888, D.P. 1888.I.310 ; Trib. co. de Roanne 2 juillet 1924, G.P. 1924.2.576.

A) L'application de cette notion en cas d'exécution forcée du contrat

199

Le recours à l'enrichissement sans cause compte de nombreux adversaires qui affirment que l'article 38 constitue la juste cause de l'enrichissement de la masse. Ce raisonnement a été notamment développé par M. Derrida, à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence rendu le 2 juin 1978 (44).

La résiliation d'un bail avait été acquise et constatée par une décision antérieure au jugement déclaratif mais la liquidation des biens était intervenue avant la signification de cette décision. L'article 25 du décret du 20 septembre 1953 donnant au syndic un mois à partir de la signification pour éviter la résiliation définitive, ce n'était qu'à partir de l'expiration de ce délai qu'il était certain que le bail serait résolu. Comme le syndic n'avait libéré les locaux que deux mois après cette signification, il était demandé à la Cour de qualifier la nature de l'indemnité d'occupation due pour la période courue entre le jugement de liquidation des biens et l'évacuation. La solution donnée par la Cour d'appel relève de la distinction suivante: jusqu'à l'expiration du délai prévu par le texte qui marque le refus du syndic de continuer le bail, l'indemnité d'occupation doit être considérée comme une créance dans la masse ; au-delà et jusqu'à l'évacuation, il s'agit par contre d'une créance de masse.

M. Derrida approuve cette solution. Qui plus est, il estime qu'elle doit être étendue à "tous les contrats à exécution successive qui se continuent pendant un certain temps après le prononcé du jugement et avant que le syndic ait eu le temps de s'informer de la situation afin d'exercer l'option de l'article 38 en toute connaissance de cause et ait finalement décidé de ne pas continuer l'exécution de ce contrat" (45). A l'appui de sa position, il présente deux arguments qui n'en forment qu'un seul. Pour cet auteur, "il faut considérer que sont des créances dans la masse, celles qui naissent de prestations fournies entre le jugement et la décision du syndic prise dans un délai raisonnable (46)... (parce que)... dans tous les cas, tant que le syndic, exerçant l'option de l'article 38, ne s'est

(44) Aix en Provence, 8^o Ch. 2 juin 1978, D.1978 I.R. 457, obs. F. Derrida.

(45) F. Derrida, sous Aix en Provence, préc.

(46) F. Derrida, sous Aix en Provence, préc.

pas prononcé sur la continuation du contrat en cours, il ne peut engager la masse" (47). Dans ces conditions, "l'enrichissement de la masse, à le supposer effectif, a une juste cause" (48) car, "c'est un cas d'enrichissement ex lege" (49), qui correspond à l'appauvrissement supporté par tous les créanciers dans la masse en vertu de la loi du concours.

Cette argumentation, habile dans la mesure où elle renvoie à une opinion unanime excluant le jeu de l'action de in rem verso au profit des créanciers dans la masse, n'est pas décisive car elle repose en réalité sur la certitude que l'article 38 constitue à lui seul la juste cause de l'enrichissement de la masse. Il suffit pour s'en convaincre de remarquer que selon ce même courant doctrinal, lorsque le cocontractant a fait jouer la clause de résiliation avant le jugement déclaratif, la prestation issue de ce contrat "donne naissance à une créance sur la masse dès lors que postérieure au jugement, elle a profité à la masse" (50).

A notre avis, rien ne permet de puiser dans l'article 38 les justifications d'une telle distinction. La fonction unique de cet article est d'instaurer au profit de la masse, par l'intermédiaire du syndic, une possibilité qui n'existerait pas autrement et il est vrai que, a contrario, il ne peut se concevoir d'engagement contractuel de la masse indépendant de la manifestation de volonté du syndic. Affirmer, par contre, que le profit retiré par la masse durant le délai nécessaire à l'exercice de cette option lui est acquis sans contrepartie, revient à confondre reprise du contrat et enrichissement de la masse en assimilant tout engagement à une continuation. De surcroît, la loi du concours a pour finalité une répartition égalitaire du déséquilibre patrimonial existant au jour du jugement déclaratif ; s'en prévaloir pour justifier au détriment du cocontractant un accroissement de sa charge postérieurement à l'ouverture de la faillite, est un non sens.

(47) F. Derrida, sous Aix en Provence, préc.

(48) F. Derrida, obs. sous Cass. Com. 7 juin 1979, D. 1980 I.R. 7.

(49) F. Derrida, note sous Cass. Com. 16 janvier 1979, D. 1979 234.

(50) F. Derrida, obs. sous Cass. Com. 7 juin 1979, préc.

200

A l'appui de cette thèse, existent plusieurs décisions qui sont intervenues, pour la plupart, à l'occasion de la continuation temporaire et forcée de certains contrats. Nous verrons plus loin que, ceci n'est pas le fruit du hasard et que l'action de in rem verso s'accorde mal avec l'exécution spontanée du cocontractant.

Mises à part les décisions relatives aux conséquences du préavis travaillé après l'ouverture de la procédure collective, la jurisprudence récente est très restreinte. Le seul arrêt probant en la matière a été rendu par la Cour de cassation en 1971 (51). Par acte sous seing privé passé le 16 juin 1964, Chevalier s'engage à vendre un immeuble à Cossart qui entre en jouissance de l'immeuble le jour même et verse une partie du prix. Cossart refusant par la suite de réaliser par acte authentique ladite vente, Chevalier l'assigne le 10 août 1967 aux fins d'obtenir son expulsion, le versement d'une indemnité d'occupation et le paiement du dédit prévu. La faillite de Cossart ayant été prononcée le 6 avril 1967, le demandeur assigne le syndic de la faillite aux mêmes fins. La Cour d'appel met l'indemnité d'occupation, relative à la période écoulée depuis le jugement déclaratif, à la charge de la masse car, dit-elle, cette occupation a permis d'assurer le logement du failli et le syndic n'a pris aucune mesure pour y mettre fin, autorisant ainsi le maintien d'une situation préjudiciable pour le vendeur et profitable pour la masse qui n'a pas eu à subir les prélèvements nécessaires pour régler les loyers. Cet arrêt est cassé au motif "qu'il n'a pas constaté que les secours qui auraient pu être versés au débiteur pour régler les loyers, eussent été au moins égaux au montant de l'indemnité", c'est-à-dire pour n'avoir pas respecté le principe de la double limite de la restitution, règle caractéristique de l'enrichissement sans cause (52).

201

En reconnaissant formellement l'utilité de la théorie de l'enrichissement sans cause relativement à une période postérieure au jugement déclaratif mais antérieure à la demande de résolution, cet arrêt appelle deux remarques.

(51) Cass. com. 5 octobre 1971, Bull. IV, n°229.

(52) En ce sens, Lescot, note sous Civil 28 juillet 1941, S. 1942.I.82.

La première concerne le principe même du recours à une telle théorie. Les développements précédents ont souligné ce qu'il y avait de discutable à lier fausse créance de masse et reprise du contrat, en montrant que l'absence de reprise n'était pas exclusive de la notion d'intérêt de la masse. Dans cette optique, cet arrêt est particulièrement significatif car au lieu de se rabattre en dernier recours sur la notion d'enrichissement sans cause, il privilégie cette possibilité aux dépens d'une autre : la reprise tacite. En effet, cette promesse synallagmatique par laquelle une partie s'engage à vendre telle chose à tel prix et l'autre à l'acheter à ces conditions, "donne aux parties certains droits, elle les soumet à certaines obligations dont l'existence juridique n'est soumise à aucune éventualité... (Ce n'est pas)... par rapport à la vente qu'il faut apprécier la situation nouvelle, la promesse est un contrat autonome" (53). Pourquoi ne pas admettre dans ces conditions que cette promesse qui confère à son détenteur un pouvoir direct sur une situation juridique est, comme tous les contrats en cours au jugement déclaratif, susceptible de reprise ? Dans ce cas, il suffisait à la Cour d'appel d'invoquer, avec la majorité des auteurs, la reprise tacite en constatant que la masse s'était enrichie et que le syndic n'avait rien fait pour faire cesser cette situation. Il n'en est rien. En refusant de mettre le dédit prévu à la charge de la masse, la Cour opte pour la non reprise du contrat, mais n'en écarte pas pour autant l'enrichissement de la masse prise comme représentant du débiteur (54).

La seconde remarque est relative aux conditions de l'utilisation de de in rem verso. Pourquoi en permettre l'exercice alors que le vendeur dispose d'une action en responsabilité contre son débiteur ? pourquoi l'intenter contre la masse alors que c'est le patrimoine du débiteur qui seul est susceptible de s'enrichir ?

Répondre à la première question suppose que soit examinée avec précision la notion de subsidiarité. S'il ne fait aucun doute que cette notion

(53) L. Boyer, "Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avants contrats", R.T.D. Civ. 1949, p.25.

(54) En ce sens, A. Brunet, thèse préc., p.203, n°141 ; contra, H.J. Lucas, préc., p.914, n°38.

empêche de tourner un obstacle légal qui s'opposerait à l'exercice d'une autre action, peut-elle au moins permettre de pallier un obstacle de fait? L'insolvabilité du débiteur et son dessaisissement, en rendant inopérante l'action qui aurait dû être utilisée, autorise-t-elle le créancier à se prévaloir de l'enrichissement sans cause? La tentation est grande de répondre immédiatement par la négative. En réalité, comme le souligne Rouast, "A l'inefficacité d'une action de droit due à un obstacle de fait, on doit remédier, lorsqu'il est possible de le faire, étant donné que cet obstacle est indépendant de la volonté du demandeur, qu'il ne provient ni de sa négligence ni de sa faute, l'équité veut qu'il en souffre le moins possible puisqu'il n'y est pour rien. L'action lui sera ouverte, si par ailleurs, toutes les conditions de cette action se trouvent réunies" (55).

Ceci amène la deuxième question. Le débiteur étant insolvable, il faut pour que l'action de in rem verso présente un intérêt, qu'elle soit intentée contre un tiers par l'intermédiaire duquel s'est produit l'enrichissement. En effet, lorsque le cocontractant fournit sa prestation postérieurement au jugement déclaratif, le failli insolvable et de surcroît dessaisi ne pourra pas exécuter son obligation et le demandeur sera lésé, car son appauvrissement ne sera pas causé par la loi du dividende. Il faut donc l'autoriser "à regarder par-delà le patrimoine de son débiteur défaillant si la prestation n'a pas profité à quelqu'un" (56). Ici, le tiers qui tire avantage de la prestation, "c'est la masse qui représente le débiteur" (57).

L'ultime objection est alors de souligner que cet enrichissement, s'il existe, ne peut que se réaliser dans le patrimoine du failli et en aucun cas dans le patrimoine de la masse. A ceci il est fort justement répondu par Mme Brunet que "dans le cas particulier de la faillite, le demandeur ne regarde pas par-delà le patrimoine de son cocontractant défaillant, mais par-delà la personnalité de celui-ci. Ce n'est pas un enrichissement sans cause avec interposition d'un tiers patrimoine; c'est un enrichissement sans cause avec interposition d'une tierce personne" (58).

(55) Rouast, préc., p.89.

(56) Rouast, préc., p.68.

(57) A. Brunet, thèse préc., p.204, n°141.

(58) A. Brunet, thèse préc., p.206, n°142.

B) La limite de cette solution : l'exécution spontanée du contrat

202

Mais est-il encore possible de parler d'enrichissement sans cause, lorsque l'appauvrissement du cocontractant, bien loin de lui être imposé par un obstacle de fait irrésistible, résulte d'une prestation fournie volontairement après l'ouverture de la faillite ? Autrement dit, l'action de in rem verso est-elle admissible lorsque le demandeur a commis l'imprudence de ne pas interrompre la fourniture de ses prestations alors qu'il avait la possibilité de le faire ? (59).

Face à ce problème, comme vis-à-vis du précédent, il existe deux attitudes possibles selon que la question est appréhendée dans le cadre du droit d'option du syndic ou dans celui de l'enrichissement sans cause.

203

La théorie des opérations courantes élaborée notamment, à partir d'un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, en date du 26 novembre 1974, relève incontestablement de la première démarche. Une société civile immobilière possédait un immeuble de 186 logements, occupé par les associés. Avant d'être mise en règlement judiciaire, elle avait confié par contrat le soin du chauffage à une société spécialisée. Après le jugement déclaratif et, malgré l'absence d'intervention du syndic, l'entreprise de chauffage continue à fournir sa prestation et assigne le syndic en paiement. Elle soutient qu'elle est titulaire d'une créance de masse pour une double raison : "un engagement contractuel ou quasi contractuel de la masse, un engagement sur le fondement d'une gestion d'affaires ou d'un enrichissement sans cause". La Cour d'appel, se plaçant uniquement sur le terrain contractuel, considère "que ces dépenses de fonctionnement qui, si elles ne profitent pas directement à la masse ne l'appauvrissent pas davantage, doivent être assimilées à des opérations courantes de gestion et d'administration conformes

(59) Sur le principe d'une telle distinction, voyez Rouast, préc., p.89, F. Goré, préc., p.262 ; sur l'application de ce principe aux contrats poursuivis postérieurement au jugement déclaratif, voyez C. Atias, Rev. des Sociétés 1978, p.292 et 293 ainsi que les observations de R. Houin à la R.T.D.Co. 1975, p.538.

aux usages, pour lesquelles l'accord exprès du syndic du règlement judiciaire n'est pas indispensable, mais qui sont néanmoins opposables à la masse et l'engagent... ; que d'ailleurs les autres dépenses ultérieures de chauffage n'ont donné lieu à aucune difficulté et ont été prises en charge par la société civile avec l'accord implicite mais nécessaire du syndic" (60).

Cet arrêt n'apporte rien car, bien loin de déroger "à la règle de la nécessité de l'assistance du syndic pour rendre les actes de gestion opposables à la masse" (61), il situe sa solution en référence à la notion classique de reprise tacite. La réflexion du commentateur est à cet égard caractéristique. Pour lui, si "la jurisprudence admet que les opérations courantes de gestion ou d'administration conformes aux usages n'ont pas besoin de l'accord exprès du syndic au règlement judiciaire, c'est parce que celui-ci, n'ignorant pas que les fournitures étaient continuées, ne s'y est pas opposé, ce faisant, il a donné son accord non seulement implicite mais même nécessaire comme le note l'arrêt" (62). Mais c'est alors admettre du même fait que, dès qu'il y aura manifestation expresse d'un refus, la créance issue de la fourniture d'une telle prestation ne pourra en aucun cas être une créance de la masse.

204

Cette conséquence est inéluctable, elle est aussi totalement inique et les critiques adressées précédemment à la confusion existante entre fausses créances de masse et reprise du contrat, trouvent ici à s'employer. Seul le recours à l'action de in rem verso pourrait éviter ce résultat ; encore faut-il que les conditions de son utilisation soient remplies. La pierre d'achoppement réside dans le caractère volontaire de la prestation de l'appauvri car, "si dans certaines hypothèses, la loi admet le rétablissement d'un déséquilibre qui a sa source dans la volonté de l'appauvri, ... tout autre est la situation lorsqu'il s'agit de l'action de in rem verso. On ne se demande pas si les profits sont égaux à l'appauvrissement. On re-

(60) C.A. de Rennes, 2^e Ch. 26 nov. 1974, G.P. 1975, p.294 ; dans le même sens, Paris 6 juillet 1979, D. 1980 I.R.405 ; contra, Paris 12 nov. 1979, section B, D. 1980 I.R. 405.

(61) A. Honorat, obs. sous Paris 6 juillet 1979 et 12 nov. 1979, préc.

(62) Commentaire anonyme sous Rennes, préc.

cherche simplement si le déséquilibre a été voulu ou non par l'appauvri" (63).

Cette distinction se retrouve, semble-t-il, dans un arrêt rendu par la Chambre civile le 11 novembre 1902 dans une espèce au demeurant, sans rapport avec le droit de la faillite (64). Un chien errant avait été saisi par un garde chasse qui, l'ayant nourri, réclamait à son propriétaire le remboursement des frais ainsi occasionnés. En l'occurrence, la Cour de cassation n'admet pas que le remboursement des soins et de la nourriture fournie car, dit-elle, les chiens errants doivent être déposés en fourrière et ne peuvent être gardés qu'autant que leur maître a constitué séquestre. Si donc l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'aboutit pas dans cette espèce, c'est non pas, "parce que le demandeur aurait pu obtenir ce qu'il prétend par une autre voie de droit" (65), mais parce que si les possibilités légales avaient été employées, ces frais n'auraient jamais été occasionnés.

Toutes proportions gardées, ne peut-on pas penser que le cocontractant qui exécute spontanément sa prestation au lieu de suspendre l'exécution du contrat à partir du jugement déclaratif, comme il aurait pu le faire, ne peut recourir à l'enrichissement sans cause.

205

A cela, il pourrait être répondu que "l'adjonction de l'absence de faute de l'appauvri, comme condition de l'action de in rem verso, modifie sensiblement la physionomie traditionnelle de l'enrichissement sans cause" (66) alors que de surcroît la Chambre commerciale a affirmé, le 23 janvier 1978, que "le fait d'avoir commis une négligence ou une imprudence ne prive pas celui, qui en s'appauvrissant à enrichi autrui, de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause" (67).

(63) F. Goré, thèse préc., p.262, n°253.

(64) Civ. 11 novembre 1902, S. 1903.I.453.

(65) Rouast, "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile", R.T. D. Civ. 1922, n°28.

(66) A. Honorat, D. 1980 I.R. 404.

(67) Bull. IV, 28, p.22 ; Defrénois, 1979.377, art.31928, obs. J.L. Aubert; D. 1979 I.R. 273, obs. M. Cabrillac, J.C.P. 1980.II.19365, note H. Thuillier.

Que le critère de l'absence de faute de l'appauvri soit une condition de l'action de in rem verso n'a pourtant rien de singulier ; nous n'en voulons pour preuve que la jurisprudence de la première Chambre civile qui en fait l'un des principes de l'enrichissement sans cause (68).

Quant à la divergence qui pouvait exister entre les deux Chambres, civile et commerciale, elle vient d'être comblée par un arrêt de la Chambre commerciale, en date du 5 février 1980 (69), consacrant, à n'en point douter, un alignement de leurs deux jurisprudences dans le sens d'une exigence d'absence de faute. Le 7 juin 1972, le sieur Fontanaud commande à la société ITEB des travaux de rénovation d'un local commercial. Le 7 juillet 1972, cette société est mise en règlement judiciaire et, bien qu'elle ne soit pas autorisée à poursuivre son exploitation, elle sous-traite le 21 août 1972 à la société Nithart Vitry une partie des travaux à effectuer. Le syndic ayant perçu le 5 octobre 1972 le montant d'un billet à ordre souscrit par Fontanaud, la société Nithart Vitry assigne en paiement le dirigeant de fait et le syndic de la société ITEB. Pour faire droit à cette demande, la Cour d'appel retient que, "si la masse n'est pas tenue des dettes postérieures au jugement du règlement judiciaire nées à l'occasion de l'exécution d'un contrat poursuivie irrégulièrement par le débiteur, il peut en être autrement lorsque la masse s'est enrichie du montant des créances nées, elles aussi, postérieurement à ce jugement". Cet arrêt est cassé pour n'avoir pas répondu aux conclusions du syndic soutenant que l'enrichissement sans cause de la masse ne pouvait être invoqué, dès lors que l'appauvrissement de sous-traitant "était la conséquence de la faute de cette société qui avait traité avec la société ITEB en méconnaissance du jugement ayant prononcé le règlement judiciaire de cette dernière et dont elle ne pouvait ignorer l'existence".

Ainsi la masse profitera-t-elle de l'enrichissement chaque fois que sera établie la faute de l'appauvri, alors même que cet enrichissement ne trouve aucune juste cause.

(68) Voyez Cass. civ. 22 octobre 1974, Bull. I, n° 272, p.233.

Voyez Cass. civ. 3 avril 1979, Bull. I, n°110, p.89.

(69) Cass. com. 5 février 1980, Bull. IV, n°56, p.45, D. 1980 I.R. 404.

A défaut d'enrichissement sans cause, l'immixtion ainsi réalisée par le cocontractant pourrait suggérer le recours à la gestion d'affaires puisque ce qui caractérise la notion de gestion d'affaires par rapport à la notion d'enrichissement sans cause, ce n'est ni l'intention de gérer, ni l'idée de représentation, mais l'idée d'immixtion (70). Mais pour pouvoir utiliser la gestion d'affaires, il faut que celle-ci intervienne sans qu'il existe une opposition du maître de l'affaire, et il est donc certain, comme le note M. Goré, "que la gestion ne vaut qu'en cas d'inaction du maître ou d'approbation ou d'abstention approbative" (71).

Postérieurement au jugement déclaratif, le débiteur étant dessaisi, il faut considérer le maître de l'affaire comme étant le syndic ; or de deux choses l'une, ou son attitude peut être considérée comme une approbation et celle-ci vaut reprise du contrat, ou bien ce n'est pas le cas, et il devient alors impossible de recourir à la gestion d'affaires puisque le syndic est censé, en l'absence de prise de position, renoncer à la poursuite du contrat. Dans l'hypothèse classique, "si le maître sort de sa réserve et interdit la gestion, le gérant n'a plus désormais qu'à s'abstenir" (72), dans le cadre de la faillite, la proposition est inversée : le refus de la gestion résulte directement de la réserve du syndic, et le gérant n'aura qu'une créance hors de la masse (73).

Pas plus que l'enrichissement sans cause, la gestion d'affaires ne permet de qualifier les créances, issues d'une exécution spontanée par le cocontractant, de fausses créances de masse. Force est donc, dans ce cas, d'en revenir à la distinction ordinaire fondée sur la prise de position du syndic.

(70) En ce sens, F. Goré, thèse préc., p.276, n°267 et p.269, n°259.

(71) F. Goré, thèse préc., p.279.

(72) F. Goré, thèse préc., p.279.

(73) En ce sens, voyez A. Brunet, thèse préc., p.196, qui remarque que la gestion d'affaires dans ce cas "revient à obliger la masse à reprendre un contrat qui est susceptible de ne présenter aucun intérêt pour elle".

Il ne faudrait pas pour autant en conclure à l'échec du recours à la notion d'intérêt de la masse. En soulignant le caractère de simple modalité de la reprise, elle permet de ne plus ériger en principe la relation existante entre l'option du syndic et la qualité de fausse créance de masse. En effet, entendu strictement, un principe se dit "d'une proposition posée au début d'une déduction, ne se déduisant elle-même d'aucune autre dans le système considéré" (74). Or la relation rigide qui existe entre reprise et fausse créance de masse ne s'explique qu'à l'aide de la notion d'intérêt de la masse. Le parallélisme instauré entre l'option du syndic et la qualité de la créance, n'est donc qu'une des modalités du principe, l'enrichissement sans cause en étant une autre.

Il semble ainsi, qu'en l'état actuel de la législation, la qualification des créances nées de la période intermédiaire entre le jugement déclaratif et la prise de position du syndic doit répondre à la distinction suivante : soit la nature des prestations contractuelles ne se prête pas à une suspension immédiate (le contrat de louage par exemple) et alors la créance résultant de la période intermédiaire sera systématiquement une fausse créance de masse, quelle que soit l'option ultérieure du syndic, soit le cocontractant continue d'exécuter spontanément le contrat, alors que la nature des prestations contractuelles lui permet d'interrompre immédiatement l'exécution, et, dans ce cas, il est créancier en dehors de la masse sauf au syndic à poursuivre le contrat.

La deuxième branche de l'alternative, quoique inéluctable, n'est pas satisfaisante car le parallèle contestable établi dans ce dernier cas entre reprise et fausse créance de masse conduit de nouveau à passer sous silence l'enrichissement que la masse peut retirer de l'exécution spontanée. Et ceci n'est pas une hypothèse d'école car, s'il est certain que le syndic est en principe à même d'opter en connaissance de cause pour la reprise ou pour l'abandon du contrat, il est tout aussi certain qu'il est dans la majorité des cas dans l'impossibilité matérielle d'appréhender globalement et immédiatement la situation économique de l'entreprise pour en tirer les conséquences qui s'imposent. Dans ces conditions, il se peut fort bien que,

(74) A. Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie.

ce qui ne présente plus d'utilité pour la masse au moment où interviendra l'option du syndic, lui ait cependant permis auparavant de s'enrichir. Malheureusement, si cette constatation est évidente, il ne paraît pas possible pour autant d'appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause au cas d'exécution spontanée.

A cet égard, il est tout à fait regrettable que le projet de loi sur "le règlement judiciaire des entreprises", n'ait pas repris la formule préconisée par le projet n°975, relatif au "traitement des difficultés des entreprises". Il y était proposé, en effet, la rédaction suivante de l'article 38 : "Faute pour le syndic d'avoir pris parti dans ce délai, le contrat n'est pas continué. Les créances résultant des prestations fournies pendant le dit délai sont produites au passif. Cependant, si ces prestations ont profité à la masse, ces créances constituent des dettes de masse". Cette disposition permettait, au-delà d'une application nécessairement limitée de la théorie de l'enrichissement sans cause, de présenter un ensemble de solutions cohérentes, en parfaite harmonie avec le courant jurisprudentiel relatif à l'intérêt de la masse.

SECTION II : L'APPLICATION DE CETTE ANALYSE AUX CONTRATS DE TRAVAIL

208

A première vue, la poursuite des contrats de travail postérieurement au jugement déclaratif devrait être exclusive de toute période intermédiaire, puisque, par une solution dérogatoire au droit commun et reposant sur l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail, "il suffit que l'activité soit régulièrement poursuivie pour que soit maintenu de plein droit l'ensemble des contrats de travail non légitimement dénoncés avant de continuer l'exploitation" (1), et pour que, par conséquent, les créances salariales correspondantes soient considérées comme de fausses créances de masse.

(1) F. Derrida, note sous Cass. soc. 17 mars 1977, D.1977 583, pour l'énoncé du principe de cette solution, Cass. com. 7 juillet 1961, J.C.P. 1961.II.12287 bis, note R. Lindon, R.T.D.Co. 1961, p.947, n°44, Bull. II, n°757, p.597, D.1961, Somm.112.

Cependant, ce système, si tant est qu'il soit valable, requiert pour être utilisé que soit acquis au préalable le principe d'une continuation régulière d'exploitation (2). L'article L.122-12 alinéa 2 nécessite en effet pour s'appliquer, l'accomplissement simultané de deux conditions : une modification de la situation juridique de l'employeur d'une part, l'existence d'un nouvel exploitant d'autre part (3).

A supposer admise la modification de la situation juridique de l'employeur par le biais du jugement déclaratif, il n'en demeure pas moins qu'il ne pourra être question de considérer la masse comme le nouvel exploitant, et par voie de conséquence comme le nouvel employeur, si une continuation d'exploitation n'est pas intervenue. Or celle-ci, hormis le cas où elle est expresse, est considérée par la doctrine dominante comme inexistante, ceci au motif que le pouvoir d'autoriser l'activité de l'entreprise appartenant à l'autorité judiciaire, il ne peut être question en pareille matière "de se contenter de décisions tacites qui prendraient leur source dans une situation de fait que le magistrat aurait laissée se créer ou se perpétuer" (4).

En conséquence, il faudrait en l'absence d'intervention judiciaire, en revenir au droit commun et remarquer que si les contrats de travail ne sont pas maintenus de plein droit, il appartient au syndic, "exerçant alors l'option que lui confère l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967, de prendre parti sur le sort de chaque contrat de travail dans un délai raisonnable, eu égard aux difficultés rencontrées pour apprécier la situation d'ensemble du débiteur" (5).

(2) Argenson et Toujas, R.C. 71, n°517, p.498 ; Ripert et Roblot, t.II, n°3079; H. Blaise, "La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur", Dr. soc. 1962 30 ; F. Derrida, "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", Dr. soc. 1978, Fév. 63 ; J. Guyon, "Le droit des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise", Dr. soc. 1974 138 ; M. Hardouin, thèse préc., n°86 et s. ; A. Honorat, D. 1976 665 ; R. Le Roux-Cocheril, "La faillite et l'article L.122-12 du Code du travail", Dr. soc. 1978 93 ; I. Vacarie, L'employeur, éd. Sirey, n°136, p.100.

(3) Cf. supra p.105, n°84 et s.

(4) F. Derrida, préc., D. 1977 582 ; dans le même sens, M. Hardouin, thèse préc., n°33.

(5) F. Derrida, Dr. soc. 1978, fév., p.73.

En effet, comme le note M. Derrida, "s'il suffit que l'activité soit régulièrement poursuivie pour que soit maintenu de plein droit l'ensemble des contrats de travail non légitimement dénoncés avant de continuer l'exploitation, en revanche il n'est pas nécessaire que cette autorisation soit donnée, (et elle ne peut l'être qu'expressément), pour que certains contrats de travail soient maintenus ; ces contrats ce sont uniquement ceux à propos desquels le syndic a opté, serait-ce implicitement, pour leur continuation" (6).

Il a été démontré dans les développements antérieurs que la référence ainsi faite à cette disposition du Code du travail ne s'imposait pas et que la masse n'étant jamais dans cette hypothèse l'employeur des salariés, la distinction introduite entre continuation régulière et irrégulière était critiquable. Il eût été grandement préférable d'aligner systématiquement le sort des contrats de travail sur celui des autres contrats poursuivis après le jugement (7).

Ce n'est donc pas le recours à la prise de position du syndic qui est contestable puisqu'aussi bien nous inclinons à en généraliser l'utilisation, mais les conséquences qu'il est d'usage d'en tirer car, ici comme ailleurs, elles font peu de cas de la notion d'intérêt de la masse. En particulier, s'il est certain que seule la prise de position du syndic permet de distinguer entre contrat repris et contrat rompu, il est, en revanche tout à fait critiquable d'utiliser ce critère, comme le fait la doctrine et un très récent arrêt de la Cour de cassation (8), pour qualifier les créances salariales issue d'une période où la continuation d'exploitation n'est pas autorisée. Cela est d'ailleurs d'autant plus regrettable que la jurisprudence était parvenue ces dernières années à distinguer l'intérêt de la masse de la prise de position du syndic, tant en matière de préavis travaillé (§ 1), qu'en matière de contrat de travail poursuivi irrégulièrement (§ 2).

(6) F. Derrida, préc., D.1977 583.

(7) Cf. supra p.104, n°83 et s.

(8) Cass. com. 22 nov. 1982, D. 1983, note F. Derrida.

§ 1 : L'exécution de son préavis par le salarié

209

Il arrive fréquemment que le syndic, après avoir décidé dans le cadre d'une exploitation non autorisée de mettre un terme aux contrats de travail, exige l'exécution de son préavis par le salarié. Selon M. Derrida, le travail fourni en pareil cas ne peut donner lieu qu'à des créances dans la masse car, "sans doute la masse va-t-elle en tirer profit, spécialement pour terminer des travaux en cours, mais cette activité ne s'analyse nullement en une continuation d'exploitation, celle-ci implique une poursuite d'activité comportant des contrats nouveaux qui engagent l'avenir, tandis que l'achèvement des commandes en cours conduit seulement à un apurement des contrats conclus antérieurement ; la masse ne saurait être davantage tenue en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause, car les salariés ne subissent aucun appauvrissement, dès lors qu'ils sont payés par l'A.G.S. ; pour celle-ci, son appauvrissement trouve sa cause dans le congédiement qui, donné aux salariés au moment du jugement, les rend seulement créanciers dans la masse et non pas créanciers de la masse" (9).

Il faut écarter d'emblée la première partie de ce raisonnement. : rien ne permet d'établir une corrélation entre la continuation d'exploitation et la conclusion de nouveaux contrats. Le développement consacré à l'absence d'enrichissement sans cause est en revanche instructif car il permet de percevoir très nettement le cheminement de la pensée de son auteur.

Pour celui-ci et pour beaucoup d'autres, si la volonté de congédiement du syndic est primordiale, si elle est présentée comme la cause de l'appauvrissement de l'A.G.S., c'est parce qu'est posé le postulat selon lequel toute fausse créance de masse ne peut que résulter d'une volonté de reprise du syndic. L'affirmation d'un appauvrissement causé n'est donc pas le fruit d'une démarche juridique reposant sur l'étude comparative du congédiement et de l'exécution du préavis, mais tout au contraire une tentative maladroite de justification imposée par l'utilisation a priori d'un schéma d'analyse. Il faut en effet prendre conscience que la doctrine ne peut pas,

(9) F. Derrida, Dr. soc. 1978, préc., 74.

sous peine de remettre en cause l'ensemble de son système, admettre qu'une fausse créance de masse coexiste avec la rupture explicite d'un contrat car, l'admission d'une exception de cette ampleur suffirait à ruiner l'ensemble du principe selon lequel il ne peut exister de fausse créance de masse indépendamment de la reprise du contrat par le syndic. Dans ces conditions, puisque l'exécution du préavis "n'est pas exclusive de la volonté de la masse de ne pas poursuivre le contrat" (10), le prix à payer au maintien d'une cohérence artificielle est de soutenir que "la continuation du travail pendant la période du préavis est une conséquence légale de la rupture du contrat" (11) et qu'en conséquence la qualité de créance dans la masse reconnue à ces prestations découle directement de la position négative du syndic.

Cette démarche pourrait à la rigueur se justifier si, par le biais d'un raisonnement juridique probant quoique construit a posteriori, elle débouchait sur un corps de solutions stables et équitables ; ce n'est pas le cas. En effet, outre l'affirmation pour le moins discutable, consistant à dire que l'exécution contractuelle d'un travail par le salarié a pour cause exclusive la rupture du contrat de travail, elle conduit à adopter des solutions particulièrement incohérentes. Non seulement deux prestations au contenu identique, fournies à la même période, toutes deux à la demande du syndic, se verront appliquer un régime distinct et inégalitaire, peu important d'ailleurs que ce soit au préjudice du salarié ou de l'A.G.S., mais encore dans la logique du système, la même fourniture de travail donnera lieu, au gré des revirements du syndic, tantôt à des créances dans la masse, tantôt à de fausses créances de la masse. La Chambre sociale a ainsi décidé dans un arrêt du 28 octobre 1971 que, lorsque le syndic revenait sur sa décision antérieure de licenciement, les créances issues de l'exécution du préavis devenaient de fausses créances de masse (12).

210 Face à cet état de fait, si la jurisprudence a très rapidement refusé d'admettre que deux prestations identiques, effectuées durant la même pé-

(10) R. Houin, R.T.D.Co. 1967 588, n°42.

(11) R. Houin, préc.

(12) Cass. soc. 28 oct. 1971, Bull. civ. V, n°606, p.511, D.1972, Somm. 71.

riode, puissent donner lieu à des qualifications différentes, elle a par contre très longtemps hésité sur la justification juridique qui permettrait de concevoir face au problème du préavis, une solution unitaire. La théorie classique liant indissolublement fausse créance de masse et reprise du contrat, il était naturel de songer tout d'abord à étendre à l'extrême la notion de reprise tacite ; c'est ce que firent dans une première étape les tribunaux.

Un conducteur de travaux, au service d'une société de construction déclarée en état de règlement judiciaire par jugement du 11 septembre 1962, avait été licencié le 25 septembre 1962, avec un préavis de trois mois, par l'administrateur provisoire dont la nomination remontait au 18 septembre. Prié par l'administrateur de quitter définitivement son emploi le 30 novembre 1962, soit avant l'expiration du préavis, le salarié assigne le représentant de la masse pour obtenir le paiement du solde de ses salaires et de l'indemnité compensatrice de préavis.

Pour faire droit à cette demande, la Cour d'appel d'Aix en Provence (13) qualifie de créance de masse la somme due à cet employé pour les salaires et indemnités postérieures au jugement, au motif "que le contrat de travail liant la société X... à la société Y... n'aurait été rompu que par lettre du 25 septembre 1962, postérieure de huit jours à la désignation de l'administrateur au règlement judiciaire, qui faisait savoir que le préavis serait effectué au service de la société et qu'il aurait ainsi continué son activité pour le compte de la masse responsable de la rupture du contrat de travail d'abord maintenu".

Si la motivation qui anime la Cour d'appel est tout à fait louable, il est en revanche beaucoup plus difficile de souscrire à son raisonnement. Soucieuse de mettre le paiement du préavis à la charge de la masse, mais consciente de devoir appliquer les règles issues du droit commun, puisque la continuation est irrégulière, la seule possibilité qui lui reste est d'affirmer la reprise préalable par le syndic, quitte à passer sous silence le fait que, selon une solution bien assise, le délai de huit jours, inter-

(13) Aix en Provence 16 mars 1964, inédit.

venu entre la nomination du syndic et sa prise de position, est plus que raisonnable et qu'en conséquence le silence du syndic durant cette période ne saurait valoir reprise. De surcroît, il ne s'agit plus ici d'interpréter un silence du syndic, et l'administrateur a beau jeu de remarquer que "la notification sous huitaine de la cessation d'activité... ne peut valoir contrat de travail avec la masse, que la simple exécution du préavis, après notification de la rupture des contrats de travail, ne vaut pas reprise de ceux-ci pour le compte de la masse, et que l'indemnité compensatrice de préavis réclamée par un cadre, après le départ de tout le personnel sous ses ordres, ne peut donc constituer une créance de la masse, mais une simple créance dans la masse".

Contre toute attente, cet arrêt n'est cependant pas cassé par la Chambre sociale (14) ; consciente de la pertinence des arguments développés au pourvoi, elle opère un glissement. Ecartant la notion de reprise tacite, qui à l'évidence ne peut être retenue, la Haute cour sauve in extremis la solution de la Cour d'appel en relevant que l'administrateur avait précisé dans sa lettre de licenciement que le salarié, qui avait à assurer un service normal durant la durée de son préavis, "en serait payé effectivement". Ceci n'est cependant qu'un moyen temporaire d'écarter le problème de fond car la référence faite dans ce cas particulier à l'existence d'un engagement spécial du syndic implique qu'à défaut d'une telle promesse, la créance soit une créance dans la masse.

211

Les solutions dégagées par la Chambre sociale le 28 octobre 1971 (15) témoignent une nouvelle fois de l'embarras de la Haute juridiction. Mais dans cette affaire, ce qu'elle ne peut justifier par un accord spécial du syndic, elle l'étaye en faisant de la continuation de fait de l'exploitation l'un des éléments révélateurs de la prise de position du syndic.

Le règlement judiciaire d'une société avait été prononcé le 28 octobre 1968, sans qu'intervienne une autorisation de poursuivre l'exploitation. Le 18 juillet 1968, le syndic licencie un salarié en lui demandant d'effec-

(14) Cass. soc. 23 févr. 1966, Bull. V, n°199, p.168.

(15) Cass. soc. 28 oct. 1971, Bull. V, n°605, p.511.

tuer son préavis. La Cour d'appel ayant reconnu aux créances nées de ces prestations la qualité de créances de masse, le syndic dépose un pourvoi en cassation, dans lequel il soutient que le salarié n'est pas un créancier de la masse car, d'une part son contrat a été résilié et, d'autre part l'exécution de son préavis est intervenu à une époque où la continuation de l'exploitation n'était pas autorisée. La Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi, relève que "si le syndic n'a pas sollicité les autorisations nécessaires pour continuer l'exploitation, celle-ci s'est néanmoins poursuivie pour l'achèvement de certains chantiers ; et surtout en raison de la disparition des administrateurs de la société, le maintien du salarié était nécessaire pour éclairer le syndic sur la situation exacte de l'entreprise et permettre la solution de multiples difficultés ainsi que l'étude du meilleur parti à prendre".

Cette analyse n'est pas justifiée. La solution retenue peut se résumer de la façon suivante : si à l'autorisation d'exploitation correspond le transfert automatique des contrats de travail, une continuation d'exploitation de fait n'emporte qu'une prise de position tacite du syndic. Apparemment, le principe initial est respecté, la continuation de fait n'est qu'un élément d'appréciation, la référence demeure l'option du syndic. Mais à partir de quel élément détermine-t-on, en l'occurrence, l'existence d'une continuation de fait, si ce n'est en se fondant sur l'accomplissement d'un travail postérieurement au jugement déclaratif. La conclusion s'impose alors : puisque la poursuite d'un travail postérieurement au jugement déclaratif emporte continuation de fait de l'exploitation, puisque d'autre part la continuation d'exploitation vaut reprise tacite du contrat par le syndic, toute poursuite du travail postérieurement au jugement déclaratif équivaut à présumer la volonté de continuation du contrat par le syndic.

Inéluctable cette conclusion n'en est pas moins en contradiction avec les motifs de l'arrêt. Il faut en effet rappeler qu'il y est précisé que le maintien du salarié avait notamment pour objet, "l'étude du meilleur parti à prendre". Ceci sous-entend donc, à l'évidence, que, jusqu'à l'achèvement de cette étude, le syndic n'avait ni les moyens, ni a fortiori la volonté de reprendre le contrat de travail puisqu'il n'était pas à même de procéder à une évaluation correcte de la situation de l'entreprise. D'au-

tre part, cette démarche revient à vider la notion de reprise tacite de tout sens en permettant de soutenir "que la masse qui a momentanément continué l'exploitation a du même coup clairement manifesté l'intention de continuer le contrat de travail quant à l'exécution du préavis" (16). Or de deux choses l'une, ou bien la masse a manifesté l'intention de continuer le contrat et il ne peut dans ce cas être question de préavis, ou bien il y a effectivement préavis et alors, pour peu qu'il soit exécuté en l'absence d'autorisation de poursuivre l'exploitation, il prouve à n'en point douter une volonté de rupture de la part du syndic.

La notion de reprise tacite n'est pas indéfiniment extensible et il semble impossible d'y recourir lorsqu'il y a eu rupture explicite du contrat. En particulier, l'admission de la continuation de fait ne peut permettre d'affirmer que l'exécution du préavis puisse être l'un des éléments permettant de présumer une continuation tacite, alors qu'il est inconcevable de parler de préavis sans se référer à une rupture expresse du contrat. Cette seule conséquence pratique suffit, à nos yeux, pour ruiner ce système.

212 C'est dans ce contexte théorique qu'il faut resituer l'arrêt rendu le 16 mars 1977 par la Chambre sociale (17).

Les faits y sont quasiment identiques à ceux décrits précédemment. Une société avait été soumise à une procédure de règlement judiciaire et la continuation d'exploitation n'avait pas été autorisée. Un mois après le jugement déclaratif, le syndic congédie un salarié en lui demandant d'exécuter son préavis. Réclamant paiement de ses salaires, ce dernier saisit le Conseil des prud'hommes qui se déclare incompétent motif pris qu'il s'agirait en l'espèce de créances dans la masse. Saisi d'un contredit, la Cour d'appel d'Amiens décide à l'inverse qu'il s'agit de créances de masse.

Les moyens du pourvoi sont classiques et s'appuient sur le fait que, la continuation d'exploitation n'étant pas autorisée, la poursuite du tra-

(16) A. Brunet, thèse préc., p.167.

(17) Cass. soc. 16 mars 1977, D. 1977 580, G.P. 1977.I, Somm. p.184, Bull. V, n°198, p.156.

vail durant un mois, sans qu'il y ait au cours de cette période de prise de position du syndic, ne peut emporter reprise automatique à la charge de la masse. Le raisonnement que développe la Chambre sociale pour rejeter le pourvoi est lui, par contre, inattendu. Il y est affirmé en effet que les contrats de travail en cours subsistent entre la masse et les salariés de l'entreprise en règlement judiciaire "lorsque, fut-ce sans l'autorisation expresse du juge commissaire, l'exploitation de celle-ci s'est poursuivie". Par conséquent la Cour d'appel a pu estimer que, pour les sommes qu'il réclamait, le salarié était créancier de la masse.

La doctrine s'est étonnée de cette solution en remarquant qu'il était acquis depuis longtemps "qu'à défaut de poursuite régulière d'activité, le contrat de travail connaissait le sort de tous les contrats en cours au moment du prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens ; il appartenait au syndic d'exercer l'option résultant de l'article 38 de la loi de 1967 et de se prononcer expressément ou tacitement pour la continuation du contrat lui-même" (18). De surcroît, selon M. Derrida, la même solution aurait pu facilement se justifier à partir du fait "qu'en laissant en toute connaissance de cause le salarié travailler, le syndic avait opté pour la continuation du contrat de ce salarié" (19). D'après cet auteur, si la Chambre sociale n'a pas suivi cette dernière solution "il semble que ce soit pour rendre la masse employeur du salarié car, seul les différents s'élevant entre employeurs et salariés ressortissent à la compétence de la juridiction prud'homale" (20). Une telle opinion n'est pas pertinente car, elle repose sur l'idée que la masse ne devient l'employeur du salarié qu'en cas de continuation régulière d'exploitation. Or ceci est inexact ; il est admis que, lorsque l'article L.122-12 alinéa 2 ne trouve pas à s'appliquer faute d'une continuation régulière d'exploitation, la masse peut néanmoins devenir l'employeur des salariés mais à la condition expresse qu'une volonté de reprise soit imputable au syndic. Ce n'est donc pas dans cette direction qu'il faut chercher la raison d'être de cette motivation.

(18) F. Derrida, note sous arrêt, préc., p.582.

(19) F. Derrida, note sous arrêt, préc., p.583.

(20) F. Derrida, note sous arrêt, préc., p.583.

En réalité, cette exclusion délibérée de la notion de reprise tacite s'explique par l'embarras qu'éprouve la Chambre sociale devant les discordances et les approximations engendrées par l'emploi d'un tel critère. En effet, et quoiqu'en dise M. Derrida, le délai d'un mois écoulé en l'espèce, n'a jamais été conçu par la jurisprudence comme excessif dans le cadre du droit commun et n'a jamais valu, par lui-même et à lui seul, reprise du contrat. Pourquoi devrait-il en être autrement en matière de contrat de travail ? En quoi l'écoulement d'un certain délai pourrait-il laisser présumer l'existence d'une volonté de reprise, ceci du moins dans le cadre de l'article 38 ?

Au contraire, ce qu'il est impossible de justifier dans le cadre ordinaire de la reprise, sous peine d'instaurer un nouveau régime dérogatoire en matière de contrat de travail, ne pose aucun problème dans l'hypothèse où la continuation est autorisée. La position de la Chambre sociale s'explique alors fort bien : le secours à la reprise tacite étant manifestement inadapté, la seule possibilité pour ne pas remettre en question la corrélation existante entre fausses créances de masse et reprise du contrat, est d'assimiler le régime de la continuation de fait et celui de la continuation autorisée.

Malheureusement, rien ne permet dans la démarche classique (21) d'étendre ainsi une réglementation qui déroge au droit commun ; de surcroît, tous les arguments que nous avons soulevés antérieurement (22) pour combattre l'application de l'article L.122-12 en cas de continuation autorisée, trouveront de nouveau à s'employer ici. La situation est alors apparemment sans issue. Qu'il s'agisse d'option tacite ou de continuation de fait, aucune de ces deux notions ne permet d'apporter une réponse pleinement satisfaisante à la question posée.

213

Mais reste à savoir justement si la question est bien posée ou s'il ne conviendrait pas au contraire d'exclure purement et simplement la référence à l'option du syndic en admettant qu'il existe d'autres sources, non

(21) En ce sens, voyez Soc. 7 mai 1980, D. 1981 I.R.125.

(22) Cf. infra, p.104, n^o83 et s.

pas à la reprise du contrat qui reste sans conteste du ressort exclusif du syndic, mais à la reconnaissance de fausses créances de masse. Cette démarche, si elle va à l'encontre de l'opinion majoritaire, n'est pas pour autant dépourvue de justifications (23). Au demeurant l'arrêt rendu le 7 juin 1978 semble bien s'être engagé dans cette voie (24).

Une société est mise en règlement judiciaire le 14 mai 1975 sans que la poursuite de son exploitation soit autorisée. Le 17 mai, le syndic licencie le directeur en l'invitant à exécuter son préavis. Ce dernier, n'ayant pas reçu son salaire de juin, en demande paiement en qualité de créancier de la masse. La Cour d'appel, pour faire droit à sa demande énonce "que l'exploitation de l'entreprise ayant cessé, l'exécution du préavis était pratiquement et juridiquement impossible", que la notification faite par le syndic d'avoir à exécuter son préavis "s'analysait en fait en un engagement par celui-ci du directeur pour l'accomplissement de certains travaux nécessités par le règlement judiciaire, de sorte que l'intéressé était à ce titre créancier de la masse" (25).

Cet arrêt est bien sûr censuré par la Chambre sociale pour avoir dénaturé les termes clairs et précis de la lettre du syndic. La solution est évidente et n'appellerait pas d'autre commentaire si la Cour n'avait pris le soin, immédiatement après avoir souligné l'absence de nouvel engagement, de préciser qu'il importait peu "que la rémunération due en contrepartie des services rendus à la masse au cours du délai congé puisse être à la charge de celle-ci". Cette incidente ne peut s'expliquer que par la volonté de dissocier reprise du contrat et fausse créance de masse et cet arrêt ne peut en conséquence être cité pour justifier la qualité de créance dans la masse du préavis travaillé.

214

La dissociation entre la continuation du contrat et la qualité de fausse créance de masse, ébauchée dans l'arrêt du 7 juin 1978, se précise dans deux arrêts du 14 novembre 1978 et du 15 janvier 1979 (27).

(23) Cf. supra p. 252, n°196 et s.

(24) C.A. Riom 22 nov. 1976, inédit.

(25) Cass. soc. 7 juin 1978, Bull. V, n°441, p.334.

(26) Cf. F. Derrida, D. 1979 233, 1° vol., note 15.

(27) Cass. com. 14 nov. 1978, Bull. IV, n°260, p.216 ; Cass. com. 15 janvier 1979, D.1979 230 ; dans le même sens, voyez Cass. com. 26 avril 1979, Bull. IV, n°130, p.102.

Dans la première espèce, les salariés avaient été immédiatement congédiés par le syndic, mais certains d'entre eux s'étaient vus demander l'exécution de leur préavis afin d'achever les commandes en cours. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Bourges d'avoir décidé, que les cotisations afférentes aux salaires ainsi versés devaient être des créances de masse et ceci au motif que le travail accompli l'avait été "sous la responsabilité propre du syndic" et "dans le seul intérêt de la masse". Ce serait donc, comme l'écrit M. Derrida, "le profit que la masse a retiré du travail accompli qui l'aurait rendue débitrice des cotisations afférentes à la rémunération de ce travail" (28).

A l'inverse, la Chambre commerciale soumet dans la deuxième espèce les mêmes cotisations de sécurité sociale au régime applicable aux créances dans la masse, lorsqu'elles ont pour fait générateur, non plus le salaire correspondant au préavis travaillé, mais l'indemnité compensatrice de préavis.

Relatif au régime des cotisations, ces deux arrêts n'en sont pas moins révélateurs du sort réservé aux créances résultant du préavis travaillé ou chômé. Il est en effet unanimement admis que, d'une part l'indemnité compensatrice de préavis équivaut à un salaire (29), et que d'autre part, cotisations et salaires étant issus du même fait générateur, le travail fourni, la qualification des créances de cotisations ne peut différer de celle des salaires (30). Ces deux décisions sous-entendent donc que la créance résultant du préavis travaillé est une fausse créance de masse, alors que celle issue de l'indemnité compensatrice de préavis est une créance dans la masse.

215

Cette dernière affirmation, loin d'être une conséquence du raisonnement suivi par la Chambre commerciale, ne peut en être que l'idée directrice. Elle a été très vivement critiquée par la doctrine qui, si elle "ne

(28) F. Derrida, note préc., p.232, 1ère col.

(29) Cass. Ass. Plén. 18 juin 1963, D. 1963 643, note Minjoz, S.1964, p.40, G.P. 1963.2.223, J.C.P. 1963.II.13324, note P.A.

(30) Com. 5 février 1969, Bull. IV, n°44, p.46 ; 15 oct. 1969, D. 1970 83, note A. Pirovano ; 17 mars 1970, Bull. IV, n°105, p.98.

peut admettre que l'exécution du préavis vaille continuation, serait-ce temporaire du contrat de travail", se refuse tout aussi catégoriquement à concevoir "que la solution ne soit pas différente selon que le syndic continue le contrat de travail ou qu'il y mette fin" (31). Cette réaction n'a rien d'étonnant. La majorité des auteurs, étant fermement persuadée que seule la reprise du contrat doit donner lieu à de fausses créances de masse, ne peut en effet admettre que l'attitude explicitement négative du syndic, exclusive de toute continuation tacite, puisse cependant laisser subsister à la charge de la masse une obligation. Pour justifier leur position, ils recourent à plusieurs arguments résumés par M. Derrida à l'occasion de son commentaire sous ces arrêts.

Les deux premiers consistent à souligner le caractère "révolutionnaire" de la solution adoptée par la Chambre commerciale et à remarquer que la rémunération du travail fourni durant le délai congé ne sera plus prise en charge par l'A.G.S. Ce sont, à vrai dire, plus des remarques relatives aux conséquences que des arguments. Au demeurant, la qualité de fausse créance de masse ne paraît pas particulièrement désavantageuse, et de toute façon, si tel était le cas, il serait de loin préférable de modifier le régime de l'A.G.S., plutôt que de persévérer, pour des motifs économiques, dans une analyse juridique erronée. Quant à l'aspect de nouveauté que revêtirait une telle décision, nous croyons avoir montré amplement que ce courant jurisprudentiel n'avait rien de surprenant ; le serait-il d'ailleurs que cela ne saurait être une raison pour le remettre en cause, sous peine de condamner systématiquement tous les revirements de la jurisprudence.

Le troisième argument repose sur la constatation que "dans une situation voisine sinon analogue, l'article 38 alinéa 2 de la loi de 1967 prévoit expressément, conformément à une jurisprudence bien assise, que les dommages-intérêts résultant de l'inexécution des contrats en cours doivent être produits à la procédure collective ; pourquoi en serait-il autrement pour les contrats à durée indéterminée, dont la dénonciation unilatérale nécessite le respect d'un délai congé ?". A ceci il est facile de répondre que l'indemnité de préavis ne s'analyse pas en une indemnité de responsabi-

(31) F. Derrida, préc., p.232.

lité mais en un salaire (32). Par conséquent, à l'inverse de l'indemnité de licenciement qui prend sa source uniquement dans la rupture et donne ainsi naissance à une créance dans la masse, le préavis, selon qu'il sera effectivement exécuté ou non, donnera lieu à une créance qui sera, tantôt une fausse créance de masse car elle aura pour origine un travail fourni postérieurement au jugement déclaratif, dans l'intérêt de la masse, tantôt une créance dans la masse car directement issue de la rupture.

C'est justement ce que ne veut pas admettre M. Derrida. Se faisant l'écho de M. Houin pour lequel la continuation du travail durant la durée du préavis "est une conséquence légale de la rupture du contrat" (33), cet auteur soutient que "bien que le contrat de travail continue pendant le délai de préavis et ne prenne fin qu'à l'expiration du délai, il n'empêche que la rupture est consommée. Les indemnités auxquelles elle ouvre droit font corps avec le contrat lui-même ; elles procèdent du congédiement"(34).

Encore une fois, cela est vrai des indemnités et particulièrement des indemnités de préavis. Par contre, lorsque le salarié effectue son préavis, la créance de salaire dont il peut se prévaloir résulte d'un travail effectivement accompli et non pas de la rupture, ceci tout simplement parce que jusqu'au jour de l'expiration du délai de préavis, le contrat de travail est en vertu de l'article 122-8 maintenu. Soutenir le contraire revient tout d'abord à confondre la cause du salaire, qui est le travail fourni, avec la cause du travail, qui réside dans le contrat, et ensuite à négliger la distinction existante entre la volonté de rupture et la consommation de cette rupture. Il n'existe qu'une hypothèse où la thèse soutenue par MM. Houin et Derrida est justifiée : c'est lorsque le licenciement n'étant pas suivi de l'exécution du préavis, la rupture se trouve immédiatement effective. Dans ce cas, effectivement, l'indemnité de préavis ne trouve plus sa cause dans la fourniture d'un travail mais exceptionnellement dans la rupture. Au contraire, chaque fois que le préavis est travaillé, la cause du salaire n'est pas à chercher ailleurs que dans ce travail (35).

(32) En ce sens, G. Lyon-Caen, *Le salaire*, Dalloz collection droit du travail, 2^o éd., t.II, p.272 et 273, n^o219.

(33) R. Houin, *R.T.D.Co.* 1967, p.587, n^o42.

(34) F. Derrida, *préc.*, p.282.

(35) En ce sens, A. Pirovaro, *D.1972* 717.

Ainsi, lorsque le préavis est exécuté, s'il est certain que la masse n'a pas entendu poursuivre le contrat, il est tout aussi certain que ce contrat continue à produire des effets postérieurement au jugement déclaratif, effets qui sont indiscutablement bénéfiques pour la masse. Il suffit pour cela de remarquer que le syndic a la possibilité de renvoyer le salarié à produire pour son indemnité de préavis en ne lui demandant aucun travail ; s'il opte pour la solution contraire, c'est que la masse y trouve un intérêt, étant entendu encore une fois que le profit ou l'intérêt de la masse ne révèle pas la continuation volontaire ou implicite du contrat, mais tout au contraire, que c'est la continuation du contrat qui est une présomption non exclusive de l'intérêt de la masse.

216 La seule constatation de cet intérêt est cependant insuffisante pour qualifier de fausse créance de masse le salaire issu du préavis travaillé ; encore faut-il lui apporter un fondement juridique satisfaisant.

A relire l'arrêt du 14 novembre 1978, il semble que la Chambre commerciale se soit fondée, pour justifier sa solution, sur la constatation que, d'une part, le travail avait été accompli sous la responsabilité du syndic et que, d'autre part, il avait profité à la masse. Ecartons de prime abord la référence faite à la responsabilité du syndic. Son devoir de surveillance sur les opérations qui peuvent affecter le patrimoine du débiteur, notamment l'exécution du préavis, n'est pas, par lui-même, susceptible de mettre une créance à la charge de la masse ; il n'en serait autrement qu'en cas d'exercice fautif de cette attribution. Quant à la référence faite au profit de la masse, elle est à elle seule insuffisante pour mettre à la charge du groupement des créanciers une obligation de restitution. Il faut, pour avoir un sens, qu'elle renvoie à la théorie de l'enrichissement sans cause. Reste à savoir premièrement si le principe d'une telle démarche est justifiable et, à le supposer acquis, si deuxièmement les conditions s'en trouvent remplies.

217 La première objection concerne le principe même du recours à une telle théorie. Elle émane de M. Derrida et réside dans le fait "qu'un créancier dans la masse ne saurait échapper à la loi du concours par le moyen de l'

action d'enrichissement sans cause" (36). Cette remarque qui semble particulièrement pertinente ne doit pas cependant faire illusion ; elle repose toute entière sur un postulat erroné.

En effet, pour que l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif soient justifiés par la règle de l'égalité des créanciers et empêchent ainsi tout recours à l'action de in rem verso, il faut admettre au préalable que la créance issue du préavis travaillé est une créance dans la masse, c'est-à-dire que l'appauvrissement et l'enrichissement trouvent leur cause "dans le licenciement régulièrement prononcé par le syndic et dans l'obligation légale de respecter un délai de préavis pendant lequel de son côté le salarié est tenu de travailler" (37). Cette solution n'est pas acceptable ; elle n'est ni plus ni moins que la transposition dans le domaine de la faillite du raisonnement consistant à faire du préavis la conséquence légale de la rupture du contrat ; de ce fait, elle encourt les mêmes critiques (38). En outre, et cela doit être répété, il y a quelque incohérence à arguer de la dénonciation du contrat pour affirmer que ces prestations proviennent du congédiement, alors que l'article L.122-8 prévoit que le contrat de travail ne prend fin qu'à l'expiration du délai de préavis et que, de ce fait, lorsque le syndic demande l'exécution du travail et que le salarié y consent, c'est bel et bien en vertu d'un contrat de travail existant (39).

218

Certains objecteront peut-être que le remède est pire que le mal, que si cette créance salariale n'est pas une créance dans la masse, elle ne peut être qu'une créance hors de la masse car elle est issue d'une prestation contractuelle effectuée postérieurement au jugement déclaratif, alors que le syndic a manifesté expressément son intention de ne pas reprendre le contrat (40).

(36) F. Derrida, préc., p.234, note 25.

(37) F. Derrida, préc., p.234.

(38) Cf. supra p. 269, n° 209 et s.

(39) En ce sens, Brund et Galland, Droit du travail, 2° éd., p.833, n°648.

(40) En ce sens, A. Pirovano, D. 1976 717 ; Cass. com. 3 nov. 1980, Bull. IV, n°357, p.287.

En réalité ceci n'est vrai qu'à supposer l'existence d'une adéquation constante et exclusive entre l'option du syndic et la naissance d'une fausse créance de masse. A notre avis, cette limite ne s'impose pas ; la notion d'intérêt de la masse, telle qu'elle a été définie au paragraphe précédent et telle qu'elle ressort de cet arrêt, doit permettre de mettre à la charge de la masse la créance issue du préavis travaillé, pour peu que les conditions de l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause soient réunies.

En l'occurrence elles le sont. Tout d'abord la contreprestation qui justifierait l'appauvrissement du salarié est illusoire parce que son action contre le failli est vouée à l'échec (le salarié est créancier en dehors de la masse). "Du même coup, le patrimoine du failli s'accroît : l'enrichissement serait normal dans les rapports cocontractant-débiteur ; il ne l'est pas dans les rapports cocontractant-masse substituée au débiteur, parce que cette dernière tire un avantage, qui n'est pas compensé par une contrepartie de la plus value apportée au fonds de commerce du failli par le cocontractant" (41). Ensuite l'exécution du préavis étant une obligation légale, l'appauvrissement du salarié ne saurait être expliqué par sa faute. Enfin il existe bien un appauvrissement du salarié et un enrichissement de la masse qui est égal à la différence entre le salaire dû et le salaire versé.

219

Ces deux décisions sont donc bien venues et il est dès lors particulièrement regrettable que, cédant aux instances de certains auteurs, notamment de M. Derrida, la Haute cour ait cru devoir revenir sur sa position le 22 novembre 1982 (42). Par quatre arrêts rendus en formation plénière, la Chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir refusé de considérer que les cotisations de sécurité sociale afférentes aux salaires dus pour le travail fourni pendant le délai-congé constituent du passif de masse. Le motif en est "que les indemnités auxquelles ouvre droit le licenciement font corps avec le contrat de travail lui-même et donnent naissance

(41) A. Brunet, thèse préc., p.206.

(42) Cass. com. 22 novembre 1982, D.1983, p.38 note F. Derrida, Bull. IV, n°359 et 360, p.303.

à des créances dans la masse ; qu'il en est ainsi de l'indemnité compensatrice quand le préavis n'est pas travaillé et du salaire versé quand le préavis est travaillé, qu'il en est de même pour les cotisations de sécurité sociale auxquelles le salaire versé dans ces conditions sert de fondement et d'assiette... (et que)... si la masse s'est enrichie en tirant profit du travail accompli pendant le délai-congé, cet enrichissement n'est pas sans cause puisque résultant du licenciement régulièrement effectué par le syndic et de l'obligation légale de respecter un délai de préavis pendant lequel, de son côté, le salarié est tenu de travailler".

Cet attendu n'est que la reprise du raisonnement développé par M. Derrida ; il n'y a donc rien de surprenant à ce que cet auteur estime que ces décisions ont "le mérite de poser une solution ferme et définitive pour les créances résultant d'un licenciement régulièrement prononcé lors du jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, alors qu'il n'y a pas eu de continuation du contrat de travail" (43). Mais cette conclusion est erronée ; tous les arguments exposés précédemment à l'encontre de la solution défendue par M. Derrida trouvent ici à s'employer. En particulier, s'il est exact "que la théorie générale de l'enrichissement sans cause obéit à ses règles habituelles quand elle reçoit application dans le droit des procédures collectives" (44), cela n'empêche nullement d'y recourir en matière de préavis travaillé car les conditions d'utilisation sont réunies.

§ 2 : La poursuite du contrat de travail dans le cadre d'une poursuite illicite d'exploitation

220

Si les créances issues du préavis travaillé semblent ainsi devoir bénéficier d'un rang privilégié, le doute surgit lorsque la poursuite du contrat de travail est le fait du failli dessaisi, agissant sans autorisation.

(43) F. Derrida, note préc.

(44) F. Derrida, note préc.

Faut-il alors parler de créances dans la masse, hors de la masse, ou encore de fausses créances de masse ?

La référence faite à ce propos par certains auteurs (45) à la réglementation spécifique du droit du travail paraît inadaptée. Selon ces derniers, dès lors qu'il y aurait eu poursuite effective de la même entreprise et, à travers elle, permanence des fonctions du salarié, les contrats de travail seraient "censés s'être poursuivis avec la masse, peu important les agissements illicites du débiteur" (46). Cette argumentation, qui repose sur l'utilisation de l'article L.122-12, est déjà critiquable lorsque la continuation de fait provient de la volonté du syndic (47) ; a fortiori l'est-elle lorsqu'elle résulte des agissements personnels du failli.

A se placer sous l'angle du droit des procédures collectives en effet, l'activité du débiteur qui poursuit l'exploitation du fonds conduit à distraire une fraction des biens qui constituent le gage de la masse des créanciers ; méconnaissant la portée du dessaisissement, elle est à ce titre illicite et doit être sanctionnée par l'inopposabilité. Par conséquent, la masse ne saurait être tenue à quelque titre que ce soit d'un quelconque engagement. Notamment, tout travail effectué à la seule demande du débiteur, postérieurement au jugement déclaratif, devrait logiquement faire du salarié un créancier hors de la masse.

Ce point acquis, il n'en demeure pas moins que le salarié qui poursuit l'exécution de son contrat de travail dans le cadre d'une continuation d'exploitation illicite, peut éventuellement procurer à la masse des éléments d'actif nouveaux. Se peut-il que cette dernière en profite sans avoir à supporter les obligations et les dettes qui en résultent ?

221

La première tentative de solution a été développée par la Chambre commerciale dans un arrêt intervenu le 21 mai 1972 (48). Elle a pour conséquence de transformer cette créance hors de la masse en une créance dans la masse.

(45) I. Vacarie, *L'employeur*, p.99 et s.

(46) I. Vacarie, *L'employeur*, préc., n°140, p.103.

(47) Cf. supra p.104 et s., n°83 et s.

(48) Cass. com. 27 mai 1972, D. 1972 715, note A. Pirovano.

Une société à responsabilité limitée ayant fait l'objet d'un règlement judiciaire ultérieurement converti en liquidation de bien, l'URSSAF demande paiement, en tant que créancière de la masse, des cotisations afférentes à des salaires perçus pour une période postérieure au règlement judiciaire. La Cour d'appel de Bordeaux (49), pour rejeter cette demande, retient que la continuation d'exploitation n'a pas été autorisée, que le syndic n'a pas manifesté son intention de poursuivre l'exécution des contrats de travail et qu'il a mis fin à ceux-ci. De surcroît, la Cour refuse d'admettre l'URSSAF au passif en tant que créancière dans la masse au motif que le personnel demeuré au service de la société après le prononcé du règlement judiciaire, sans que la poursuite d'exploitation ait été autorisée, a été conservé sur la seule initiative du gérant qui a fait son affaire personnelle des salaires et qui de ce fait a été condamné à supporter le passif social.

Pour la Chambre commerciale, cette dernière solution n'est pas admissible car "il n'était ni allégué ni constaté que les salariés dont il s'agit, aient cessé d'être au service de la société pour passer au service personnel du gérant, que les salaires qui leur ont été versés sur les fonds sociaux étaient dus en vertu des contrats souscrits par la société avant sa mise en règlement judiciaire et que les cotisations y afférentes faisaient partie en conséquence du passif et constituaient des dettes dans la masse".

Comme le note fort bien M. Pirovano, cette solution est contestable car "la source des créances de l'URSSAF réside non pas dans les contrats souscrits par le débiteur avant sa mise en règlement judiciaire, mais bien dans le travail fourni par les salariés". Le fait que ceux-ci n'aient pas cessés d'être au service de la société pour passer au service personnel du gérant n'y change rien, pas plus d'ailleurs que l'existence d'un contrat souscrit par le failli avant sa mise en règlement judiciaire ; la seule constatation d'un travail fourni postérieurement au jugement déclaratif, peu importe que ce soit au titre de préavis travaillé ou d'une exploitation illicite, interdit formellement que la créance en résultant soit une créance dans la masse.

(49) C.A. Bordeaux 4 janvier 1971, inédit.

Aussi bien, la Chambre commerciale abandonnera-t-elle très rapidement cette solution pour recourir cette fois à l'utilisation de la notion d'intérêt de la masse, seul critère permettant d'envisager qu'une créance hors de la masse se transforme en une fausse créance de masse. Il est vrai que cette jurisprudence s'est affirmée, dans la majorité des cas, à l'occasion de la poursuite des contrats de travail ; elle n'en est pas moins révélatrice d'une volonté délibérée de pallier les carences engendrées par la seule prise en compte de la volonté du syndic. A ce titre ces décisions sont beaucoup plus que le résultat d'une "jurisprudence bienveillante"(50), et doivent être, à notre avis, considérées comme ayant dégagé un standard à partir duquel doit s'opérer la qualification des créances contractuelles et non pas seulement salariales. A partir du moment où cette idée s'appuie sur une analyse logique, il n'existe aucune raison pour ne pas étendre à l'ensemble des contrats en cours le raisonnement dégagé notamment par les arrêts du 16 janvier et du 5 février 1974.

Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt du 16 janvier 1974 (51) sont les suivants : Le sieur Aubigné est mis en règlement judiciaire le 16 novembre 1971 ; il conserve à son service certains salariés durant la période allant du 16 au 26 novembre de la même année. Pour faire droit à la demande de l'URSSAF qui réclame paiement au syndic des cotisations correspondant aux salaires ainsi versés, la commission de première instance du contentieux de la sécurité sociale retient "que bien que l'autorisation d'exploitation n'ait été ordonnée par ordonnance du juge commissaire que le 29 février 1972, la masse des créanciers se trouve engagée à l'égard des tiers pour la période litigieuse puisque l'article 24 précité ne vise qu'une continuation d'activité et non une remise en marche de l'exploitation, ce qui emporte rétroactivité de l'autorisation dont l'effet remonte au jour du jugement déclaratif".

Comme le souligne la Haute cour, ce raisonnement est erroné car "l'ordonnance du juge commissaire autorisant la continuation de l'exploitation ne peut avoir d'effet rétroactif que si elle fixe elle-même le début de

(50) A.H. note sous Cass. com. 6 mai 1975, D. 1975 559.

(51) Cass. com. 16 janvier 1974, D. 1974 336, note H.L.

cette continuation à une date antérieure au jour de son prononcé". Cette solution est classique et n'appelle pas d'autres commentaires. Ce qui mérite d'être souligné par contre, ce sont les conséquences qu'en tire la Chambre commerciale. Pour celle-ci, bien qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une exploitation illicite, les travaux effectués pour Aubigné du 16 au 26 novembre 1971 sont susceptibles de donner lieu à une créance de masse s'ils ont "profité à la masse".

Il semble que la doctrine n'ait pas perçu à sa juste valeur cette remarque que pourtant rien n'imposait et qui n'en revêt de ce fait que plus de poids. Il faut prendre conscience que lorsque la Chambre commerciale réserve l'hypothèse du profit de la masse, elle ne rappelle pas une exception au principe de la primauté de l'engagement du syndic, ce que paraît penser la majorité des auteurs (52), sans d'ailleurs l'expliquer, mais elle l'écarte purement et simplement. En effet, le recours à une exception ne se justifie que si l'utilisation du principe se révèle manifestement inadaptée. Mais en l'occurrence, ce n'est pas le cas ; la Cour suprême aurait pu tout aussi bien se borner à suggérer à la Cour de renvoi que rien ne s'opposait à l'utilisation de la notion de reprise tacite, même lorsque l'exploitation n'est pas autorisée. S'il n'en est rien, c'est que la Haute cour a entendu réserver l'hypothèse où, l'absence de reprise étant amplement prouvée, il se trouvait néanmoins qu'un profit résultait pour la masse de la continuation. Cet arrêt ne peut donc être cité, comme le fait M. Derrida (53), pour justifier une distinction qui reposerait sur la prise de position du syndic. Il sous-entend au contraire que l'option du syndic n'est qu'une des manifestations permettant de rendre compte de l'intérêt de la masse et, qu'à défaut d'une telle constatation, il importe par tout moyen juridique de sanctionner les conséquences d'un enrichissement éventuel.

L'arrêt du 5 février 1974 (54), rendu lui aussi par la Chambre commerciale, s'inscrit d'ailleurs tout à fait dans cette ligne. Un commerçant,

(52) En ce sens, H.L. note D. 1974 336.

(53) F. Derrida, D. 1979 233, note 22.

(54) Cass. com. 5 février 1974, D.1974 336, note H.L.

dont le règlement judiciaire est prononcé le dix octobre 1966, continue avec l'assistance d'un employé l'exploitation de son fonds de commerce sans en avoir obtenu l'autorisation. L'URSSAF n'ayant pas reçu paiement des cotisations de sécurité sociale dues pour la période postérieure au prononcé du règlement judiciaire, forme opposition au paiement du prix de vente du fonds. Déboutée par la Cour d'appel qui ordonne la mainlevée de l'opposition et rejette la demande reconventionnelle tendant à faire condamner le syndicès qualités au paiement de sa créance, l'URSSAF soutient dans son pourvoi que d'une part, en laissant le failli poursuivre cette exploitation, le syndic a donné son accord tacite à la naissance de la créance litigieuse et que d'autre part, cette continuation a été bénéfique quant à la valeur dudit fonds lors de sa vente en justice.

Pour rejeter ce pourvoi, la Chambre commerciale souligne tout d'abord que "le débiteur n'avait pas été autorisé à poursuivre cette exploitation, que cette interdiction a été aussitôt notifiée par le syndic au débiteur, que celui-ci ayant persisté dans son exploitation, le syndic a demandé la conversion du règlement judiciaire en faillite". Cet attendu a pour seul but de répondre au premier moyen du pourvoi selon lequel il y aurait eu reprise tacite, et il est impossible d'en déduire, comme le fait l'annotateur, que, "si le syndic a notifié au débiteur le refus d'autorisation de poursuivre l'exploitation, la masse ne saurait être tenue des dettes nouvelles de celle-ci à laquelle elle s'est opposée" (55). En effet, si cette affirmation, qui renvoie à l'idée classique qu'il ne saurait y avoir de fausses créances de masse sans que soit au préalable intervenue une manifestation positive du syndic, était exacte, elle devrait non seulement permettre de trouver une solution satisfaisante, mais encore exclure, en cas de non reprise, tout examen de la réalité d'un enrichissement de la masse, car sinon ce serait reconnaître de facto que la référence à l'option du syndic, pour suffisante qu'elle soit, n'est pas forcément nécessaire.

Malheureusement pour les tenants de cette théorie, la Cour suprême, après avoir relevé l'attitude sans équivoque du syndic, n'en conclut pas

(55) H.L. sous arrêt préc.

pour autant au rejet immédiat du pourvoi ; elle prend au préalable le soin de relever "que le produit de la vente du fonds de commerce était largement absorbé par les créanciers privilégiés et nantis". Le pourvoi est certes rejeté, mais, si le second moyen, pas plus que le premier, n'est accueilli, ce n'est pas parce que le principe d'un recours à l'enrichissement de la masse est en lui-même condamnable, mais uniquement parce que les conditions n'en sont pas remplies. Ceci est lourd de conséquences, car a contrario, si la masse des créanciers chirographaires et privilégiés à titre général avait profité de la continuation d'exploitation, fut-elle illicite et les contrats expressément dénoncés par le syndic, la créance en résultant aurait pu être une fausse créance de masse.

Cette dernière solution paraît tellement évidente que même les adversaires de la notion d'intérêt de la masse ne peuvent faire autrement que de la mentionner. Il est vrai qu'ils ne l'expliquent pas et qu'ils s'emploient au contraire à lui dénier toute portée en la présentant comme une réserve purement formelle dont aucun arrêt n'aurait jamais fait application (56). Il est inutile d'insister sur le fait que cette affirmation est caduque depuis 1978 (57), il y a plus important. La seule référence au profit que la masse peut retirer de l'activité du salarié suffit à abattre l'ensemble de la construction théorique fondée sur la primauté de l'option du syndic car il faut choisir : ou bien la source des fausses créances de masse réside dans l'option du syndic, ceci du moins en matière contractuelle, mais il faut alors exclure toute référence à l'enrichissement de la masse et condamner expressément le courant jurisprudentiel qui y fait allusion ; ou alors il faut admettre la validité de cette allusion et dans ce cas cesser de confondre l'origine de la reprise du contrat et celle de l'existence d'une fausse créance de masse. En aucun cas il ne peut être soutenu raisonnablement que "en règle générale les dettes nées à l'occasion d'une exploitation continuée ou reprise illicitement après le jugement déclaratif de faillite et pendant la durée de celle-ci sont inopposables à la masse", mais que "la solution est différente si l'activité nouvelle a été profita-

(56) En ce sens, F. Derrida, D. 1979 233, note 24.

(57) Cass. com. 14 nov. 1978, D.1979 231, note F. Derrida.

ble à la masse" (58). Une exception d'une telle ampleur est incompatible avec la rigueur d'un principe ; elle s'y substitue.

En réalité, pour comprendre la position de la Chambre commerciale, il faut faire table rase de l'analyse classique. Lorsque ces décisions commencent par mentionner l'attitude du syndic, elles ne se réfèrent pas à un dogme éventuellement assorti d'une exception incompréhensible, elles tentent d'éviter une analyse plus complexe en constatant qu'un engagement de la masse a suffi à mettre la dette litigieuse à sa charge. Lorsque cet engagement est inexistant, tout ce que ces décisions en déduisent c'est que les prestations ne s'intègrent pas dans le cadre d'une reprise ; en aucun cas elles n'en concluent à l'inexistence d'une fausse créance de masse. Quoi de plus normal d'ailleurs ! L'article 38 se borne à fixer les conditions de la reprise ; il ne dit pas que ce soit la seule façon de mettre les conséquences d'une prestation contractuelle à la charge de la masse. Soutenir le contraire, c'est oublier que la prise de position du syndic n'est qu'une application de la notion d'intérêt de la masse et, qu'à ce titre, si elle est effectivement le seul critère de la reprise, elle n'est par contre que l'un des révélateurs de l'existence d'une fausse créance de masse.

De la sorte, lorsqu'il s'agit de savoir si un contrat a ou n'a pas été repris, la décision qui émane du syndic, quelle qu'en soit la forme, est à considérer comme l'unique critère permettant d'opérer la distinction ; ceci est normal car il s'agit dans cette hypothèse d'augmenter les charges de la masse, en raison de la position qu'elle a manifestée et indépendamment de la prise en compte d'un éventuel enrichissement. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'accorder ou de refuser la qualité de fausse créance de masse, la position du syndic n'est qu'un élément parmi d'autres. En particulier, lorsque la décision de celui-ci est négative ou présumée telle, il s'ensuit bien sûr une exclusion de la reprise du contrat ; pour autant il serait faux d'en conclure au désintérêt de la masse ; l'absence de reprise est en la matière inopérante de sorte qu'il convient de rechercher au moyen d'un autre révélateur s'il existe un enrichissement sanctionnable.

(58) H.L. sous arrêt préc.

223

Cette démarche n'est d'ailleurs pas spécifique à la Chambre commerciale ; elle se retrouve trait pour trait dans un arrêt rendu par la Chambre sociale le 7 mai 1980 (59).

Une société dont le concordat avait été résolu et le règlement judiciaire converti en liquidation de biens, avait cessé son exploitation ; le gérant ayant cependant poursuivi à l'insu du syndic et à son profit personnel une activité, un salarié non payé réclama à la masse le montant de sa créance. La Cour d'appel lui donne gain de cause en relevant que l'exploitation, bien qu'irrégulière, ayant continué, le contrat de travail avait subsisté avec la masse des créanciers, peu important "que cette exploitation ait été assurée contre le gré du syndic", ou que la masse n'en ait pas tiré profit.

La Chambre sociale, au contraire, note pour casser cette décision que "le gérant avait poursuivi cette activité sans l'autorisation du tribunal de commerce, ni l'accord fut-il tacite du syndic, et que la masse n'avait pas profité du travail, ce dont il découlait qu'elle n'avait pas continué l'exploitation de l'entreprise et n'était pas l'employeur de ce dernier et que celui-ci, même si sa créance était postérieure au jugement déclaratif, n'était pas créancier de salaires à l'égard de la masse, la responsabilité du syndic pouvant être éventuellement engagée en cas de faute dans la surveillance du gérant de la société".

Pour M. Langlois (60), si la Haute juridiction réserve expressément la responsabilité du syndic, il s'ensuit que seuls les salariés qui auront en connaissance de cause poursuivi l'exécution de leur contrat à l'insu du syndic en seront réduits à la situation de simples créanciers privilégiés ; les autres pourront, soit bénéficier d'un accord tacite du syndic, soit mettre en jeu sa responsabilité à raison de son défaut de surveillance (61). Il est inutile d'insister sur ce qu'a de contestable la qualité de créance privilégiée accordée à des salaires dus pour un travail posté-

(59) Soc. 7 mai 1980, Bull. V, n°393, p.299, D.1980 I.R. 508, note A. Honorat, D. 1981 I.R. 125, obs. P. Langlois.

(60) P. Langlois, préc.

(61) A. Honorat, préc.

rieur au jugement déclaratif ; ce qu'il importe ici c'est de souligner le caractère incomplet des moyens décrits et leur portée discutable.

Comme le relève fort justement Mlle Honorat, cet arrêt est un résumé concis des solutions classiques selon lesquelles "il appartient au syndic d'exercer l'option de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 et de se prononcer soit expressément soit tacitement pour la continuation de chaque contrat ; à défaut la masse ne saurait se trouver engagée sauf dans l'hypothèse où elle aurait tiré profit de l'activité du salarié". Pourquoi passer cette dernière éventualité sous silence alors qu'incontestablement elle est présente dans l'arrêt? Il suffit en effet de relire l'attendu pour s'apercevoir qu'à l'absence d'autorisation du Tribunal de commerce correspond la non continuation de l'exploitation, que de même, du défaut d'accord tacite du syndic se déduit le fait que la masse n'est pas l'employeur, mais que c'est l'inexistence de tout profit retiré du travail qui emporte en définitive le rejet de la reconnaissance d'une fausse créance de masse.

A vrai dire, l'exclusive à laquelle procède M. Langlois s'explique fort bien ; le recours à l'intérêt de la masse est incompatible avec le rôle qu'assigne cet auteur à la prise de position du syndic et selon lequel tout engagement contractuel ne peut provenir que d'une reprise. Mais, ce faisant, pour éviter le caractère draconien de cette solution, il est obligé d'accorder à la mise en jeu de la responsabilité du syndic un champ d'application qu'elle ne peut avoir.

Sans aller jusqu'à admettre avec Mlle Honorat que "si le débiteur continue irrégulièrement l'activité d'où naissent des dettes qui sont hors de la procédure, le syndic peut, certes, être responsable envers la masse des conséquences préjudiciables de cette activité irrégulière, mais qu'il ne saurait l'être envers les tiers qui ont pris le risque de contracter avec un débiteur dessaisi" (62), il n'en demeure pas moins que les tiers sont censés connaître la situation du débiteur, ne serait-ce que par la publicité donnée au jugement déclaratif de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. Dans ces conditions, pour que la négligence du cocon-

(62) A. Honorat, préc.

tractant ne soit pas une fin de non recevoir, il faut, pour engendrer une créance de masse (63), que puisse s'opérer un partage de responsabilité, ce qui suppose établie au préalable une faute dans la surveillance du gérant.

Ceci est fort différent de l'interprétation préconisée par M.Langlois. Pour celui-ci, seuls les salariés qui auront poursuivi en connaissance de cause l'exécution de leur contrat n'auront pas une situation avantageuse ; les autres ayant toujours la possibilité de mettre en jeu la responsabilité du syndic. Mais pour que ce système présente un intérêt qui ne se limite pas à un petit nombre de cas marginaux, il faut supposer acquis deux choses. D'une part que le cocontractant qui poursuit l'exécution de son contrat à l'insu du syndic est présumé de bonne foi, ce qui est déjà difficile à admettre ; d'autre part qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'attitude du syndic et cette exécution. Or cela reviendrait à présumer la faute du syndic au cas où se poursuivrait l'exécution du contrat ; par un renversement surprenant, ce serait alors au représentant de la masse à prouver, pour dégager sa responsabilité, que l'exécution du contrat s'est faite en connaissance de cause, étant entendu par ailleurs que la connaissance du jugement déclaratif n'est pas suffisante à elle seule pour établir cette preuve.

Qui plus est, cette analyse ne rend pas compte du contenu de cet arrêt. Le raisonnement développé par la Chambre sociale repose en effet manifestement sur le fait que la constatation d'un enrichissement de la masse, quel qu'en soit le contexte, suffit à recourir utilement à l'action de in rem verso. Mais alors si la mise en jeu de la responsabilité du syndic est envisagée, ce ne peut être, pour que cela présente un intérêt, que dans l'éventualité où la masse n'aurait retiré aucun profit de la prestation contractuelle. De la sorte, contrairement à ce que pourrait laisser penser la démarche de M. Langlois (64), la Haute cour, en mentionnant cette possibilité, n'a pu avoir pour objectif de reconnaître une situation privilé-

(63) Qui sera d'ailleurs une vraie créance de masse.

(64) Cass. com. 5 février 1980, D. 1980 I.R. 404, préc.

giée au créancier qui a augmenté le patrimoine du failli, ce qui pourrait à la rigueur justifier une interprétation extensive de la responsabilité du syndic, mais a simplement entendu réserver l'hypothèse d'un partage de responsabilité en fonction des torts réciproques des parties. Si l'on veut bien se souvenir que, dans ce dernier cas, la masse n'a retiré aucun avantage de la prestation contractuelle, et que de surcroît celle-ci est intervenue au mépris de dessaisissement, une interprétation des plus restrictives de la responsabilité du syndic s'impose.

224

Reste que si le principe du recours à la notion d'intérêt de la masse pour ventiler les créances entre les différentes catégories nous semble parfaitement justifié, l'utilisation de l'action de in rem verso, qui en est la modalité juridique, devrait en l'occurrence conduire à exclure du domaine des fausses créances de masse les prestations contractuelles issues d'une poursuite illicite d'exploitation.

En effet, comme l'a rappelé la Chambre commerciale (65), la simple constatation d'un enrichissement est insuffisante ; encore faut-il que soit respectée la condition de l'absence de faute. La justesse de cette exigence, qui s'appuie sur l'idée que l'appauvri doit subir seul les effets de l'appauvrissement consécutif à son comportement imprudent ou fautif, a été soulignée précédemment (66) ; elle conduit à qualifier les créances étudiées de créances hors de la masse, car elles sont issues d'une exécution spontanée. Si cette solution peut paraître injuste, et elle l'est assurément, le remède n'est pas dans le rejet de l'intérêt de la masse car ce résultat n'est que la conséquence inéluctable de l'utilisation de l'enrichissement sans cause. La seule façon de couper court à cette conséquence n'est donc pas d'exclure le critère de l'intérêt de la masse, mais de forger, ce qui appartient au législateur, un outil juridique qui le serve plus fidèlement.

(65) Cf. supra p. 391, n°302 et s.

(66) G. Bonet, L'enrichissement sans cause, J. Class. annexe p.32.

Certes la jurisprudence (67), confortée en cela par de nombreux auteurs (68), semble bien admettre, en cas d'exercice d'une nouvelle profession que "les dettes nées de cette activité doivent être payées par préférence sur les biens acquis au moyen de cette activité, la masse n'ayant droit qu'au surplus" (69) car, est-il remarqué, "les créanciers du nouveau commerce ont, par leurs avances, leurs fournitures, permis au failli de gagner sa vie ; ils ont par là-même soulagé la faillite d'un secours qu'elle aurait été obligée d'allouer au failli, en outre ils ont assuré un supplément d'actif" (70). Pourquoi n'en serait-il pas de même lorsqu'il y a eu continuation des contrats dans le cadre d'une poursuite illicite d'exploitation ?

La réponse est en réalité fort simple et repose tout entière dans le mécanisme de l'enrichissement sans cause. Lorsque le failli exerce un nouveau commerce, cette activité est considérée par la grande majorité des auteurs (71) comme étant licite, de sorte qu'il est impossible d'imputer quelque faute que ce soit au cocontractant qui a traité avec le débiteur. Ainsi, lorsque les biens acquis à l'occasion d'un nouveau commerce sont frappés par le dessaisissement et profitent de ce fait à la masse, c'est sous la réserve expresse que toutes les dettes résultant de cette activité nouvelle soient acquittées. En revanche, si le failli poursuit la même exploitation, cette activité revêt un caractère illicite. La situation est alors radicalement différente car le tiers qui continue volontairement l'exécution de sa prestation le fait au mépris du dessaisissement ce qui doit

(67) Civ. 12 janv. 1864, D.P. 1864.I.130 ; 27 mai 1910, D.P. 1912.I.447 ; Req. 13 juillet 1928, S. 1929.I.81, note Bourcart ; 18 avril 1932, D.H.1932.266 ; T.G.I. Seine 5 mai 1961, G.P. 1961.2.191 ; Lyon 16 janvier 1969, R.T.D.Co. 1969, p.585, obs. R. Houin.

(68) Ripert et Roblot, n°3032 ; Sebag, préc., p.432 ; H. Laroque note sous Cass. com. 17 oct. 1973, D.1974 154 ; A. Pirovano, préc. ; contra, Robinot, "L'exercice d'un nouveau commerce par le failli", R.T.D.Co. 1951, p.679 et s.

(69) R. Houin, R.T.D.Co. 1971, p.473, note 39.

(70) Wahl, Précis théorique et pratique de droit commercial, 1922, n°2510, p.910.

(71) Voyez par ex., M.J. Campana Reymond de Gentile, Encyclopédie Dalloz, préc., n°119 qui relève que la loi du 13 juillet 1967 a abrogé la loi de 1947 dans ses dispositions qui frappaient le débiteur pour cinq années au moins de l'interdiction d'exercer un commerce.

normalement suffire par le biais de l'existence d'une faute à écarter le jeu de l'action de in rem verso.

225

Ingénieusement il a alors été proposé, pour limiter cette distorsion qui semble économiquement injuste, "de se placer sur le terrain de la gravité de la faute commise" et d'admettre "que seule une faute grave de l'appauvri met obstacle à l'action de in rem verso, ce qui ne serait pas le cas dans la plupart des hypothèses pour le cocontractant traitant avec un débiteur soumis à une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, seul contrairement au dessaisissement" (72).

Cette distinction a le mérite de se situer dans le cadre de la théorie de l'enrichissement sans cause et d'aboutir à un corps de solutions équitables. Elle ne peut cependant être retenue ; d'une part elle est en contradiction avec la jurisprudence de la Chambre civile (73), d'autre part l'arrêt du 23 janvier 1978 (74) sur lequel elle s'appuie, est formellement contredit par l'arrêt du 5 février 1980 (75) qui consacre, semble-t-il, un alignement de la jurisprudence des deux Chambres.

(72) A. Honorat, note sous Soc. 7 mai 1980, préc.

(73) Cass. civ. 3 avril 1979, Bull. I, n°110, Defrénois 1979, art. 32077, p.1182, obs. J.L. Aubert.

(74) Cass. com. 23 janvier 1978, J.C.P. 1979, éd. N.II, p.205, J.C.P. 1980, éd. G.II 19365, note H. Thuillier, Bull. IV, n°28, p.22, Defrénois 1979 377, n°8, obs. J.L. Aubert, D. 1979 I.R. 273 obs. M. Cabrillac.

(75) Cass. com. 5 février 1980, préc.

C H A P I T R E I I

L'INFLUENCE DE LA REPRISE SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS

226

Les difficultés que suscite l'exécution des contrats en cours par le syndic sont nombreuses. Pour autant, il n'est pas question de les examiner toutes. En effet, la plupart d'entre elles ne sont pas liées directement à l'intervention du syndic et pourraient tout aussi bien survenir lorsque le débiteur est in bonis ; dès lors, elles seront écartées de cette étude car elles ne sont en rien inhérentes à la liquidation des biens ou au règlement judiciaire.

Seules seront retenues ici les questions dont la réponse est ou pourrait être modifiée par les règles du droit de la faillite. A cet égard, si la jurisprudence a su tirer de la personnalité morale de la masse des conclusions satisfaisantes lorsqu'il s'agissait de régler les modalités de l'exécution des contrats (Section I), il n'en va pas de même à propos de certaines conséquences patrimoniales de cette exécution. En particulier, il paraît incohérent de considérer la masse comme le représentant du débiteur durant la phase de reprise pour ensuite en faire un tiers dans certains cas particuliers et notamment dans l'hypothèse d'une cession de créance ou d'une subrogation (Section II).

SECTION I : LA NÉCESSITÉ D'UNE EXÉCUTION INTÉGRALE

227

Lorsque la masse réclame l'exécution d'un contrat, elle devient le représentant du débiteur (1) et se trouve alors tenue de respecter les clauses acceptées par celui-ci.

Par conséquent, si "un contrat en cours lors du prononcé du jugement est régulièrement continué, il est en principe (2) soumis au régime juridique résultant du contrat lui-même ; de manière plus générale, lorsque les droits appartenant au débiteur avant le jugement sont exercés après le jugement, les règles applicables à ces droits dans le patrimoine du débiteur doivent être respectées ; notamment, tous les moyens de droit qui auraient pu être opposés au débiteur resté in bonis, peuvent l'être après le jugement" (3), et cela quand bien même il s'agirait d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de compétence.

§ 1 : Le contenu du principe

228

La soumission du syndic à toutes les obligations qui naissent du contrat est souvent soulignée par la jurisprudence et cela à propos des clauses les plus diverses, comme en témoignent deux décisions très récentes. Dans la première la Chambre commerciale rappelle que lorsqu'un syndic opte pour la continuation d'activité d'un agent commercial, cette option ne peut être que totale et irrévocable et ne doit en aucun cas déboucher sur une

(1) Cf. supra p.12, n°9 et s.

(2) Sur les "exceptions" à ce principe, cf. supra p. 38, n° 30, pour les clauses de résolution ou de résiliation de plein droit en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire et p.142, n° 114 pour les clauses qui interdiraient, dans un contrat de bail, la location-gérance.

(3) F. Derrida, "Tiers ? Ayant cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives", R.T.D. Co. 1976, p.16, n°26 ; dans le même sens, Ripert et Roblot, n°3071.

rémunération partielle limitée à l'enrichissement de la masse, sous peine de méconnaître les articles 1134 du Code civil et 38 de la loi du 13 juillet 1967 (4). La seconde émane de la Cour d'appel d'Aix en Provence et a été rendue à l'occasion d'une affaire peu banale (5). Une société pétrolière avait pris une station service en location-gérance, tout en consentant au propriétaire un prêt compensable avec les redevances de la location-gérance. La liquidation des biens du propriétaire intervint quelque temps après et la société pétrolière produisit au passif pour le solde non compensé de son avance ; quant au contrat de location-gérance il se poursuivait à la demande du syndic mais sans versement des loyers correspondants car la société pétrolière prétendit les compenser, conformément à l'accord intervenu, avec le montant des avances non remboursé. Le syndic saisit alors le Tribunal de commerce qui lui donna gain de cause aux motifs, d'une part, que la société pétrolière, ayant produit pour la totalité des sommes qui lui étaient dues, n'envisageait donc aucune compensation et, d'autre part, que la continuation du contrat de location-gérance étant de droit, elle ne nécessitait pas l'accord du syndic sur la clause de compensation. Ce jugement est infirmé par la Cour d'appel qui souligne très justement que, non seulement le fait de produire ne peut conduire à l'interdiction pour un créancier de se prévaloir de la compensation (6), mais que surtout le syndic qui opte pour la continuation d'un contrat doit l'exécuter pour le tout ; or, ajoute la Cour, le contrat de location-gérance et l'avance sur loyer étaient liés de manière indivisible car il est évident que la seconde n'avait été consentie qu'en contrepartie de la passation du premier et de son remboursement par compensation avec les redevances de location-gérance à échoir. Par conséquent, la poursuite de ce contrat par le syndic entraînait obligatoirement pour lui l'obligation de respecter la clause de compensation entre les loyers dus par le locataire-gérant et l'avance accordée par celui-ci.

(4) Cass. com. 22 juin 1982, D. 1983 I.R. 62, obs. F. Derrida.

(5) Aix en Provence 13 février 1981, D. 1981 I.R. 390.

(6) En ce sens, voyez F. Derrida, D. 1981 I.R.390 et les références citées.

Mais c'est surtout la reprise du contrat de bail qui a suscité et suscite encore le plus de difficultés, et cela malgré les dispositions sans ambiguïté de l'article 52 alinéa 2 de la loi de 1967 qui prévoient que si le syndic peut continuer le bail, ce doit être "sous les conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur, et avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent". De multiples arrêts sont donc intervenus en la matière pour préciser qu'à l'instar des autres contrats, le bail devait être, sauf exceptions dûment précisées, exécuté en toutes ses clauses. Un arrêt de la Chambre commerciale du 22 juin 1982 (7) a ainsi réaffirmé après beaucoup d'autres (8) qu'en application de l'article 52 alinéa 2 le paiement des réparations dues en fin de contrat devait faire l'objet d'une créance de masse (9) lorsque le bail, poursuivi par le syndic, prévoyait qu'à son expiration, le preneur devait, soit remettre les lieux et les biens loués dans la situation où ils se trouvaient lors de sa conclusion, soit payer une indemnité de "moins-value". Monsieur Derrida le note très justement, cette décision est d'autant plus significative qu'une difficulté pouvait surgir à propos de l'origine de la créance ; en effet, l'expertise avait révélé que la moins-value provenait en partie d'un défaut d'entretien antérieur au jugement et le syndic en avait déduit que la créance en résultant devait être, au moins pour une fraction, une créance dans la masse. Cette argumentation, fondée sur l'article 13 de la loi de 1967, est en apparence très forte, et il n'en est que plus intéressant de voir la Cour d'appel, puis la Cour de cassation lui opposer le droit commun des contrats. Ces juridictions observent avec pertinence que, puisque la continuation du bail par le syndic impliquait de sa part l'acceptation de toutes les clauses de ce contrat, y compris celle qui imposait une restitution des lieux loués dans un état similaire à celui dans lequel ils se trouvaient lors de la conclusion du contrat, la créance d'indemnité du bailleur ne pouvait donc trouver son origine que dans le non respect de cette obligation en fin de bail et non pas dans un défaut d'entretien qui

(7) Cass. com. 22 juin 1982, D.1983 I.R.57, obs. F. Derrida, Bull. IV, n° 239, p.210.

(8) voyez en dernier lieu, Cass. com. 7 octobre 1981, J.C.P. 1981, Tab. de J.P. 400, G.P. 1982 Panorama p.116, D.1982 240, note F. Derrida.

(9) Sur le sens de ce terme, cf. supra p.19, n°15et s.

n'intervenait ici que de manière indirecte. Dès lors il y avait bien lieu à ce que la Cour nomme créance de la masse et qui n'est en réalité qu'une fausse créance de masse s'exerçant uniquement sur le patrimoine du débiteur (10), avec il est vrai un rang préférentiel (11).

Toujours à propos du contrat de bail, les tribunaux et la doctrine ont admis à partir du même raisonnement que d'une façon générale le défaut de paiement des loyers (12), le dégarnissement des lieux (13), pouvaient entraîner la résolution aux torts de la masse. Celle-ci, en effet, est tenue de respecter toutes les obligations du contrat "sans qu'elle puise dans la réglementation de la faillite un droit propre lui permettant de se soustraire à certaines de ces obligations" (14). La Cour de Paris a ainsi décidé de manière rigoureuse mais logique (15) que la clause d'un bail astreignant le locataire à tenir la boutique ouverte, sauf au cas de maladie ou de congé, ne pouvait être éludée au prétexte que la fermeture était la conséquence normale de la mise en faillite ; en effet, remarque-t-elle, "les syndics qui, malgré l'obligation qui leur est faite d'arrêter l'exploitation et de liquider les biens de la société faillie, optent néanmoins pour la continuation du bail, que ce soit en vue de parvenir à une vente globale du fonds ou pour tout autre motif, ont l'obligation de respecter toutes les clauses de ce bail".

230

Pour garantir cette exécution intégrale, le cocontractant dispose de divers moyens qui tous résultent de l'application du droit commun. En premier lieu, et la Cour de cassation l'a affirmé très clairement dans son arrêt du 5 juillet 1982 (16), il peut refuser de fournir les prestations

(10) Cf. supra p.19, n°5 et s.

(11) Cf. infra p.367, n°279 et s.

(12) Voyez par ex., Grenoble 16 mars 1976, D.1976 438 ; Rouen 10 juin 1960, R.T.D.Co. 1960, n°26.

(13) Voyez par ex., Cass. com. 13 octobre 1958, R.T.D.Co.1959, p.195, n°55 ; Trib. civ. de la Seine 13 novembre 1959, R.T.D.Co. 1960, p.652, n°26 ; Paris 25 février 1966, R.T.D.Co. 1966, p.1039, n°63 ; Cass. com. 20 février 1973, Bull. IV, n°75.

(14) Trib. civ. de la Seine 13 novembre 1959, préc.

(15) Paris 1er octobre 1968, R.T.D.Co. 1969, p.598, n°66, J.C.P. 1969, éd. C.I. 86189.

(16) Cass. com. 5 juillet 1982, Bull. IV, n°263, p.228, D. 1983 I.R.9.

promises. En l'espèce, un négociant en vin avait passé commande à un producteur et s'était engagé à lui payer un acompte sur le prix avant toute livraison ; par la suite, il fut mis en règlement judiciaire et le vendeur considéra le contrat comme suspendu faute pour l'acheteur d'avoir exécuté ce paiement préalable. Le syndic de l'acheteur prétendit au contraire l'exécuter et réclama au vendeur des dommages et intérêts devant le tribunal de commerce qui les lui accorda. En appel, en revanche le cocontractant obtint gain de cause, au motif que l'article 1683 du Code civil permet au vendeur non payé de ne pas délivrer les marchandises vendues, "quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte (qu'il) se trouve en danger d'en perdre le prix", principe qui se retrouve également dans l'article 63 de la loi de 1967. La Chambre commerciale approuve cette solution en remarquant d'une part que "loin de mettre unilatéralement un terme au contrat, M. X... n'avait fait qu'user de la faculté de retenir la marchandise qui n'avait pas été payée par son cocontractant" ; et que d'autre part, "il n'était pas établi que le syndic avait offert de régler le montant de l'acompte dont le paiement, à sa date, constituait une condition du contrat".

D'autre part, le cocontractant peut toujours, et cela quel que soit le type de contrat envisagé, demander la résiliation ou invoquer le jeu d'une clause résolutoire de plein droit (17). A cet égard il n'est pas inutile de rappeler que l'article 52 alinéa 5, qui régit les demandes en résiliation du bail pour des causes nées de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire, est ici sans objet (18). Par conséquent, il n'y a pas lieu d'observer à propos du bail une réglementation particulière ; le délai pour agir est celui du droit commun et l'existence de garanties offertes, auxquelles fait allusion cet article, ne doit en aucun cas infléchir la solution du litige dans un sens ou dans l'autre.

(17) Voyez par ex., Cass. civ. 3^o 17 mars 1976, D.1976, Somm. 59 ; Grenoble 16 mars 1976, préc. ; Paris 1^{er} octobre 1968, préc.

(18) Cf. supra p. 80 , n^o 65 et s. ; voyez par ex., Cass. civ. 6 juin 1982, D.1983 I.R. 262.

§ 2 : Le problème des clauses compromissoires et des clauses attributives de compétence insérées dans les contrats en cours

231

Le problème du respect des clauses compromissoires ou attributives de compétence ne peut être résolu qu'en s'interrogeant au préalable sur la signification de l'article 112 du décret du 22 décembre 1967. En effet, si le syndic est en principe tenu d'appliquer toutes les clauses du contrat dont il demande l'exécution, encore faut-il que ces dernières ne soient pas en contradiction avec certaines dispositions dérogatoires du droit des procédures collectives.

Or précisément, l'article 112 dispose que "les tribunaux saisis d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens connaîtront de tout ce qui concerne le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite et autres sanctions, conformément à ce qui est prescrit à la loi du 13 juillet 1967 et au présent décret". Il s'avère donc indispensable d'en délimiter avec précision la portée.

Pour la doctrine unanime (19), il faut, pour résoudre cette question, se reporter à la jurisprudence considérable suscitée par l'ancien article 635 du Code de commerce car, souligne-t-elle à juste titre, l'article 112 n'est que la reprise fidèle de cette disposition, ceci du moins quant au principe de la solution consacrée. Or, au fil de cette jurisprudence, il apparaît que les actions relatives à l'exécution des contrats en cours ne sont jamais de la compétence exclusive du tribunal ayant prononcé la liquidation des biens ou le règlement judiciaire. Par conséquent rien ne s'opposerait a priori dans ce cas au jeu d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de compétence (20).

(19) En ce sens, Ripert et Roblot, t.II, n°2935 ; Solus et Perrot, *Traité de droit judiciaire privé*, n°105.

(20) Sur l'ensemble de la question, Solus et Perrot, *Traité de droit judiciaire privé*, n°105 ; Lepargneur, "De la compétence du tribunal de la faillite", *Jal des Faillites* 1924 223 ; R. Granger, "La compétence du tribunal du règlement judiciaire ou de la faillite", *J.C.P.* 1957.I. 1359 ; Morel, "La clause compromissoire en matière commerciale", *Rev. Crit.* 1926, p.486 et s. ; Servat, "De la compétence en matière de faillite", thèse Toulouse 1935.

Cette solution, au demeurant exacte, mérite d'être approfondie. Il semble en particulier que la formule jurisprudentielle qui lui sert de support depuis près d'un siècle, et selon laquelle seules les contestations nées de la faillite ou sur lesquelles elle exerce une influence juridique sont de la compétence exclusive du tribunal de la procédure (21), ne puisse répondre au rôle qui lui est traditionnellement attribué qu'au prix d'interprétations ambiguës. Par conséquent sa validité doit être remise en cause.

232

Pour illustrer ce phénomène, il suffit d'analyser la manière dont sont résolus les conflits de compétence apparus lors de l'exécution litigieuse de certains contrats. Lorsque ces derniers ont été repris par le syndic, le raisonnement est toujours le même, et cela qu'il s'agisse de décisions récentes ou déjà plus anciennes ; il consiste à dire que si "le liquidateur, mandataire de justice, a pris la suite des engagements contractés par celui qu'il assiste, ..., l'action exercée n'est pas née de la faillite ou de la liquidation judiciaire, mais se rattache à une cause antérieure à son évènement, le contrat originaire, dans lequel la liquidation se trouvant substituée au liquidé judiciaire, en est réputée, par cela même, avoir accepté toutes les obligations, notamment la clause attributive de juridiction" (22). Manifestement, ce raisonnement pêche, ne serait-ce que dans son articulation. Comment affirmer sans autre précision que le liquidateur doit respecter les clauses attributives de compétence lorsqu'il se substitue au failli, alors que la question est justement de savoir si le droit des procédures collectives ne fait pas échec à ce principe ? Mais surtout,

(21) Req. 29 octobre 1888, D.P. 1889.1.13.

(22) Voyez par ex., Cass. civ. 26 avril 1906, D.P. 1907.I.25, note Valéry ; C.A. Paris 3 janvier 1928, G.P. 1928.I.272 ; Cass. civ. 22 janvier 1929, G.P. 1929.I.616 ; C.A. Paris 5 et 26 juin 1930, G.P. 1930.II.247 ; Req. 19 et 27 janvier 1932, G.P. 1932.I.484, D.H. 1932 113 ; Cass. soc. 7 janvier 1955, Bull. IV, 11 ; Cass. com. 9 mars 1977, D. 1977 I.R. 402, Rev. des Syndics 1977, p.217 ; Cass. com. 19 juillet 1982, D.1983 I.R. 6, J.C.P.1982, Tab. de J.P., p.347, J.C.P.1983 éd. C.I. 11273, n°13 ; dans le même sens, R. Granger, préc., n°5, G. Toujas note sous Cass. com. 24 oct. 1950, J.C.P.1951 6023 ; voyez aussi pour le respect d'une clause compromissoire, Trib. co. de Nantes 30 déc. 1976, G.P. 1977, 346.

comme l'ont très bien montré les commentaires embarrassés qui ont accueilli l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 17 janvier 1956 (23), cette argumentation ne permet pas de rendre compte de la solution adoptée lorsque le contrat, au lieu d'être repris par le syndic, est conclu par ce dernier.

En l'occurrence, le gérant et le liquidateur d'une société en règlement judiciaire avaient, en se portant personnellement caution, contracté un emprunt pour faciliter la continuation d'exploitation. A l'échéance, comme aucun remboursement n'était intervenu, le prêteur assigna, devant le Tribunal civil de la Seine, le syndic de la société mise entre temps en faillite. Celui-ci, invoquant l'article 635 du Code de commerce, souleva alors l'incompétence de la juridiction saisie, ce qu'admit le Tribunal de première instance. La Cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation refusent par contre le jeu de cette exception aux motifs que "d'une part, la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent, que, d'autre part, en l'espèce, la contestation n'avait pas sa cause dans la faillite et n'était pas de celles sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique".

L'intérêt du recours à la personnalité morale de la masse est ici plus que douteux. D'une part, et ceci doit être répété, si la Cour suprême a voulu dire par là que la masse avait agi en tant que tiers lors de la conclusion du contrat de prêt, elle a commis une erreur ; les opérations liées à la continuation d'exploitation produisent toujours leurs effets dans le patrimoine du failli, et la masse, par conséquent, n'agit dans ce cadre qu'en tant que représentant du débiteur. Ensuite, et M. Houin le souligne très justement, "l'existence de cette personnalité morale semble indifférente à la question de savoir si la contestation concernait la faillite au sens de l'article 635 du Code de commerce ; en effet, que la masse ait ou non la personnalité morale, elle est une institution spécifique de la faillite ; ce n'est donc pas l'introduction de cette notion de pure technique juridique qui est capable de faire perdre à une contestation le lien

(23) Cass. com. 17 janvier 1956, D. 1956 265, note R. Houin, J.C.P. 1956, 9601, note R. Granger.

qu'elle peut avoir avec la faillite" (24). Dès lors, l'exclusion de la compétence du tribunal de la procédure ne pouvait se faire qu'à partir des critères habituels, à savoir l'inexistence d'une influence juridique ou l'absence d'une contestation née de la faillite.

Ceci étant, la référence ainsi faite à la personnalité morale de la masse peut, sinon se justifier, du moins s'expliquer. Certes, il est incontestable que la contestation "n'était pas de celles sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique" ; il est exact que le créancier "n'avait pas à se soumettre à la procédure de vérification" et qu'il "conservait son droit individuel d'agir en justice contre son débiteur comme si celui-ci était encore in bonis" (25), de sorte que la liquidation judiciaire n'apportait aucune modification au droit commun. Par contre, il est beaucoup moins évident que la contestation n'ait pas eu sa cause dans la faillite, surtout si l'on se souvient de l'interprétation que fait de ce terme, la jurisprudence élaborée à propos des litiges survenus lors de l'exécution des contrats repris par le syndic. Ceux-ci échappent à la compétence du tribunal de la procédure car ils ont "leur cause dans des faits ou dans des contrats antérieurs à la faillite". Or, comme l'ont relevé plusieurs auteurs, "le litige portait sur un prêt qui avait été consenti à un débiteur en état de liquidation judiciaire, en vue de continuer l'exploitation de son commerce ; on pouvait donc soutenir que ce prêt, et par suite le litige auquel il devait donner lieu, étaient liés à la procédure de liquidation judiciaire" (26), ou encore, pour reprendre la formule de M. Granger, que "la faillite était une condition juridique nécessaire du litige" (27). Ce raisonnement paraît logique et il est probable qu'il a dû embarrasser la Cour de cassation. Partant, il se peut qu'elle ait cru trouver dans la personnalité morale de la masse le moyen d'éviter que deux contrats identiques, liant les mêmes parties, et requérant l'application de solutions similaires, relèvent de compétences différentes.

(24) R. Houin, note sous Cass. com. 17 janvier 1956, préc.

(25) R. Houin, préc.

(26) R. Houin, préc.

(27) R. Granger, préc., n°7.

Ce souci est louable ; il est pour le moins souhaitable que ce type de contestation obéisse à un principe de compétence unique, et cela quelle que soit la date de passation du contrat. Mais il reste que l'argumentation employée est inacceptable. Non seulement la personnalité morale de la masse ne peut, comme il a été vu, permettre d'expliquer de manière satisfaisante la solution retenue, mais surtout, la notion de contestation née de la faillite, qui sert de dénominateur commun à l'ensemble de ces arrêts, ne peut être interprétée de manière variable selon le problème envisagé.

A cet égard, il faut immédiatement dénoncer une erreur. Les commentateurs de l'arrêt de 1956 estiment en général (28) que si les contestations reposant sur des contrats antérieurs à la faillite doivent de ce fait être écartées de la compétence exclusive du tribunal de la procédure, il faudrait alors en déduire, que tous les litiges issus de contrats postérieurs devraient relever de cette compétence particulière. Or rien n'est plus faux, la seule déduction logique que puisse amener la jurisprudence relative aux contrats poursuivis s'exprime de la façon suivante : si le tribunal de la faillite est compétent, alors le litige n'est pas issu de l'exécution d'un contrat antérieur à la faillite (29). Il n'y a donc pas, à proprement parler, d'incohérence entre les deux interprétations données ici à la notion de contestation née de la faillite, et c'est à dessein que nous parlons d'interprétations variables et non pas contradictoires.

Ceci précisé, la question n'est pas résolue pour autant. A partir du moment où la formule de référence utilisée est unique, le principe même d'une interprétation dualiste est inadmissible ; ou bien il est possible d'aboutir à un système cohérent à partir d'une interprétation unitaire qu'il reste à définir, ou bien il faut admettre que la formule elle-même est erronée, et non pas seulement l'une de ses interprétations.

(28) En ce sens, R. Houin et R. Granger, préc.

(29) Pour s'en persuader, il suffit là encore (cf. supra p. 192) d'utiliser la formule classique selon laquelle si $A \Rightarrow B$ alors non $B \Rightarrow$ non A , et non pas non $A \Rightarrow$ non B . Ainsi, lorsqu'il s'avère que l'antériorité du contrat (A) implique l'exclusion de la compétence du tribunal de la procédure (B), il en découle uniquement que lorsque la compétence dérogatoire est retenue (non B) alors le contrat n'est pas antérieur à la faillite (non A). Par contre, il serait faux d'en déduire que la postériorité du contrat (non A) implique le jeu de la compétence exclusive (non B).

En considérant le problème dans cette optique, deux éléments retiennent l'attention. D'une part, il est certain qu'aucune des deux interprétations proposées ne peut être retenue ; la première, qui s'appuie sur l'antériorité du contrat n'est bien entendu pas transposable à l'hypothèse où ce contrat est passé par le syndic ; quant à la seconde, qui repose, à tort d'ailleurs, sur la personnalité morale de la masse, elle n'a plus aucun sens lorsque c'est le débiteur lui-même qui est à l'origine de la convention. Mais d'autre part, il est tout aussi évident qu'il eut suffi à la Cour de cassation d'exclure de façon expresse du champ des "contestations nées de la faillite" toutes celles qui en droit peuvent naître même en l'absence de faillite, pour parvenir dans un cas comme dans l'autre à une solution acceptable non seulement dans son objet mais encore dans son principe. S'agissant par exemple du contrat de prêt qui était à l'origine de l'arrêt de 1956, il n'y avait qu'à constater, comme le suggère M. Houin, que "d'une part... le prêt avait été consenti au débiteur en état de liquidation judiciaire comme il aurait pu l'être à un emprunteur quelconque ayant besoin de fonds pour faire marcher son entreprise. D'autre part et surtout, si le prêt pouvait à la rigueur être lié à la procédure de faillite, en revanche le litige auquel il donnait lieu n'y était pas lié ; ce litige s'était produit de la même façon qu'il se serait produit avec un emprunteur quelconque" (30).

Si cela n'a pas été dit, ce n'est pas comme on pourrait le croire par maladresse ou par négligence, mais, et c'est ce qui fait la complexité de la question, parce que cette interprétation de la notion de contestation née de la faillite est inconciliable avec la formule élaborée en 1888. Pour s'en persuader, il est nécessaire de reprendre l'étude de l'ensemble de la question, et ce depuis son origine ; ce n'est qu'à cette condition que les hésitations jurisprudentielles actuelles peuvent se comprendre. Au demeurant, ceci débouche inéluctablement sur la remise en cause du modèle proposé, lequel conduit systématiquement à ce type d'incohérence.

(30) R. Houin, note préc.

La rédaction peu précise de l'article 635 qui attribuait aux tribunaux de commerce la connaissance de "tout ce qui concerne la faillite", conduisit dans un premier temps certains auteurs (31) à soutenir que toutes les actions intentées postérieurement à la faillite devaient être portées devant le tribunal de commerce du domicile du failli, et cela quand bien même elles n'eussent pas été en temps normal du ressort des juridictions commerciales. Cette opinion, qui "eut entraîné un bouleversement complet des règles de compétence" (32), fut de ce fait rapidement abandonnée par la doctrine et la jurisprudence qui convinrent dès lors que pour qu'une action relevât des juges consulaires, elle devait non seulement être intentée après l'ouverture de la procédure, mais encore reposer sur une contestation que la faillite avait "fait naître" (33).

Cette idée, préconisée dès 1825 par la Cour de cassation, amena les tribunaux à opérer une distinction en fonction de la date à laquelle avaient été acquis les faits donnant lieu au litige ; ils en déduisirent que lorsque ceux-ci étaient antérieurs au jugement de faillite, le tribunal de commerce du domicile du failli n'avait aucune compétence particulière, mais que par contre cette compétence devenait systématique pour peu que les faits fussent postérieurs (34). Cette analyse risquait de grossir exagérément le domaine de l'article 635 et la Cour de cassation intervint le 26 avril 1875 (35) pour souligner que, s'agissant des contestations fondées sur des faits postérieurs à la faillite, le tribunal de commerce n'était compétent que dans la mesure où le déroulement de la procédure exerçait sur ces faits une influence juridique. Comme le remarque très justement M. Granger (36), l'origine du litige et l'influence juridique étaient donc considérées à l'époque comme des conditions complémentaires. De plus, et

(31) Lainné, Commentaire de la loi du 8 juin 1838, éd. 1839, p.667 et s. ; en ce sens, Req. 17 juillet 1828, D.1828.I.333 ; Renouard, Traité des faillites, t.2, p.526.

(32) Ripert et Roblot, t.II, n°2936.

(33) Voyez par ex., Req. 14 avril 1825, D.P.1825.I.271 ; Troplong, D.P. 1830.2.53.

(34) Voyez par ex., Civ. 7 nov. 1848, S.1848.I.593 ; Civ. 19 avril 1853, S.1853.I.434 ; Req. 9 mars 1858, D.P.1858.I.303.

(35) Civ. 26 avril 1875, S.1875.I.359.

(36) R. Granger, préc., n°4 et note 11.

il suffira de le noter pour l'instant, la démarche se distingue de celle retenue par la majorité des arrêts plus récents, en ce qu'elle s'attache aux faits et non à la contestation.

236

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation adopta le 29 octobre 1888 une formule demeurée d'actualité, aux termes de laquelle la compétence spéciale du tribunal de commerce pouvait éventuellement s'étendre à des contestations qui sans être nées de la faillite, en subissaient cependant l'influence juridique (37). A première vue, et en supposant que les mots "faits" et "contestations" soient synonymes, cette décision paraît conciliable avec celle de 1875. Il suffirait pour cela d'admettre que la compétence exclusive édictée par l'article 635 ne soit à retenir que si les actions intentées sont juridiquement influencées par l'état de faillite, qu'elles reposent sur des faits antérieurs ou postérieurs. Partant, et sous réserve de l'analyse de ce terme, il résulterait de ces arrêts que le seul critère à mettre en oeuvre serait celui de l'influence juridique. En réalité, il n'en est rien. La formule adoptée par la Cour de cassation en 1888 et reprise par la suite dans de nombreux arrêts est incompatible avec cette analyse, de sorte qu'il est nécessaire de s'interroger sur le sens du standard dégagé par cette décision.

En l'espèce, les maisons Lyonnet et Falgueirettes, domiciliées respectivement à Paris et à Cette, avaient passé un accord au terme duquel, lorsque la seconde recevait puis vendait des vins pour le compte de la première, cette dernière pouvait en contrepartie tirer des traites sur l'autre, sauf à fournir les fonds à l'échéance si les ventes de vins s'avéraient insuffisantes pour couvrir le montant des effets. Par la suite les maisons Lyonnet et Falgueirettes ayant été mises en faillite, l'une à Paris, l'autre à Cette, deux syndics, Mercier et Bardy, furent nommés. Le 16 avril 1886, le syndic de la faillite Falgueirettes, Bardy, assigna devant le Tribunal de commerce de Cette, Mercier, syndic de la faillite Lyonnet, "pour s'entendre déclarer débiteur de la somme de 458 803 F. pour solde de compte, valeur au 25 mars 1882, et voir ordonner l'admission de la

(37) Req. 29 octobre 1888, D.P.1889.1.13.

faillite Falgueireittes au passif de la faillite Lyonnet et comp., pour le montant de ladite somme". S'agissant de l'admission au passif d'une faillite déclarée à Paris, il y avait peu de chance que les juges consulaires de Cette se reconnaissent compétents. Bardy s'en douta-t-il ? Toujours est-il qu'il revint rapidement sur sa demande initiale et qu'il se borna à conclure au règlement du compte produit par Falgueireittes, en raison des opérations de commission, toutes antérieures à la faillite, faites à Cette pour celui-ci par Lyonnet. A cela Mercier rétorqua en invoquant l'incompétence de la juridiction saisie. Le Tribunal de commerce de Cette puis la Cour d'appel de Montpellier refusèrent d'admettre le jeu de cette exception. Ils estimèrent en effet, conformément à la jurisprudence de 1875, que la compétence exceptionnelle du tribunal de commerce du domicile du failli se restreignait "aux actions qui naissent de la faillite même et sur lesquelles elle exerce une influence juridique". Par conséquent, puisque ces opérations de commission étaient antérieures à la faillite, il n'y avait aucune raison pour que le tribunal de commerce de Cette ne soit pas compétent. Mercier déposa alors un pourvoi en cassation, mais la Chambre des requêtes confirma la décision.

Cette décision n'a rien d'étonnant ; ce qui l'est plus, en revanche, c'est la motivation adoptée. Pour la Haute cour, "il résulte de l'arrêt attaqué que la demande formée par le syndic de la faillite Falgueireittes contre le syndic de la faillite de Lyonnet tendait non à la vérification et à l'admission d'une créance déterminée, mais uniquement au règlement d'opérations de commissions antérieures à la faillite de Lyonnet et avait pour but d'en déterminer le solde ; - Qu'il suit de là que cette demande indépendante de la faillite ne peut tomber sous l'application des règles spéciales édictées car celles-ci ne sont applicables qu'aux contestations nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique". Manifestement, le critère de la compétence exclusive ne repose plus, comme en 1875, sur le cumul de deux conditions mais sur une alternative. Selon cet arrêt, les actions qui relèvent de la compétence du tribunal de la faillite sont, d'une part celles qui sont nées de la faillite et pour lesquelles il est inutile de se demander si elles sont ou non influencées par la procédure en cours, d'autre part celles qui ne sont pas nées de la faillite mais sur lesquelles cette dernière exerce une influence

juridique. Ceci étant, cette distinction ne peut donc plus être considérée, du moins d'un point de vue purement formel, comme l'approfondissement de l'analyse antérieure, et il convient par conséquent, pour en déterminer la portée, de reprendre l'étude des termes employés, sans s'arrêter a priori à l'interprétation qui leur était donnée par le passé.

237

La première remarque qui vient à l'esprit concerne la notion de "contestations nées de la faillite". Il résulte des constatations précédentes et des termes même de l'arrêt, que ce critère doit impérativement se suffire à lui-même. Dans ces conditions, de deux choses l'une : ou bien il conserve le sens que la jurisprudence lui avait antérieurement reconnu, et toutes les contestations reposant sur un évènement apparu postérieurement à l'ouverture de la procédure devront y être incluses sans distinction, ou bien sa signification doit être modifiée. La première branche de cette alternative ne peut être retenue ; il est fort douteux que la Chambre des requêtes ait eu l'intention de revenir à l'utilisation d'un critère purement chronologique alors que parallèlement tous les efforts de la jurisprudence de l'époque tendaient justement à l'effacement de cette distinction au profit d'une analyse plus juridique. La seconde, par contre, qui consiste à prêter à la formule "contestations nées de la faillite" une signification plus restrictive que celle adoptée par le passé, ne se heurte à aucun obstacle de principe et c'est au surplus la seule concevable sous peine de conclure à l'incohérence de la décision analysée. Dans cette optique, il ne suffit donc plus qu'une contestation soit engendrée par un fait postérieur au jugement déclaratif, il faut encore qu'elle satisfasse une autre exigence. Ceci, bien sûr, rappelle l'arrêt de 1875 et c'est d'ailleurs un gage de bonne logique, mais il ne faudrait pas pour autant en conclure à une redite. Il s'agit effectivement dans une décision comme dans l'autre de restreindre le domaine de la compétence exclusive du tribunal de la faillite. Mais dans l'arrêt de 1875 cette restriction se fait en quelque sorte de l'extérieur, en exigeant des contestations nées de la faillite qu'elles en subissent l'influence juridique, alors qu'en 1888, la démarche est tout autre : c'est la notion de "contestations nées de la faillite" qui est modifiée dans un sens restrictif.

Reste alors à savoir en fonction de quelle analyse cette restriction s'opère. A cet égard, la doctrine est unanime et rejoint dans une certaine mesure la jurisprudence. Il faut, disent-elles, se demander si la faillite est la "cause" ou au contraire "l'occasion" du litige (38). Malheureusement, dans la recherche d'une méthode pour opérer cette distinction, les opinions divergent. Selon certains le critère devrait être celui de la règle à appliquer. Ainsi lorsque la résolution de la contestation requerrait l'usage du droit commun, la faillite n'en serait que l'occasion. Par contre, s'il s'avérait que certaines dispositions dérogatoires du droit des procédures collectives dussent impérativement s'appliquer, la faillite serait alors à considérer comme la cause du litige (39). D'autres auteurs estiment au contraire qu'il faut se placer au niveau de la contestation et se demander si "elle aurait pu ou non se produire en l'absence de faillite" (40). Pour Valéry, par exemple, le tribunal de commerce ne serait compétent que lorsque "l'action est de telle nature qu'elle ne serait pas née si la faillite n'avait pas été déclarée" (41) ; plus précisément, il ne suffirait pas que l'action "ait été provoquée par la faillite" (42) et "s'y rattache directement" (43), il serait nécessaire "qu'en droit le litige ne puisse naître que si la faillite existe" (44). Enfin, pour certains commentateurs, qui se placent cette fois-ci en amont de la contestation, le juge de la faillite serait compétent à la seule condition "que l'élément de fait du litige dérive de l'état de faillite" (45). Ceci sous-entendrait, d'une part, que ce ne serait plus la contestation elle-même qui devrait être engendrée par la législation particulière de la faillite mais le rapport juridique qui lui sert de support (46), et impliquerait, d'autre part, qu'il importerait peu que la contestation soit soumise au droit commun,

(38) Solus et Perrot, préc., n°106 ; Lepargneur, préc., p.225 ; R. Houin note sous Cass. com. 17 janvier 1956, préc. ; G. Toujas, note sous Cass. com. 24 octobre 1950, J.C.P. 1951, n°6023.

(39) En ce sens, Lepargneur, préc., p.291 ; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7° éd., p.1075, n°1770 ; Servat, thèse préc. Toulouse 1935, p.115 et s.

(40) R. Granger, préc., n°4.

(41) Valéry, note sous Civ. 26 avril 1906, D.P.1907.I.25.

(42) R. Granger, préc., n°4.

(43) G. Toujas, note sous Cass. com. 24 octobre 1950, J.C.P. 1951 6023.

(44) R. Granger, préc., n°4.

(45) R. Granger, préc., n°13.

(46) Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t.2, p.376, n°1829.

pour peu qu'elle soit soulevée par le déroulement des opérations qui constituent la procédure de faillite (47). Considérée de manière intrinsèque, la première de ces explications nous paraît préférable. La dernière, au contraire, paraît devoir être écartée car elle introduit entre le litige et la relation juridique qui l'induit une distinction que rien dans l'attendu analysé ne laisse supposer. Pourtant, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, la formule de l'arrêt de 1888 ne peut renvoyer qu'à cette troisième conception.

239

Pour s'en persuader, il faut revenir sur la notion d'influence juridique. Depuis 1875, il était acquis que si les faits postérieurs au jugement déclaratif, et eux seuls, pouvaient éventuellement donner lieu à compétence exclusive, c'était à la condition expresse que la procédure exerçât sur eux une influence juridique. Cette exigence permettait d'exclure de manière radicale les contestations sans aucun rapport avec la faillite, mais elle n'était pas pour autant dépourvue d'ambiguïté. Notamment, il était impossible de savoir avec certitude si elle correspondait au fait que la faillite devait être à l'origine exclusive des agissements donnant lieu au litige, ce qui eut exclu les contestations sans rapport immédiat avec le déroulement de la procédure, mais qui en subissaient cependant l'empreinte, ou si au contraire elle renvoyait à la seule nécessité d'une résolution du conflit par des règles spécifiques du droit des procédures collectives, ce qui eut, par rapport à la première hypothèse, tantôt restreint, tantôt élargi (48), le domaine de la compétence exclusive du tribunal de la faillite. En outre, un cumul de ces deux solutions n'était pas non plus inconcevable. Avec cet arrêt, au contraire, aucune hésitation n'est permise. D'une part, il est certain que la solution consistant à cumuler les deux types d'interprétations qui viennent d'être exposés est inacceptable, car on voit mal, dans ce cas, quel domaine il faudrait impartir aux contestations nées de la faillite. D'autre part, il est tout aussi évident que les contestations reposant sur des événements extérieurs à la procédure ne sont

(47) En ce sens, Percerou et Desserteaux, n°1130.

(48) Dans le sens d'une interprétation particulièrement extensive, Cass. com. 19 janvier 1955, D. 1955 165.

pas, et cela quel que soit le sens à donner à ce terme, des contestations nées de la faillite ; en effet, si tel était le cas, il faudrait alors admettre, pour respecter l'alternative énoncée par cet arrêt, que des litiges ne se concevant que dans le cadre d'une procédure collective, n'en sont pas pour autant "nés", ce qui serait particulièrement illogique. Partant, lorsque la Haute cour n'exclut pas que certaines contestations puissent subir du fait de la faillite une certaine influence juridique, c'est donc à ce type de revendication, a priori étranger à la procédure qu'elle fait allusion ; dès lors, si "influence juridique" il y a, celle-ci ne peut consister que dans la nécessité d'user pour leur résolution de la réglementation particulière de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire, puisqu'aussi bien leurs origines ne relèvent en rien de cette situation spécifique.

240

Mais alors, à partir du moment où la notion d'influence juridique renvoie à la présence de règles de solution dérogatoires du droit commun, il devient impossible d'utiliser ce même critère pour distinguer les contestations qui sont nées de la faillite de celles qui lui sont étrangères. En effet, ceci reviendrait à appliquer à l'ensemble des contestations, toutes catégories confondues, un critère unique, celui de l'influence juridique, alors que l'arrêt commenté le présente de façon indiscutable comme une alternative, et lui interdit par là même de jouer le rôle que lui assignait antérieurement la jurisprudence, à savoir l'établissement d'une distinction à l'intérieur des litiges reposant sur des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure. Ce faisant, la première des interprétations préconisées à propos de la notion de "contestations nées de la faillite" se trouve donc irrémédiablement exclue, puisqu'elle se fondait sur la nature de la règle à employer. Mais ce n'est pas tout ; il doit en aller de même de la seconde. Car enfin, "si une action est de telle nature qu'elle ne serait pas née si la faillite n'avait pas été déclarée" (49), c'est donc qu'elle repose de manière exclusive sur l'usage contestable d'une règle dérogatoire au droit commun. Par conséquent, elle ne pourra être résolue qu'en fonction

(49) Valéry, note sous Civ. 26 avril 1906, D.P. 1907.I.25.

de cette même réglementation (50), ce qui la classe inéluctablement dans les contestations subissant l'influence juridique de la faillite et non pas dans celles qui en sont nées.

Bien entendu, il est peu probable que la Haute cour ait voulu parvenir à ce résultat ; tout laisse croire, au contraire, qu'en parlant de "contestation née de la faillite", elle entendait réserver l'hypothèse où le litige était, en droit issu de la procédure. Quoi qu'il en soit la formule employée dans cet arrêt ne peut se prêter à ce type d'analyse, et, par conséquent, la seule interprétation qu'elle puisse revêtir sans contradiction est celle qui consiste à admettre la compétence exclusive du tribunal de la faillite chaque fois que la situation juridique qui sert de support au litige sera issue de l'application du droit spécifique de la faillite.

241

Dès lors, il devient compréhensible que les tribunaux, non seulement ne soient pas parvenus à résoudre de manière globale les problèmes de compétence suscités par les litiges survenus lors de l'exécution des contrats par le syndic, mais encore aient dû recourir à une argumentation aussi diverse que contestable. D'une part, la solution consistant à rejeter en bloc toutes les contestations qui auraient pu se produire en dehors de la faillite, et qui semblait a priori évidente, s'avère en définitive inutilisable. D'autre part, la seule interprétation logique qui puisse être faite de la notion de "contestation née de la faillite" conduit au résultat inverse de celui recherché. En effet, et ceci doit être souligné, à partir du moment où il suffit, pour qu'une contestation soit "née de la faillite", qu'elle ait été induite de façon médiate par l'emploi d'une règle exorbitante du droit commun, il faut alors reconnaître que tel est bien le cas lorsque le syndic reprend ou passe au contrat. Car enfin, si "la masse des créanciers dans la faillite n'a d'existence que dans la mesure où une faillite est ouverte" (51) et si par conséquent, comme l'estime M. Granger à propos de l'arrêt du 17 janvier 1956, "la faillite était une condition juridiquement nécessaire du litige" (52), ce raisonnement doit a fortiori être re-

(50) En ce sens, R. Granger, préc., n°12.

(51) R. Granger, préc., n°7.

(52) R. Granger, préc., n°7.

pris à propos du syndic. Non seulement celui-ci n'agit qu'en tant qu'organe de la masse qui elle-même représente le débiteur, ce qui fait de la faillite la condition nécessaire et suffisante de son activité, mais encore et surtout il ne faut pas oublier que si le litige est issu de l'exécution d'un contrat antérieur au jugement déclaratif, il n'en demeure pas moins que cette exécution n'a été possible que grâce à la faculté exorbitante, reconnue au syndic par l'article 38, d'exiger la continuation des contrats en cours. Il est donc permis de soutenir avec quelque vraisemblance que toutes ces contestations sont "nées de la faillite", ceci du moins à s'en tenir au sens qu'il faut bien donner à cette notion dans le cadre de la formule préconisée en 1888. Les tribunaux, comme cela a été vu, sont cependant parvenus à éviter cette solution en se fondant, tantôt sur la personnalité morale de la masse, tantôt sur l'antériorité du contrat. Mais il est certain que, si cette situation est pratiquement satisfaisante, elle est pour le moins empirique. D'autre part, elle contribue au maintien d'un critère qui s'avère manifestement impraticable et auquel il convient de chercher maintenant un substitut.

242

Parmi les rares auteurs qui se sont penchés sur la question, deux écoles ont surgi. La première, dont M. Granger est l'un des tenants, estime que pour "qu'un progrès soit réalisé, il suffirait que la Cour de cassation modifie la formule de ses arrêts en supprimant le membre de phrase relatif à l'influence juridique de l'état de faillite et surtout qu'elle fasse preuve de plus de rigueur dans l'appréciation de la notion de contestation née de la faillite" (53). En particulier, il faudrait selon cet auteur, limiter la compétence du tribunal de la procédure "aux contestations dont la faillite est une condition juridiquement nécessaire" (54). Pour ce faire, ajoute-t-il, il suffirait de se demander "si l'existence du litige est ou non concevable en dehors de l'état de faillite" (55), étant entendu que "des deux éléments de la notion de litige, règles de droit et faits, c'est l'élément de droit qui doit être affecté par la faillite" (56).

(53) R. Granger, préc., n°15.

(54) R. Granger, préc., n°15

(55) R. Granger, préc., n°15.

(56) R. Granger, préc., n°13.

Pour la seconde école, au contraire, le seul critère à mettre en oeuvre est celui de l'influence juridique. M. Lepargneur écrit ainsi "que l'article 635 ne proclame l'élargissement de la compétence ratione materiae de la juridiction commerciale que dans la mesure où il s'agit d'appliquer la réglementation spéciale des faillites. C'est l'application stricte du texte de l'article 635 in fine qui ne reconnaît la compétence des tribunaux de commerce que pour statuer conformément aux prescriptions du livre III. Par conséquent, pour que le tribunal de la faillite ait à juger un litige rentrant dans la compétence normale d'un tribunal civil, il ne suffit pas comme l'a décidé trop souvent la jurisprudence que le litige soit né de la faillite. Une condition plus rigoureuse est nécessaire ; il faut que la solution du litige mette en jeu la réglementation spéciale des faillites. C'est cette condition qui doit nous servir de criterium" (57).

En apparence ces deux conceptions sont diamétralement opposées puisque l'une retient précisément le terme que l'autre exclut et inversement. Mais en réalité, tout ceci n'est qu'une querelle de mots et les deux systèmes aboutissent à une solution identique. En effet, quand M. Lepargneur soutient que le seul critère à mettre en oeuvre est celui de l'application ou non de "la législation spéciale des faillites" (58), M. Granger ne dit pas autre chose lorsque, après avoir exposé sa conception de la notion de "contestation née de la faillite", il en conclut que "le tribunal de la faillite n'est compétent dans cette conception que si les règles juridiques applicables à la contestation impliquent l'existence de l'état de faillite" (59). Au demeurant cette solution paraît pleinement justifiée, et si, pour des raisons de clarté, la démarche consistant à exclure de façon définitive la notion même de contestation née de la faillite nous semble préférable, ceci n'est pas le principal. Ce qu'il faut en définitive souligner c'est que la formule héritée de l'arrêt du 29 octobre 1888, malgré son apparente simplicité, ne peut en aucun cas jouer le rôle qui lui est imparti ; l'alternative sur laquelle elle est bâtie ne permet pas, de par sa construction

(57) Lepargneur, préc., p.231.

(58) Lepargneur, préc., p.231.

(59) R. Granger, préc., n°13.

même, d'aboutir aux résultats escomptés. Par conséquent, il importe de la modifier, étant précisé que, quel que soit le terme retenu, celui-ci doit aboutir à exclure la compétence du tribunal de la procédure toutes les fois que la solution du litige ne passera pas par l'application du droit de la faillite. Ainsi, et pour en revenir aux causes compromissaires et attributives de compétence insérées dans les contrats en cours, toutes les contestations issues de l'utilisation de l'article 38 devront relever de la compétence exceptionnelle du tribunal de la procédure lorsque ce sera le principe même de la reprise qui sera en cause ; mais, à l'inverse, toutes les contestations nées de l'exécution du contrat devront, sauf exception, être tranchées par le tribunal de droit commun ou par l'arbitre.

SECTION II : LE PATRIMOINE AFFECTÉ PAR L'EXÉCUTION

243

Le syndic, s'il peut exiger la continuation des contrats en cours, est donc, sauf exception, tenu d'en respecter la totalité des clauses. Ceci s'explique au demeurant fort bien ; la masse, par l'intermédiaire de son organe le syndic (1), se comporte en l'occurrence comme le représentant du débiteur ; elle ne peut par conséquent s'affranchir des obligations contractées par ce dernier, à moins qu'un texte spécial ne l'y autorise expressément (2).

Mais cette relation de représentant à représenté qui unit ainsi, dans le cadre de l'article 38, la masse au débiteur, emporte une autre conséquence. Puisque le représenté est la personne pour le compte de qui le représentant agit, il s'ensuit que les effets réels et personnels de l'opération accomplie se produisent dans le patrimoine et en la personne du failli qui a seul qualité de créancier ou de débiteur des obligations créées (3) ; la masse n'est donc ni préalablement ni conjointement liée

(1) Cf. supra p.12, n°9.

(2) Cf. supra p.299, n°227 et s.

(3) En ce sens, M. Storck, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J. 1982.

par la reprise des contrats en cours, et c'est à tort que la jurisprudence qualifie les recettes et les dépenses qui en découlent de créances et de dettes de masse. En réalité il s'agit de fausses dettes ou de fausses créances de masse (4) dont seul répond le patrimoine du débiteur.

244

A vrai dire, il semble que la doctrine comme la jurisprudence ne se soient pas laissées abuser par l'imprécision terminologique qui règne en la matière et il est très généralement admis que l'exercice de l'article 38 n'a aucun impact direct (5) sur le patrimoine de la masse.

Il existe néanmoins deux hypothèses dans lesquelles les tribunaux ont cru devoir écarter cette solution. La première concerne l'imposition afférente à la poursuite des contrats en cours et plus généralement à la continuation d'exploitation que les tribunaux administratifs persistent à considérer comme une vraie dette de masse ; la seconde est relative aux effets, de la cession de créance, de la subrogation ou de l'avis à tiers détenteur, que les tribunaux de l'ordre judiciaire tentent d'écarter par le biais de la personnalité morale de la masse. Ces solutions appellent les plus vives critiques car elles ne s'intègrent en aucune manière dans la logique du mécanisme des procédures collectives.

§ 1 : La charge de l'impôt acquis après l'ouverture de la procédure

245

Lorsque la masse, par l'intermédiaire de son organe le syndic (6), exige la continuation de certains contrats en cours, elle n'agit qu'en tant que représentant du débiteur (7). Il est donc normal que les charges afférentes à cette activité frappent le patrimoine de ce dernier et non pas le patrimoine de la masse (8). En particulier, il semble naturel de considérer comme de fausses créances de masse, la taxe sur le chiffre d'affaires et la taxe sur la valeur ajoutée relatives à cette période.

(4) Cf. supra p.19, n° 15.

(5) Cf. supra p.19, n° 15 et s.

(6) Cf. supra p.12, n° 12.

(7) Cf. supra p.13, n° 10 et s.

(8) Cf. supra p.19, n° 15 et s.

Il ne fait aucun doute que cette solution eut été celle de la Chambre commerciale si la question avait été débattue devant elle. Malheureusement ce n'est pas le cas. Les juridictions administratives, seules compétentes en la matière (9), sont parvenues, au fil d'une évolution qu'il nous faut d'abord retracer, à un système que rien ne justifie.

246

Cette position est d'autant plus à déplorer qu'elle n'a pas toujours été, tant s'en faut, celle du Conseil d'Etat. A preuve, l'arrêt rendu par cette juridiction le 12 janvier 1972. En l'espèce, l'administrateur au règlement judiciaire de la société SOCOTRAP avait procédé en 1964 à la vente de divers matériels acquis par elle moins de cinq ans auparavant, et l'administration lui réclamait, conformément à l'article 69 D du Code général des impôts, le reversement du montant de la T.V.A. afférente auxdits matériels dont celle-ci avait initialement opéré la déduction. Jusqu'ici rien que de très normal, Mais c'est alors que surgit un différend à propos du libellé de l'avis du recouvrement. Celui-ci avait été adressé au syndic "en tant que représentant de la masse des créanciers", ce qui pouvait laisser entendre que l'administration fiscale invoquait une vraie créance de masse. Le syndic bien sûr, ne l'entendait pas de cette oreille ; qui plus est, contestant même qu'il y eut ici matière à une fausse créance de masse, il désirait faire juger que le reversement de la taxe qui lui était réclamé constituait une dette née lors de l'achat des matériels revendus, soit à une date antérieure au règlement judiciaire, et qui devait par suite être comprise dans la masse.

La décision du Conseil d'Etat est sur ces deux problèmes particulièrement éclairante. Il y est précisé "que, si les agents chargés de l'assiette de la taxe sur la valeur ajoutée doivent préciser dans l'avis de mise en recouvrement, sous le contrôle du juge, l'identité exacte du contribuable qui en est redevable, ils n'ont pas à fixer les conditions dans lesquelles la taxe sera recouvrée, en particulier lorsque le contribuable est admis

(9) En se sens, Civ. 17 avril 1926, D.P. 1927.I.45, note Chéron ; Civ. 16 mars 1927, G.P. 1927.I.761 ; Civ. 25 mars 1931, G.P. 1931.I.830 ; Civ. 28 nov. 1934, S. 1935.I.64 ; Civ. 5 février 1935, D.H. 446 ; Cass. com. 5 mai 1954, Bull. III, n°124.

au règlement judiciaire ; que dans l'espèce, il est constant que le reversement incombe à la société SOCOTRAP ; que l'avis de recouvrement doit être interprété en ce sens ; qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de juger des conditions dans lesquelles le règlement de cette dette fiscale devra être opéré par l'administrateur au règlement judiciaire de ladite société, lequel est placé, pour le paiement des dettes de toute nature de celle-ci, sous le seul contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire" (10). A cette époque, la position du Conseil d'Etat était donc sans équivoque ; la masse, personne morale distincte du débiteur, ne devait pas répondre personnellement du paiement de l'impôt ; seul le patrimoine du débiteur était concerné par ces créances qui étaient tantôt de fausses créances de masse, tantôt des créances dans la masse.

247

Cette solution de bon sens semblait indiscutable. Pourtant, elle fut brutalement remise en cause par un arrêt du 18 décembre 1974. Une société à responsabilité limitée avait été mise le 10 décembre 1965 en état d'union. Puis, le 4 janvier 1966, en application d'un contrat de location antérieur qui avait été poursuivi, un locataire avait versé entre les mains de l'administrateur la somme de 229 163F de loyer. L'administration fiscale ayant alors, conformément à la jurisprudence SOCOTRAP, réclamé à la S.A.R.L. le paiement d'un impôt sur les sociétés, calculé sur le montant des loyers perçus, le syndic lui répondit avec une mauvaise foi certaine que l'imposition aurait dû être établie au nom de la masse et que la société n'était nullement concernée. Revenant sur sa jurisprudence, le Conseil d'Etat accueille cette prétention. Il considère, sans le justifier aucunement, "que l'imposition n'aurait pu être valablement établie qu'au nom de la masse ; qu'il suit de là que le requérant est fondé à soutenir que c'est à tort que... le tribunal administratif a rejeté sa demande en décharge dudit impôt" (11).

(10) C.E. 12 janvier 1972, Lebon, p.36.

(11) C.E. 18 décembre 1974, Lebon, p.640.

Devant les multiples critiques que n'a pas manqué de susciter cette solution (12), le Conseil d'Etat a par la suite tenté de justifier sa position. Cependant, aucune de ces explications n'est fondée car elles trahissent une méconnaissance profonde du droit des procédures collectives.

Les juridictions administratives ont tout d'abord essayé d'expliquer leur solution à partir de la notion de dessaisissement, et la décision du Conseil d'Etat, en date du 21 novembre 1979, est à cet égard particulièrement caractéristique. Les faits sont les suivants : un notaire, M. X..., ayant été convaincu d'avoir utilisé les sommes remises par ses clients dans des opérations de banque et d'agence d'affaires, son étude fut alors placée sous le contrôle d'un confrère, M. Y... . De plus, comme l'activité irrégulière de M. X... était en fait de nature industrielle et commerciale, une déclaration de faillite intervint le 21 septembre 1967. Le 5 juin 1969, M. Y..., qui avait été nommé administrateur provisoire de l'étude, abandonne ses fonctions et remet au syndic de la faillite une somme correspondant au produit de sa gestion. Par la suite, l'administration établit, au titre de l'année 1969 et au nom de M. X..., représenté par les syndics de la faillite, une imposition sur le revenu des personnes physiques à raison de la somme susmentionnée. Le syndic, bien entendu, s'oppose à cette demande ; il fait valoir que, conformément à la jurisprudence de 1974, cette cotisation aurait dû être établie au nom de la masse et que par conséquent il y a lieu de prononcer la décharge de cette imposition.

Le Conseil d'Etat lui donne raison en expliquant "qu'aux termes de l'article 473 du Code de commerce, alors en vigueur, le jugement qui prononce la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, tant qu'il est en état de faillite. Les droits et actions du failli concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la faillite par le syndic ; qu'il résulte de ces dispositions que la continuation postérieurement au jugement déclaratif se fait pour le compte et dans l'intérêt de la masse

(12) Voyez par ex. Rev. J.P. fiscale 1975, 229 chron. Martin-Laprade.

des créanciers ; que par suite les bénéfiques tirés de cette activité sont imposables au nom de ladite masse" (13).

Cette argumentation ne peut être admise ; elle est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation qui décide que la continuation d'exploitation produit ses effets dans le patrimoine du débiteur. En fait, comme le relève très justement M. Derrida, "ces décisions se sont laissées prendre au piège de la terminologie courante, qui tend à faire croire que le passif dit de masse incombe à la masse seule et non au débiteur ; l'expression est plus commode qu'exacte ; elle tend à faire prévaloir la situation des créanciers dont le droit est né régulièrement après le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sur celle des créanciers antérieurs au jugement qui sont les créanciers dans la masse ; mais les uns et les autres ne sont que des créanciers du débiteur" (14). Dès lors les impôts issus de l'exécution des contrats en cours sont en réalité de fausses créances de masse qui doivent être payées sans attendre et cela que l'imposition soit ou non établie au nom du syndic ès qualités. "L'en décharger au motif que l'imposition a été établie au nom du débiteur est aussi artificiel qu'injustifié ; c'est faire produire à la personnification de la masse un rôle excessif qui ne correspond à aucune réalité ni à aucun besoin" (15).

249

Le Conseil d'Etat a-t-il été sensible à ces critiques ? Il est difficile de le dire. Toujours est-il qu'il a recouru dans un arrêt du 19 décembre 1980, à un autre type d'analyse dont il semble bien qu'elle ait pour conséquence d'instaurer une distinction entre règlement judiciaire et liquidation des biens.

En l'occurrence, une société anonyme avait été mise en règlement judiciaire, puis cette procédure avait été, sur le fondement de la confusion des patrimoines, étendue à l'administrateur de la société ainsi qu'à une société civile d'exploitation agricole dont l'administrateur détenait le

(13) C.E. 21 novembre 1979, J.C.P. éd. C.I. 1980, 13397 concl. Lobry, note D.F., D. 1980 I.R. 194, Droit fiscal février 1980, p.439 obs. J. Sauvé, Lebon, p.425.

(14) F. Derrida, D. 1980 I.R. 194.

(15) F. Derrida, préc., p.195.

tiers des parts. Le bilan de cette dernière société ayant fait apparaître un bénéfice, au cours de la procédure collective, l'administration avait alors inclus dans les revenus de l'administrateur une part de ces bénéfices et les avait imposés à ce titre. Conformément à la dernière jurisprudence du Conseil d'Etat, le tribunal administratif prononça, à la demande du syndic, la décharge de cette imposition aux motifs "qu'à la clôture de l'exercice social postérieur au jugement d'extension du règlement judiciaire, les bénéfices agricoles litigieux avaient été appréhendés par la masse des créanciers et que l'intéressé n'ayant pas eu la disposition de ces revenus au sens de l'article 12 du Code général des impôts, n'était pas redevable de l'impôt dû au titre de ces revenus, lequel ne pouvait être établi qu'au nom de la masse".

La solution retenue par le Conseil d'Etat est tout autre. Celui-ci déclare en effet que les premiers juges ont fait une application erronée des dispositions tant du Code général des impôts que de la loi du 13 juillet 1967 car, "il résulte des articles 13 et 24 de la loi du 13 juillet 1967, d'une part, que le débiteur en état de règlement judiciaire qui continue d'assurer l'exploitation de son entreprise sans que la masse lui soit substituée pour cette exploitation, n'est pas privé de la disposition de ses biens, d'autre part que le débiteur n'est pas privé de la disposition, au sens de l'article 12 du Code général des impôts, des revenus qu'il peut acquérir après la date du jugement prononçant l'état de règlement judiciaire, même s'il n'est pas libre de les employer selon ses convenances personnelles, du fait de leur affectation obligatoire à l'extinction des créances comprises dans la masse" (16).

A première vue, il serait tentant de penser qu'il y a là un retour aux solutions de 1972, et qu'il est définitivement admis que le débiteur seul est concerné par les impositions afférentes à la continuation de l'exploitation ou à l'exécution des contrats en cours ; mais ce serait une erreur. En réalité, si le Conseil d'Etat reconnaît ici que la masse n'est pas substituée au débiteur, c'est uniquement parce qu' "à la date à laquel-

(16) C.E. 19 déc. 1980, Lebon, p.425, D.1981 I.R. 218, obs. F. Derrida.

le les résultats bénéficiaires de la société civile ont été constatés dans le bilan de clôture de l'exercice, cette société se trouvait en état de règlement judiciaire, sans qu'aucun jugement ait prononcé la liquidation des biens de cette entreprise" (17). Dès lors, il en résulte clairement que, dans le cas d'une liquidation des biens, la masse eut été, conformément à la jurisprudence de 1974, considérée comme le contribuable.

Cette position est extrêmement discutable. Elle repose "sur la différenciation entre le dessaisissement, qui explique les décisions relatives à la liquidation des biens, et l'assistance applicable en cas de règlement judiciaire" (18). Or, ce faisant "elle met en parallèle deux termes, ou plutôt deux mesures qui ne sont pas comparables" (19). Le dessaisissement existe aussi bien dans le règlement judiciaire que dans la liquidation des biens et il a pour effet, dans tous les cas, de rendre inopposables à la masse les actes faits par le débiteur après l'ouverture de la procédure. L'assistance, quant à elle, est au règlement judiciaire ce qu'est la représentation à la liquidation des biens ; c'est un moyen de pallier cette restriction de pouvoirs. Il est donc bien évident que les notions de dessaisissement et d'assistance ne sont pas antithétiques mais qu'au contraire la seconde ne se conçoit que dans le cadre de la première. Par conséquent, qu'il s'agisse d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire, "le dessaisissement n'empêche pas les actes juridiques concernant le débiteur de produire leurs effets dans son patrimoine, dès lors qu'accomplis régulièrement, ils sont opposables à la masse des créanciers ; et dans les deux cas, les revenus acquis par le débiteur après le jugement sont soumis au dessaisissement ; dans les deux cas, ils entrent dans son patrimoine" (20).

250

En définitive, la solution adoptée actuellement par le Conseil d'Etat est donc tout aussi critiquable que la précédente. La masse, lorsqu'elle se substitue, dans la liquidation des biens, au débiteur dessaisi, n'agit

(17) C.E. 19 déc. 1980, préc.

(18) F. Derrida, D.1981 I.R. 219.

(19) F. Derrida, D. 1981 I.R. 219.

(20) F. Derrida, D. 1981 I.R. 219.

pas en tant que tiers mais en tant que représentant du débiteur et il est acquis depuis longtemps que les fruits de cette activité tombent dans le patrimoine de ce dernier. Dans cette mesure, il est tout à fait absurde d'en faire supporter les charges au patrimoine de la masse. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la continuation des contrats en cours n'est jamais du ressort du débiteur, fut-il assisté du syndic ; seul ce dernier a les compétences requises pour invoquer le bénéfice de l'article 38 (21). Dès lors, en suivant le raisonnement du Conseil d'Etat, il conviendrait de distinguer au sein même du règlement judiciaire, les activités qui sont du ressort exclusif du syndic et celles qui peuvent être assurées par le débiteur dans le cadre de l'assistance. Ce procédé est totalement invraisemblable. Lorsque le fait générateur de l'impôt est postérieur au jugement déclaratif et qu'il est opposable à la masse, il ne peut donner naissance qu'à de fausses créances de masse, et cela sans qu'il puisse être distingué à aucun moment entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens.

§ 2 : Le sort des droits assujettis à l'exécution des contrats en cours mais consentis avant l'ouverture de la procédure

251

La poursuite des contrats en cours par le syndic suscite un second problème dont la résolution est beaucoup plus malaisée. Lorsqu'un contrat est conclu mais que son exécution est différée, il se peut que la créance à terme en résultant fasse immédiatement l'objet d'une cession ou d'une subrogation, ou même encore qu'elle soit préventivement immobilisée entre les mains du cocontractant, par le biais d'un avis à tiers détenteur ou d'une saisie-arrêt. Au jour de l'exécution du contrat, le tiers bénéficiaire se prévaudra d'un droit acquis et obtiendra directement paiement. Ce procédé, qui est d'application courante, n'entraîne aucune discussion particulière lorsque le débiteur est in bonis. Par contre, s'il affecte, dans le cadre d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire, certains contrats en cours, il présente l'inconvénient majeur d'interdire au syndic

(21) Cf. supra p. 126, n°101.

la reprise de ces contrats car celle-ci aurait pour effet immédiat d'appauvrir le patrimoine du débiteur au profit exclusif de l'un des créanciers et ce sans contrepartie aucune.

Face à cette situation contraire à l'esprit des procédures collectives, la jurisprudence a réagi en affirmant que les créances issues de l'exécution des contrats en cours échappaient au régime de droit commun. En équité, cette solution ne peut qu'être approuvée ; malheureusement, aucun des raisonnements juridiques présentés par la Cour de cassation à l'appui de son opinion n'est convaincant.

252

La première décision rendue en la matière par la Cour de cassation, est intervenue à propos d'un contrat de factoring.

Le factoring ou affacturage (22), est un procédé d'origine américaine, introduit en France à partir de 1960, et dont le but est de mobiliser des créances à court terme. Dans ce contrat, le "factor" s'engage à payer immédiatement à son cocontractant que l'on nomme encore adhérent, les créances que ce dernier possède contre ses clients, moyennant le paiement d'agios et le transfert desdites créances. Par ailleurs, si l'adhérent garantit l'existence de la créance, il ne garantit pas la solvabilité de son client et ce sera dans ce dernier cas au factor d'en supporter les conséquences. D'un point de vue juridique, plusieurs techniques peuvent être envisagées pour réaliser cette opération économique : la novation par changement de créancier, la cession de créance, la délégation, la subrogation conventionnelle. Les trois premiers cependant, ont été rapidement écartés par la pra-

(22) Y. Bourland, "L'affacturage", Banque 1977, n°1078 ; Y. Chaput, L'affacturage, Bibliothèque de la faculté de droit de l'U.C.L., Travaux des IX journées d'études juridiques Jean Dabin, p.374 ; Ch. Galvada et J. Stoufflet, "Le contrat dit de factoring", J.C.P. 1966.I.2044 ; F. Mathias, "Un nouveau mode de financement en France, le factoring", thèse Paris I, 1970 ; M. Revers, Le factoring, une nouvelle méthode de crédit, éd. La vie de l'entreprise, Dunod ; L.E. Sussfeld, Le factoring, P.U.F. 1968 ; A. Zenner, Le cadre juridique du factoring, Centre d'études bancaires, Bruxelles ; N. Jacob, Le contrat de factoring, Vie judiciaire 15-21 mai 1972 ; R. Roquette, "Le factoring", Jal des agrées 1970, p.203 ; J. Gerbier, Le factoring, Dunod ; Ch. Galvada, Rep. com. Dalloz 2° éd., t.2, v° Factoring, n°38 et s.

tique en raison soit de leur lourdeur, soit des formalités auxquelles ils étaient assujettis (23), et c'est vers la subrogation que les sociétés de factoring se sont en définitive retournées.

En l'espèce, la société Latimier avait conclu avec la société Sofinter un contrat du type décrit ci-dessus. Un an et demi plus tard, soit un mois avant d'être mise en règlement judiciaire, elle avoue à celle-ci qu'elle lui a remis et fait payer des factures correspondant à des commandes qui n'avaient pas encore été livrées. Par la suite, l'autorisation de continuation d'exploitation est accordée et le syndic exécute certaines des commandes ayant déjà donné lieu à paiement par le factor. Pour échapper à la loi du concours, la société Sofinter invoque alors sa qualité de subrogé dans les droits de la société Latimier ; selon elle, "en procédant à l'exécution des marchés conclus par le débiteur en règlement judiciaire, la masse ne fait que se substituer à ce dernier dans le rapport de droit préexistant découlant des commandes acceptées" et dès lors, "la subrogation consentie par ledit débiteur au profit de la société SOFINTER devait produire tous ses effets à partir du moment où le germe de créance transmis à ladite société s'est transformé en un droit complet et efficace du fait même de l'exécution de la commande" (24).

La Chambre commerciale rejette cette prétention : "attendu que la Cour d'appel, qui relève que les créances litigieuses n'ont pris naissance par l'exécution des commandes qu'après le prononcé du règlement judiciaire et qui a retenu exactement que les contrats liant la société Latimier à ses clients n'avaient été continués que dans l'intérêt de la masse, a décidé, à bon droit, que SOFINTER ne pouvait se prévaloir de la subrogation convenue par la société Latimier pour appréhender le montant des créances nées au profit de la masse après le règlement judiciaire" (25). Ainsi, pour la

(23) Voyez R. Rodière et J.L. Rives-Lange, Droit bancaire, Dalloz 1980, n°299 à 306.

(24) Cass. com. 21 novembre 1972, G.P. 1973.II.602 ; D. 1974, 213, note R. Rodière, R.T.D.Co. 1973, p.883, obs. R. Houin, Bull. IV, n°296, p.277, Banque 1973, p.1053, note L.M. Martin.

(25) Cass. com. 21 novembre, préc. ; dans le même sens, Cass. com. 16 juillet 1979, D. 1981 224, note J. Mestre, R.T.D.Co. 1980, p.129, n°15, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange ; et sur renvoi, Orléans 12 mars 1981, J.C.P. 1982 19800, note G. Parléani.

Haute cour, les créances litigieuses n'étaient pas encore nées lors du paiement de la facture par le factor ; elles ne pouvaient donc entrer dans le patrimoine de SOFINTER.

Cette analyse est des plus discutables. Lorsque la Cour de cassation affirme que les créances ne naissent qu'au jour de l'exécution du contrat, elle confond existence et exigibilité. En réalité, "la naissance étant l'accès à l'existence, juridiquement une créance est née dès qu'est conclu le contrat d'où elle résulte, et avant même qu'elle ne revête la qualité particulière qui en fait, au sens banal, une créance née. En cet état, elle peut déjà être transférée, avec ses infirmités, certes, mais elle peut changer de titulaire. Ce qui est vrai, c'est qu'elle est fragile, susceptible de paralysie par une exception dont la moindre n'est pas l'exceptio non adimpleti contractus. Ce qui est vrai, c'est que la livraison fait disparaître ou diminue beaucoup cette infirmité, mais la livraison ne crée pas la créance. Cela est vrai de la cession de créance, mais aussi de la subrogation, car rien n'interdit de payer une dette non encore exigible" (26).

253

L'arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 15 janvier 1973 (27), tente de couper court à cette critique en justifiant sa position à partir de la personnalité juridique de la masse. En l'occurrence, un agriculteur commerçant avait cédé à l'un de ses créanciers une créance sur une coopérative agricole pour livraisons faites et à faire. Par la suite le règlement judiciaire de cet agriculteur fut prononcé et certaines livraisons intervinrent à l'initiative du syndic. Le créancier cessionnaire réclama alors le paiement des créances qu'il avait acquises, ce que lui accorda la Cour d'appel au motif que cette cession avait été régulièrement notifiée avant le jugement déclaratif. Pour casser cet arrêt, la Haute cour relève "que la cession de créance ne pouvait pas porter sur des sommes dues à la masse

(26) L.M. Martin, Banque 1973, p.1055 ; dans le même sens, M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, R.T.D.Co. 1980, p.129, n°15 ; G. Parléani, J.C.P. 1982 19800, n°20 ; J. Mestre, D. 1981 227, n°13 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, J.C.P. 1981, doct. 3048, n°93 ; contra, R. Rodière, D. 1974 216 ; M. Vasseur, D. 1981 I.R. 193.

(27) Cass. com. 15 janvier 1973, Bull. IV, n°21, p.16, R.T.D.Co. 1973 884, obs. R. Houin.

des créanciers" ; elle sous-entend donc que la créance acquise à la suite de l'exécution du marché est distincte de celle qui avait fait l'objet de la cession, que c'est une créance de la masse et non pas une créance du cédant (28).

Là encore malheureusement, cette argumentation est inadmissible. Le fait que la masse ait une personnalité différente de celle du débiteur ne permet en aucun cas de soutenir que les créances acquises "à la suite de l'exécution des contrats sont différentes de celles dans lesquelles le débiteur a subrogé le factor" (29). En effet, pour qu'il en soit ainsi, il faudrait supposer que la masse acquiert à titre personnel les droits nés de cette exécution ; or ceci est faux. En réalité, la masse, par l'intermédiaire de son organe le syndic (30), n'agit ici qu'en tant que représentant du débiteur (31), de sorte que les résultats de cette activité ne peuvent au mieux que donner lieu à de fausses créances de masse.

254

Cette incohérence a pu frapper les magistrats de la Chambre commerciale. En tout cas, l'arrêt rendu le 17 décembre 1973 (32) marque un nouveau tournant. La question était de savoir si le Trésor, qui avait émis un avis à tiers détenteur avant le jugement prononçant le règlement judiciaire du contribuable, pouvait prétendre opposer à la masse des créanciers les droits résultant de cet avis sur des sommes que le tiers ne devait qu'en raison de la poursuite du contrat.

En l'espèce, un facteur d'orgues avait passé un marché de travaux publics pour un travail de restauration et le fisc avait fait opposition sur la créance issue de ces travaux. Par la suite, un règlement judiciaire intervint, le syndic fit terminer le travail de restauration qui était inachevé et, se fondant sur l'avis à tiers détenteur, l'administration fiscale

(28) Cass. com. 15 janvier 1973, préc.

(29) M. Cabrillac et Rives-Langes, R.T.D.Co. 1980, p.129, n°15.

(30) Cf. supra p.12, n°9.

(31) Cf. supra p. 13, n°10 ; en ce sens, R. Houin, R.T.D.Co. 1973, p.888 ; G. Parléani, J.C.P. 1982.19800, n°19 ; contra, J. Mestre, D.1981 227, n°13 ; M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, R.T.D.Co. 1980, p.129, n°15.

(32) Cass. com. 17 décembre 1973, Bull. IV, n°364, p.324, D.1974 I.R. 70, R.T.D.Co. 1973, p.884, obs. R. Houin.

perçut la totalité du prix du marché. Le syndic lui réclamait la restitution de la partie du prix correspondant à l'achèvement des travaux, pour payer en particulier les salariés qui avaient continué à travailler après l'ouverture de la procédure. Par un jugement du 3 novembre 1971 (33), le Tribunal de commerce de Nantes donna gain de cause au syndic en raisonnant de la façon suivante : "Attendu qu'en raison de l'autorisation que le tribunal a donné à l'entreprise, assistée de son administrateur au règlement judiciaire, de continuer son exploitation, les créanciers de la masse ont droit d'être réglés sur l'actif de la masse par préférence aux autres créanciers même privilégiés ; que ne pas admettre cette évidence serait permettre au Trésor de se faire payer des créances fiscales antérieures au jugement du règlement judiciaire au moyen de travaux qui ont été réalisés grâce aux efforts de la masse et des créanciers de cette masse ; qu'il en résulterait un enrichissement du Trésor au détriment des créanciers de la masse ; Attendu que le droit de préférence de ces derniers doit être opposé à l'administration fiscale malgré l'avis à tiers détenteur même intervenu avant le jugement de mise en règlement judiciaire lorsque, comme en l'espèce, il s'agit de créances conditionnelles dont l'exigibilité est subordonnée à l'exécution de travaux faisant l'objet d'un marché, car le Trésor est tenu de respecter des droits résultant pour les tiers de l'exécution des travaux qui s'est produite dans le cadre de l'exploitation autorisée de l'entreprise ; Attendu que l'effet de l'avis à tiers détenteur sur la créance qui existait en germe au profit du tireur, ne peut porter après exécution des travaux pour le compte de la masse, que sur cette créance grevée du droit de préférence des créanciers de ladite masse, l'existence de ce droit de préférence étant nécessairement lié à la réalisation de la condition - exécution des travaux par la masse - qui rend exigible la créance frappée par l'avis à tiers détenteur".

A ceci la Cour d'appel de Rennes rétorque, non sans une certaine logique, "que l'avis à tiers détenteur équivaut à un jugement de validité de saisie-arrêt signifié au tiers saisi, ce qui a pour effet de faire sortir

(33) Trib. co. de Nantes 3 nov. 1971, Rev. des Syndics 1971, p.373, note R. Plaisant.

la créance, même à terme, du patrimoine du contribuable pour la faire entrer dans celui de l'administration des impôts ; ...; que les opérations réalisées par le règlement judiciaire autorisé à continuer l'exploitation de l'entreprise du débiteur se concrétisent dans le patrimoine de celui-ci si bien qu'il n'y a pas lieu de faire de différence entre les créances antérieures au règlement judiciaire et celles nées de la continuation d'exploitation". Dès lors, conclut la Cour, "le moyen tiré de ce que, si les travaux n'avaient pas été exécutés par le règlement judiciaire, l'avis au tiers détenteur n'aurait eu aucun résultat puisqu'il n'y aurait pas eu paiement du prix, constitue des considérations étrangères et qui ne peuvent entraver l'application des principes qui gouvernent les effets de la saisie-arrêt" (34).

Face à cette argumentation serrée, la Chambre commerciale est quelque peu embarrassée. Elle ne peut, sous peine de remettre en cause sa jurisprudence, reprendre le raisonnement suggéré en janvier 1973 et affirmer expressément que les effets de la continuation d'exploitation n'affectent pas le patrimoine du débiteur. Finalement, la Haute cour décide de reprendre l'idée développée par le Tribunal de commerce de Nantes, en l'expurgant de ses incohérences les plus évidentes. Il faut, estime-t-elle, empêcher le Trésor de primer les créanciers issus de l'exploitation continuée, car ce sont eux qui permettent l'enrichissement ultérieur des créanciers dans la masse, et plus généralement la survie de l'entreprise. Par contre, il semble normal, toujours selon la Cour de cassation, que le fisc l'emporte sur les créanciers dans la masse, car ceci eut été leur lot si une procédure collective n'avait pas été déclarée. Reste à trouver la technique juridique permettant d'aboutir à ce résultat. A cet égard, la démonstration menée par la Cour d'appel de Rennes semble inattaquable ; l'avis à tiers détenteur peut porter sur une créance à terme ou sur une créance conditionnelle (35) ; force est donc de revenir, comme en 1972, à l'idée que la créance ne naît qu'au moment de l'exécution du contrat.

(34) C.A. de Rennes 3 mai 1972, inédit.

(35) Sur l'assimilation de l'avis à tiers détenteur à un jugement de validité de saisie-arrêt passé en force de chose jugée, Cass. com. 2 juin 1980 note A. Honorat et références citées ; T.G.I. de Nice 7 juillet 1971, D.1971 682, note A. Pirovano.

Pour la Chambre commerciale, la solution est donc en définitive la suivante : "la créance, ni à terme ni conditionnelle, ... n'a pris naissance qu'en raison de l'exécution, postérieure au prononcé du règlement judiciaire, des travaux effectués pour le compte de la masse autorisée à continuer l'exploitation, et s'est ainsi trouvée grevée du droit de préférence des créanciers de la masse par rapport à tous autres créanciers" (36). Mais ce raisonnement n'est pas meilleur que les précédents. Bien au contraire, il bâtit à partir d'un postulat sur l'inexactitude duquel il est inutile de revenir (37), une distinction totalement impraticable.

En effet, de deux choses l'une ; ou bien la créance n'est acquise qu'au jour de l'exécution du contrat, mais alors elle n'a pu faire l'objet d'un transfert avant le jugement déclaratif de sorte qu'aucun créancier, fut-il un créancier dans la masse ne peut se la voir opposer ; ou bien, comme l'estime M. Houin, "c'est le droit préférentiel des créanciers de la masse qui permet seul de rendre compte de la solution admise par la jurisprudence commentée" (38), et il reste à expliquer comment une créance qui n'appartient plus au patrimoine du débiteur doit cependant supporter un droit de préférence qui ne s'exerce justement que sur ce patrimoine. Cela est manifestement impossible ; si les créanciers dans la masse doivent "subir les conséquences de ces droits acquis" (39), ceci implique nécessairement qu'un transfert ait été opéré du patrimoine du débiteur à celui du créancier, et ce avant l'ouverture de la procédure. Par conséquent, s'il est vrai que le droit de préférence des créanciers de la masse - qui sont en réalité de faux créanciers de la masse - "porte sur tous les éléments d'actif du débiteur et spécialement sur ceux résultant de la continuation d'exploitation" (40), encore faut-il que ces éléments soient partie intégrante de ce patrimoine, autrement dit qu'ils n'aient pas fait l'objet d'une transmission antérieure. Affirmer, comme le fait M. Houin, que les faux créanciers de la masse jouissent d'un droit de préférence sur la totalité du patrimoine du débiteur et notamment sur les éléments d'actif issus de

(36) Cass. com. 17 décembre 1973, préc.

(37) Cf. supra p. 329, n°252.

(38) R. Houin, R.T.D.Co. 1973, p.888.

(39) R. Houin, R.T.D.Co. 1973, p.888.

(40) R. Houin, R.T.D.Co. 1973, p.888.

la continuation des contrats en cours, ne constitue en aucune manière une explication. En effet ceci suppose acquis, alors que c'est justement le noeud du problème, l'intégration de tous ces éléments dans le patrimoine du débiteur.

255

D'ailleurs, il faut bien avouer que, dans la très grande majorité des cas, la doctrine, tout en approuvant pour des raisons pratiques la solution proposée, a manifesté un certain embarras lorsqu'il s'est agi de la justifier. En général, elle s'est contentée, en désespoir de cause, d'opter pour l'une des trois motivations proposées, tout en sachant très bien qu'aucune d'elles ne résisterait très longtemps à l'analyse.

Cependant, quelques rares auteurs ont eu le mérite de ne pas se contenter de cette façon de procéder et ont tenté d'élaborer une construction cohérente en recourant notamment à la théorie de l'enrichissement sans cause (41). Pourtant, et quelque soit par ailleurs l'attrait de cette idée, force est d'admettre que les conditions d'application n'en sont pas en l'espèce réunies. Il est vrai, comme le note M. Parléani, que "les dettes et les frais qu'occasionne la continuation des contrats font apparaître des créanciers "de" la masse, et risquent en tout état de cause d'amoindrir le patrimoine du débiteur (de sorte que) si aucune contrepartie n'est trouvée à cet appauvrissement, un préjudice sera ressenti par tous les créanciers qui composaient la masse" (42). Il est encore exact, dans une certaine mesure, qu' "en continuant le contrat en cours, ce à quoi il n'était absolument pas tenu, le syndic a donné toute sa consistance à la créance sur laquelle a porté la subrogation valable ; en quelque sorte, la masse, par son activité propre, a vitalisé la créance transmise au factor" ; "ce faisant, elle lui a évité un préjudice financier, puisque le factor n'aurait rien reçu du débiteur de la créance si le syndic était resté passif" (43). Mais il n'est pas possible d'en déduire ex abrupto que "le syndic doit alors se voir reconnaître un droit à agir contre toute personne qui

(41) L.M. Martin, Banque 1973, p.1055 ; G. Parléani, note sous Orléans 12 mars 1981, J.C.P. 1982 19800.

(42) G. Parléani, préc.

(43) G. Parléani, préc.

s'est enrichie injustement à cette occasion, comme il lui a été permis de mettre en cause la responsabilité de ceux qui par leur faute, ont contribué à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif" (44).

En effet, s'il est concevable que l'action de in rem verso, qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, soit envisagée contre un créancier, chaque fois qu'après le jugement déclaratif le patrimoine de ce dernier se trouve enrichi aux détriments de celui du débiteur, encore faut-il que toutes les conditions en soient remplies et que notamment aucune faute ne puisse être relevée à l'encontre du syndic. Cette exigence, qui trouve son fondement "dans l'idée que l'appauvri doit subir seul les effets de l'appauvrissement consécutif à un comportement imprudent ou fautif de sa part" (45), est actuellement admise aussi bien par la Chambre civile (46) que par la Chambre commerciale (47). Il faudrait donc, pour que le syndic obtienne gain de cause, qu'il démontre que, tout en optant pour une exécution que rien ni personne ne lui imposait, il n'a commis ni faute ni imprudence. Ceci est manifestement irréaliste, même en adoptant, comme M. Périnet-Marquet (48), une conception restrictive de ces notions. Selon cet auteur, à partir du moment où d'une part, en matière d'enrichissement sans cause, il est quasiment impossible de découvrir une faute volontaire de l'appauvri, et où d'autre part de nombreux arrêts de la Chambre commerciale ont par le passé refusé de considérer la faute, il faut "prendre en compte la conscience qu'a pu avoir l'appauvri de sa faute" (49). "Dans ce système, seul l'individu conscient de commettre une faute au moment où celle-ci se produit, serait exclu du bénéfice de l'action de in rem verso. Une telle dissociation des fautes conscientes et inconscientes est déjà connue en droit pénal où elle est utilisée pour distinguer entre eux certains types d'imprudences et de négligences. L'auteur d'une faute consciente est celui qui prend des risques en toute connaissance de cause tout en espérant que son attitude n'aura pas de résultat dommageable... En revanche, ne commet

(44) G. Parléani, préc.

(45) G. Bonet, Enrichissement sans cause, J. Class. civ. Annexes n°172.

(46) Cass. civ. 3 avril 1979, Bull. I, n°110, p.89.

(47) Cass. com. 5 février 1980, Bull. IV, n°56, p.45, D.1980 I.R. 404.

(48) H. Périnet-Marquet, "Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri", J.C.P. 1982, doct. 3075.

(49) H. Périnet-Marquet, préc., n°35.

qu'une faute inconsciente, celui qui cause un dommage sans s'en rendre compte, par pure maladresse ou inattention" (50). A notre avis, ce raisonnement dont les prémisses ne manquent pas d'intérêt, a perdu quelque peu de son actualité depuis que la Chambre commerciale s'est ralliée à la position de la Chambre civile (51). Il est utile, cependant, dans la mesure où il montre bien que le syndic ne peut en l'espèce bénéficier du jeu de l'enrichissement sans cause. En effet, il est bien évident qu'il ne peut ignorer, au moment où il exige la continuation du contrat en cours, que la créance qui en est l'objet a déjà fait l'objet d'un transfert au bénéficiaire d'un tiers ; par conséquent, toutes les conditions d'une faute consciente sont ici remplies ; il ne s'agit plus d'une quelconque négligence mais d'une volonté délibérée qui s'exprime au travers d'un comportement actif, sinon positif. D'aucuns rétorqueront peut-être que cette exigence d'absence de faute, déjà contestable dans son principe, doit être en l'occurrence purement et simplement écartée dans l'intérêt de la masse. De toute façon, cette prise de position ne résout rien car elle ne fait que déplacer la question sans pour autant lui apporter de solution satisfaisante. En effet, même en admettant que le comportement du syndic n'entre pas ici en ligne de compte, il reste que l'enrichissement du créancier et l'appauvrissement corrélatif du débiteur ne sont pas dénués de cause mais relèvent tout au contraire de l'exécution des clauses d'un contrat. Dans ces conditions, il est difficile de voir comment le syndic pourrait obtenir par le biais de l'action de in rem verso, un résultat que lui interdit le jeu normal du contrat. Ce serait à la fois contraire au principe selon lequel l'application pratique de cette action ne peut remettre en cause l'ordre juridique établi (52), et à la règle de la subsidiarité, aux termes de laquelle "l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ; qu'elle ne peut l'être notamment, pour suppléer une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion ou par l'effet

(50) H. Périnet-Marquet, préc., n°35.

(51) Voyez Cass. com. 5 février 1980, préc.

(52) En ce sens, G. Bonet, préc., n°1, 2, 120, 135, 139, 179, 181.

de l'autorité de la chose jugée ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige ou par suite de tout autre obstacle de droit" (53).

256

Finalement, il s'avère qu'aucun des raisonnements présentés au cours de cette étude ne permet de justifier l'éviction des créanciers bénéficiaires d'une subrogation, d'une cession de créance, ou encore d'un avis à tiers détenteur. Tantôt, et c'est le cas des analyses successives présentées par la Chambre commerciale, les prémisses envisagées sont erronées; tantôt, et c'est l'hypothèse de l'enrichissement sans cause, la démarche retenue ne peut aboutir faute de satisfaire à l'ensemble des conditions requises.

Economiquement, bien sûr, ceci paraît choquant, et l'on s'explique dès lors fort bien les efforts répétés de la doctrine et de la jurisprudence pour obtenir une construction qui satisfasse à la fois le droit et l'équité. Cependant et paradoxalement, il nous semble que ces tentatives ne peuvent être que vouées à l'échec car elles relèvent d'une démarche juridiquement illogique. Elles supposent, en effet, qu'il existe quelque part dans notre système juridique une notion qui puisse rendre compte avec succès de la finalité recherchée. Or ceci est impossible. Comment un principe secrété par un système juridique donné, pourrait-il justifier une solution que ce système condamne justement par ailleurs ? Plus précisément, la subrogation, la cession de créance, ou encore l'avis à tiers détenteur sont régis par une logique spécifique qui est celle du droit civil ; par conséquent, rechercher dans ce même droit civil un mécanisme qui puisse en contrecarrer certains effets caractéristiques ne peut que déboucher sur une impasse. Ou bien ce mécanisme demeurera introuvable, et toutes sortes de raisons pourront le faire regretter ; ou bien, à l'inverse, il se trouvera un principe général pour justifier ce qui semble équitable, mais alors, et cela est beaucoup plus grave, la logique du système tout entier s'en trouvera ébranlée.

Quant au droit commercial, il n'est ici d'aucun secours. Il lui arrive effectivement de développer dans certains cas, et notamment en matière de

(53) Cass. civ. 29 avril 1971, Bull. III, n°277, p.197, R.T.D. Civ.1971, p.842, obs. Y. Loussouarn, J.C.P. 1971.IV.145, G.P. 1971.II.554, D. 1971, Somm. 197.

procédures collectives, des solutions originales sans être pour autant taxé d'illogisme. Mais cette autonomie, puisqu'il s'agit d'elle, n'est pas arbitraire ; elle s'appuie toujours sur un texte qui, soit déroge expressément à une solution du droit commun, soit contient un principe qu'il convient d'appliquer à certaines hypothèses. Or précisément, s'agissant du problème qui nous occupe, il n'existe aucun texte qui puisse de près ou de loin motiver la solution de la Cour de cassation ; le principe de l'égalité des créanciers comme la personnalité morale de la masse sont ici totalement inopérants. Dès lors, l'alternative est claire : ou bien, et c'est évidemment la seule solution souhaitable, le législateur intervient pour déclarer inopposable à la masse les cessions, délégations et autres avis à tiers détenteur, lorsque ceux-ci affectent des créances issues de l'exécution des contrats après l'ouverture de la procédure ; ou bien les choses demeurent en l'état et il faut admettre que ces transferts de créances sont efficaces (54), quitte à conseiller aux syndics de ne jamais poursuivre les contrats qui en font l'objet.

(54) Une instruction de la Direction de la comptabilité publique du 19 décembre 1974 précise cependant qu'une application trop rigide de cette solution risquerait de provoquer de graves difficultés en empêchant, dans le cas d'un règlement judiciaire, le redressement de l'entreprise. Elle admet par conséquent, et ceci doit être approuvé, que l'avis à tiers détenteur ne doit pas être étendu aux créances résultant de travaux accomplis après le règlement judiciaire. Il reste qu'il serait souhaitable que cette solution soit élargie à la liquidation des biens, ceci afin de faciliter un règlement égalitaire des différentes créances produites.

TITRE II

LA SITUATION DU COCONTRACTANT

257

Après avoir envisagé l'influence de la reprise sur l'exécution des contrats et sur la qualification des prestations postérieures au jugement déclaratif, il convient maintenant de se pencher sur la situation du cocontractant.

En effet, qualifier celui-ci de faux créancier de la masse ne suffit pas ; il est nécessaire de déterminer avec précision les prérogatives qui s'attachent à cette qualité. Plus précisément, il importe de savoir si, comme l'estime une certaine jurisprudence, le sort du cocontractant varie selon que la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens est en cours ou au contraire est close. C'est pourquoi nous aborderons, tour à tour, la situation du cocontractant pendant la durée de la procédure et après la clôture de cette dernière.

C H A P I T R E I

LA SITUATION DU COCONTRACTANT PENDANT LA DURÉE DE LA PROCÉDURE

258 Lorsque la masse reprend, par l'intermédiaire de son organe le syndic, les contrats en cours au jour du jugement déclaratif, elle n'agit pas en tant que tiers, mais comme représentant du débiteur dont elle utilise les pouvoirs d'administration et de disposition. Dès lors, il est évident que le cocontractant est, pour les prestations fournies postérieurement à l'ouverture de la procédure, le créancier du débiteur et non celui de la masse personne morale. En d'autres termes, et pour couper court à l'incertitude terminologique de la jurisprudence, il s'agit d'un faux créancier de la masse.

A ce titre, le cocontractant se trouve dans une situation originale. Il a bien sûr comme gage le patrimoine du débiteur, mais il bénéficie, en outre, de prérogatives particulières. D'une part, il dispose d'actions que la procédure ne peut suspendre (Section I) ; d'autre part, il est titulaire sur le patrimoine du débiteur d'un droit de préférence vis-à-vis de tous les créanciers dans la masse (Section II).

SECTION I : LES RECOURS DU COCONTRACTANT

259 Le tiers, qui voit son contrat poursuivi, sans pour autant obtenir paiement de ce qui lui est dû dans le cadre de la poursuite d'exploitation, dispose d'un double recours.

Il peut d'abord, en sa qualité de faux créancier de la masse, exercer sans attendre un droit de poursuite individuelle sur le patrimoine du débiteur. A supposer que, faute d'un actif suffisant, cette action n'aboutisse pas, il cherchera ensuite à engager la responsabilité du syndic, et par voie de conséquence celle de la masse puisque le premier est l'organe de la seconde.

Ces deux actions n'obéissent pas au même régime et cela s'explique fort bien. Dans le premier cas, il ne s'agit que de tirer les conséquences logiques d'une qualité par ailleurs indiscutable : celle de faux créancier de la masse. Dans le second, au contraire, le cocontractant risque de passer de la qualité de faux créancier de la masse à celle de vrai créancier de la masse, sans que l'existence d'une créance contractuelle, fut-elle née après le jugement déclaratif, puisse de quelque façon que ce soit l'expliquer. Comme il est primordial que les patrimoines de la masse et du débiteur soient aussi distincts que possible, on comprend donc que cette deuxième catégorie de recours soit enfermée dans des limites très étroites, du moins dans le principe, et tenant essentiellement aux conditions de la mise en jeu de la responsabilité du syndic.

§ 1 : Le droit de poursuite individuel des faux créanciers de la masse sur le patrimoine du débiteur

260

Lorsque les faux créanciers de la masse prétendent se faire payer sur le patrimoine du débiteur, "il est généralement admis qu'ils n'ont pas à supporter la discipline imposée aux créanciers dans la masse" (1). Ainsi, une jurisprudence constante décide qu'ils ne sont pas soumis à la procédure d'admission et de vérification des créances, et que les intérêts de leur créance continuent à courir contre la masse (2). Ces solutions, qui sont approuvées par une grande partie de la doctrine, ont été acquises à une

(1) Ripert et Roblot, n°2968.

(2) Paris 25 mai 1909, *Jal des faillites*, 1910, 247 ; Civ. 9 novembre 1904, S.1906.I.173, note Naquet ; Aix 2 juin 1971, D.1972, Somm. 22.

époque où les créanciers de la masse étaient à la fois conçus comme créanciers de la masse personne morale et créanciers du débiteur ; mais, comme le relève Mme Brunet, "elles conservent évidemment toute leur valeur pour les faux créanciers de la masse qui ne sont que les créanciers du débiteur en état de liquidation des biens ou de règlement judiciaire" (3).

En revanche, la controverse subsiste lorsqu'il s'agit de savoir si ces créanciers doivent ou non être soumis à la règle de la suspension des poursuites individuelles. L'opinion dominante (4) et la jurisprudence dans son ensemble (5) se prononcent pour le maintien du droit de poursuite. Mais certains auteurs critiquent vivement cette solution ; ils considèrent notamment que la loi de 1967, en accentuant le caractère collectif de la procédure, doit logiquement conduire à interdire aux créanciers de la masse toutes les voies d'exécution individuelles sur les biens du débiteur en état de liquidation des biens ou de règlement judiciaire.

Ce n'est qu'après avoir exposé cette controverse doctrinale qu'il sera possible de démontrer la nécessité du droit de poursuite des faux créanciers de la masse.

A) La controverse sur le droit de poursuite individuel

261 Si avant 1967, quelques auteurs soutenaient que les créanciers de la masse ne pouvaient exercer de poursuites individuelles (6), la majorité d'entre eux ne partageait pas cet avis, estimant au contraire que le droit de poursuite des créanciers de la masse n'était nullement suspendu.

(3) A. Brunet, thèse préc., p.227, n°157.

(4) Meller, thèse préc., p.97 ; Tarsac, "Le banquier créancier de la masse", Banque 1963, p.13 ; Lyon-Caen et Renault, t.7, n°557 bis ; A. Brunet, thèse préc., p. 232 et s.

(5) Voyez notes (8)(9)(10)(37)(38) ; aj. Trib. civ. de Bordeaux, 10 mai 1889, G.P. 1899.II.241 ; Poitiers 19 nov. 1928, S.1929.2.31, note H.R. ; C.A. Paris 14 juin 1966, Rev. de Jur. com. 1967, p.466, n°469, obs. Delestrade ; Cass. civ. 23 mai 1962, Bull. II, n°462, p.328.

(6) Cf. notes (14) et (19).

Il en allait ainsi, tout d'abord, pour les auteurs qui considéraient que les créanciers de la masse n'avaient de droit que sur le patrimoine de la masse personne morale. C'est le cas notamment de M. Meller. Selon lui, "le créancier postérieur à la faillite n'a pas le failli pour débiteur, ..., mais la masse. Aucune des raisons qui oblige la loi à soumettre le créancier du failli à une procédure exceptionnelle, ne le concerne. Son débiteur peut, par hypothèse, faire face à ses engagements. L'actif de la masse doit toujours être supérieur aux obligations qu'elle assume. Le syndic qui, sciemment, prendrait des engagements au-delà des ressources de la masse sans en avertir le tiers contractant engagerait sa responsabilité personnelle. Qu'importe dans ces conditions, que les créanciers agissent avec plus ou moins de diligence ou d'énergie, puisqu'il y a de très grandes chances pour qu'ils soient tous payés. Aucune collusion avec le failli n'est davantage à craindre. Outre que celui-ci n'est pas personnellement débiteur des nouvelles charges, le créancier aura nécessairement le syndic pour cocontractant, ou pour adversaire si la dette résulte d'une décision de justice. Il n'y a donc aucune raison d'infliger au créancier de la masse la procédure du concours, ni le moindre retard pour obtenir son paiement" (7).

A l'appui de son opinion, M. Meller invoque plusieurs décisions. Il cite tout d'abord un jugement du Tribunal civil de la Seine du 23 janvier 1884 (8) qui reconnaît que les créanciers de la masse ont le droit de saisir-arrêter entre les mains d'un débiteur du failli les sommes qui devaient être payées à la masse. Puis deux jugements, l'un du Tribunal civil de Lyon du 18 août 1890 (9), l'autre du Tribunal civil de Bordeaux du 10 mai 1899 (10), qui admettent tous deux la validité d'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de la masse sur des sommes détenues par la Caisse des Dépôts et Consignations pour le compte d'une faillite. Il montre en outre que le jugement du Tribunal civil de Bordeaux du 17 juillet 1912, qui semble être le seul à avoir statué en sens contraire, "a mélangé les deux justifica-

(7) Meller, thèse préc., p.96.

(8) Trib. civ. de la Seine 23 janvier 1884, *Jal des faillites 1884*, p.16.

(9) Trib. civ. de Lyon 18 août 1890, *Jal des faillites 1891*, p.224.

(10) Trib. civ. de Bordeaux 10 mai 1899, *Jal des faillites 1899*, p.476.

tions du droit de préférence. On peut certes prétendre que les créanciers qui ont fait l'affaire de la masse sont des créanciers du failli privilégiés pour frais de justice, et on en conclura qu'ils doivent attendre la distribution pour faire valoir leur droit de préférence, ou bien, et c'est notre opinion, on les considère comme des créanciers de la masse elle-même, mais alors l'article 565 du Code de commerce, comme toute la procédure de faillite, leur reste étranger. ... En tout cas, on ne peut jamais soutenir, comme le jugement ci-dessus, que ces créanciers sont à la fois créanciers de la masse et créanciers privilégiés ; l'une de ces deux affirmations exclut nécessairement l'autre" (11).

263

Quant aux auteurs qui refusaient d'admettre que les créances issues de la continuation des contrats s'exercent uniquement sur le patrimoine de la masse, ils estimaient cependant que la règle de la suspension des poursuites individuelles devait être écartée. Ils remarquaient en effet que cette règle découle de la loi d'égalité ; or les créanciers de la masse, à l'inverse des créanciers dans la masse, échappent à cette loi ; ils doivent par conséquent échapper à la règle de la suspension des poursuites individuelles (12).

Parmi ces auteurs, il en est toutefois qui reconnaissent que "la faculté de pratiquer des voies d'exécution peut nuire au résultat attendu du règlement judiciaire, parce que son exercice risque de compromettre définitivement la poursuite de l'exploitation" (13).

Ceci est parfaitement exact et explique que certains aient soutenu l'idée que les créanciers de la masse sont assujettis à la règle de la suspension des poursuites individuelles.

264

Percerou et Desserteaux estiment ainsi que la solution préconisée par la jurisprudence est assez discutable et présente beaucoup d'inconvénients pratiques. Pour eux, "les créanciers chirographaires qui ont un droit de

(11) Meller, préc., p.100;

(12) Cf. note (4).

(13) Ripert et Roblot, n°2968; en ce sens, Percerou et Desserteaux, n°1153, note 4.

préférence à raison de leur qualité de créanciers de la masse" (14), doivent être traités comme les créanciers dans la masse qui ont un privilège général. En effet les uns comme les autres "n'ont pas à vrai dire un gage spécialement affecté à leur créance, et leur droit s'analyse plutôt en une priorité de paiement, au regard des dettes chirographaires, droit que l'article 551 du Code de commerce sauvegarde suffisamment" (15). En outre, s'ils conservaient ce droit de poursuite individuelle, "ils pourraient, leur gage portant sur la généralité des meubles et même en cas d'insuffisance sur les immeubles du failli, apporter, par des saisies intempestives dirigées sur tels biens qu'il leur plairait de choisir, un trouble regrettable dans l'administration du syndic" (16).

Cette analyse, économiquement attrayante, ne doit cependant pas faire illusion car elle est le fruit d'une contradiction. Il faut en effet savoir que pour ces deux auteurs, "les tiers qui traitent avec le syndic ès qualités ont la masse pour obligé. Ce ne sont plus des créanciers dans la masse, c'est-à-dire du failli, ayant droit seulement à un dividende ; ce sont des créanciers de la masse ayant celle-ci pour débitrice et pouvant par suite se faire payer directement sur son patrimoine sans avoir à subir le concours des créanciers du failli" (17). Manifestement cette affirmation est inconciliable avec l'idée que les créanciers de la masse sont assimilables à des créanciers du débiteur dotés d'un privilège général. A la rigueur, on comprendrait la thèse de Percerou et Desserteaux s'ils admettaient que le syndic est aussi bien le représentant du débiteur que celui de la masse ; mais il n'en est rien. Selon eux, la représentation du débiteur n'a d'autre objet que de "rendre exécutoire sur les biens de la faillite les actes régulièrement passés par le syndic" (18).

265

Pour Mlle Honorat, la question mérite une solution nuancée car, "la notion de poursuite individuelle, en réalité, n'est pas unitaire mais double : elle englobe à la fois les actions en justice et les saisies" (19).

(14) Percerou et Desserteaux, n°763.

(15) Percerou et Desserteaux, n°763.

(16) Percerou et Desserteaux, n°763.

(17) Percerou et Desserteaux, n°1153.

(18) Percerou et Desserteaux, n°1146.

(19) A. Honorat, "La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur", Mélanges, A. Audinet, p.245.

Concernant les premières, elle reconnaît que, "puisque les créanciers de la masse ne sont pas astreints à la procédure d'admission des créances et qu'ils n'ont, par conséquent, aucun autre moyen à leur disposition pour faire reconnaître leur droit lorsqu'il est contesté, il est tout à fait normal que ces créanciers puissent intenter une action en justice" (20). En revanche, écrit-elle, "il n'y a aucune raison de permettre à ces créanciers, une fois leur droit reconnu par décision de justice, d'effectuer, en l'absence d'un gage spécialisé, des saisies sur les biens composant l'actif de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire" (21).

A l'appui de cette prise de position, elle invoque d'une part le fait que les droits des créanciers de la masse sont, en toute hypothèse, sauvegardés, puisque ceux-ci "doivent être payés les premiers et qu'aucun autre créancier, à l'exception de ceux qui sont titulaires d'une sûreté spéciale, ne peut exercer une saisie" (22). Bien sûr, l'inaction ou la négligence du syndic pourrait éventuellement léser les créanciers de la masse mais, souligne-t-elle, "la loi a prévu, dans ce cas, d'autres mesures pour assurer la protection des créanciers : en particulier, la surveillance des syndics par le juge commissaire et surtout la responsabilité personnelle qu'encourent les syndics envers les créanciers impayés" (23).

D'autre part, elle soutient "que le caractère collectif attaché à la procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire devrait faire obstacle à toute saisie individuelle qui risque de troubler la gestion du syndic, de rendre impossible la continuation de l'exploitation et, par là-même, en cas de règlement judiciaire, la formation d'un concordat" (24).

266

La thèse soutenue par ces auteurs n'a rencontré, à l'époque, aucun écho auprès des tribunaux. Il semblait dès lors acquis définitivement que les créanciers de la masse possédaient, à l'instar des créanciers dotés d'un privilège spécial, un droit de poursuite individuelle.

(20) A. Honorat, préc., p.245.

(21) A. Honorat, préc., p.246.

(22) A. Honorat, préc., p.246.

(23) A. Honorat, préc., p.246.

(24) A. Honorat, préc., p.246.

Cependant, le législateur de 1967, en assujettissant, par le biais de l'article 40, l'ensemble des créanciers, fussent-ils dotés d'une sûreté réelle, à l'obligation de produire, a remis indirectement en cause le statut des créanciers de la masse. De nombreux commentateurs, voyant dans ces dispositions le souci du législateur d'assurer le redressement des entreprises viables et constatant que les sûretés grèvent le plus souvent des éléments indispensables à l'activité économique, ont estimé qu'il y avait là matière à différer provisoirement l'exercice des droits de poursuites individuelles (25). De là à étendre cette solution aux créanciers de la masse, il n'y avait qu'un pas que certains n'ont pas hésité à franchir. En effet, dans la mesure où ces créances bénéficient sur l'actif du débiteur d'un droit de préférence qui s'apparente à un simple privilège général, les mêmes préoccupations et donc la même démarche peuvent se retrouver. M. Derrida écrit ainsi : "tout autant que celle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale, leur action risquerait de gêner l'octroi du concordat ou d'en compromettre l'exécution ; il faut donc les soumettre, comme ces derniers, à la suspension. La solution devra s'appliquer non seulement avant le jugement statuant sur le concordat ou la conversion du règlement judiciaire, mais même en cas de liquidation des biens car aucun texte particulier ne leur confère la faculté d'agir à titre individuel dans cette hypothèse" (26).

Cette façon de procéder est néanmoins quelque peu expéditive. Non seulement, et les développements jurisprudentiels récents sont en ce sens, rien ne permet d'affirmer que les créanciers dotés d'une sûreté réelle spéciale sont soumis, jusqu'au vote du concordat, à la suspension des poursuites individuelles, mais encore et surtout, l'élément prépondérant qui est la date de naissance de la créance, est complètement passé sous silence.

(25) Voyez par ex., F. Derrida, note D. 1972 56, n°3, D.1973 169; R. Houin, R.T.D.Co. 1969, p.220, 1973, p.893 ; MM. Boyer et Vasseur, Réc. gén. des lois 1974, 288, n°801.

(26) F. Derrida, D.1967, chron. 251, note 24.

B) L'octroi nécessaire d'un droit de poursuite individuelle aux faux créanciers de la masse

267

En l'absence de disposition législative expresse, la première question à considérer est celle du fondement de ce droit. Les modalités seront ensuite envisagées.

L'idée qui vient immédiatement à l'esprit est de jouer de l'opposition créance dans la masse et créance de la masse à l'intérieur des textes dont on dispose. Pour les premières, "la suspension des poursuites individuelles est une conséquence de la constitution de la masse. Les créanciers sont unis dans une procédure collective pour arriver à la liquidation des biens ou au redressement de l'entreprise ; ils ne peuvent plus que produire entre les mains du syndic qui centralise toutes les opérations" (27). Les secondes, par contre, étant apparues après le jugement déclaratif, ne donnent pas lieu à production et ne devraient donc pas être soumises à la suspension des poursuites. Dans le même ordre d'idée, il est possible d'utiliser l'article 35 de la loi de 1967. Ce texte n'assujettit en effet à la suspension provisoire des poursuites que les créances acquises au jour du jugement déclaratif ; dans ces conditions, pourquoi ne pas soutenir, a contrario, que les faux créanciers de la masse conservent toute liberté d'agir ?

Il ne faut pourtant pas se leurrer ; cette démarche est limitée. Lorsque Mme Brunet écrit très justement, à propos de l'article 35, que celui-ci "ne dispose que pour le passif antérieur au jugement déclaratif et concerne tellement peu les faux créanciers de la masse qu'il est abusif d'interpréter son silence en faveur de l'attribution à ces derniers d'un droit de poursuite individuelle" (28), la même réflexion peut être faite à propos de l'article 40 qui sert d'assise à la première démonstration.

268

Dans une autre perspective, il est courant de justifier le droit de poursuivre des faux créanciers de la masse en comparant leur situation avec

(27) Ripert et Roblot, n°2972.

(28) A. Brunet, thèse préc., p.233, n°163.

celle des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales et en affirmant que ce qui est permis aux seconds ne saurait être interdit aux premiers.

Effectivement, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé le 13 février 1976 (29) que tous les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale pouvaient exercer le droit de poursuite individuelle qui leur est reconnu par l'article 35, pour peu que leurs créances aient été admises. Mais là encore cette constatation est insuffisante. D'une part, il n'est pas certain que la situation des créanciers à privilèges spéciaux soit aussi bonne qu'il y paraît. M. Derrida a raison de le noter, "la production n'est en elle-même qu'une demande de paiement ; elle ne tirera sa force que de la décision d'admission du juge commissaire revêtue de l'autorité de la chose jugée ; seule cette décision confèrera à la demande du créancier une valeur certaine. Toutefois, cette valeur est des plus fragiles ; en effet, la décision d'admission est à la merci du débiteur lui-même ou de tout autre créancier ; il suffira dans le délai de l'article 51 du décret, de formuler une réclamation contre la seule sûreté pour paralyser cette sûreté, provisoirement certes, mais totalement dans l'immédiat ; l'article 52 décide, en effet, que le créancier, dont le privilège ou l'hypothèque seulement est contesté, est admis à titre provisoire en qualité de créancier chirographaire. Et comme, en cas de règlement judiciaire, le Tribunal ne peut statuer au fond sur les réclamations visées à l'article 42 qu'après la réunion de l'assemblée concordataire prévue à l'article 70, les poursuites individuelles du créancier dont la sûreté est contestée seront nécessairement suspendues jusqu'à la fin de la période préparatoire" (30).

D'autre part et surtout, rien ne permet de lier ainsi la situation de ces deux catégories de créanciers. Apparemment, bien sûr, le péril est identique : tous ces créanciers risquent par des actions intempestives de gêner l'élaboration d'un plan de redressement de l'entreprise. Mais là s'arrête la similitude car la problématique n'est pas la même.

(29) Cass. Ass. Plén. 13 février 1976, D.1976 237.

(30) F. Derrida, note D.1973 392, n°5.

S'agissant de créanciers munis d'une sûreté spéciale, c'est l'intérêt de l'entreprise qui est en jeu. Or cette notion, non seulement est mal définie, mais encore peut tout aussi bien justifier une solution que son contraire, car elle recouvre des réalités différentes selon le cadre et les périodes considérés. Ainsi, ce qui est souhaitable ponctuellement, dans le cadre particulier d'une procédure collective, est de nature à provoquer, de façon plus générale, "le renchérissement du crédit", voire "à détourner les prêteurs des formes traditionnelles de crédit" (31).

Qui plus est, lorsque l'on considère la situation des créanciers de la masse, ce n'est pas l'intérêt de l'entreprise qui est en jeu, mais celui de la masse des créanciers. En effet, contrairement à une opinion très répandue, les faux créanciers de la masse n'apparaissent pas, du moins a priori, pour contribuer au redressement de l'entreprise, mais pour permettre une poursuite d'activité temporaire, profitable à la masse des créanciers. Il arrive, malheureusement de plus en plus rarement, qu'un concordat intervienne ultérieurement, mais ceci n'est pas la conséquence directe de la poursuite d'exploitation, mais le résultat d'une concertation positive autour d'un plan de redressement. Au demeurant, lier l'exercice de poursuites individuelles par les faux créanciers de la masse à la notion d'intérêt de l'entreprise, débouche sur une discussion sans fin. A supposer qu'il existe un parallèle entre ces poursuites individuelles et le redressement de l'entreprise, quels en seraient les termes ? Faudrait-il permettre ces poursuites au nom de l'intérêt social, en arguant du fait que, non seulement la poursuite d'activité a contribué au maintien de l'entreprise, mais encore que ce n'est qu'à ce prix que le concordat sera fiable, ou dira-t-on, au contraire, une fois de plus, que ces poursuites risquent d'entraver l'action du syndic ? Et même, en admettant la question résolue dans un sens ou dans l'autre, ceci suppose l'obtention d'un concordat, et deux nouvelles questions surgissent immédiatement. Tout d'abord, puisque l'intérêt de l'entreprise est étroitement associé à son redressement et puisque ce dernier dépend du concordat, ce n'est qu'au jour où celui-ci sera acquis que cette notion aura un sens. Or précisément, le concordat qui clôt la procédure

(31) Concl. de M. le premier Avocat Général Schmelck, rapportées, sous Cass. com. 13 févr. 1976, D. 1976 237.

retire tout intérêt à la question, car la jurisprudence décide qu'à partir de ce moment les créanciers de la masse perdent leur droit de préférence par rapport aux autres créanciers du débiteur (32). Enfin, comment se posera la question lorsque, une liquidation de biens étant prononcée, l'intérêt de l'entreprise n'aura plus cours ?

269

En définitive, le seul critère satisfaisant est celui de l'intérêt de la masse car il justifie l'existence du droit de préférence (33) des faux créanciers de la masse et il est à l'origine de leur droit de poursuite individuelle. A quoi servirait d'ailleurs ce droit de préférence, s'il ne pouvait être exercé et qui serait, dans ces conditions, volontaire pour devenir faux créancier de la masse ?

Ainsi, est parfaitement justifié le jugement du Tribunal de commerce du Havre, selon lequel "si les créances nées à l'occasion de la continuation de l'exploitation s'avéraient difficilement recouvrables, on pourrait craindre qu'aucune entreprise n'accepte de faire confiance à un règlement judiciaire, rendant ainsi impossible au juge commissaire toute décision tendant à autoriser cette continuation ; qu'il n'est pas besoin de souligner combien cette conséquence serait préjudiciable aux créanciers dans la masse" (34). En effet, ce n'est pas l'intérêt de l'entreprise qui est ici en jeu, au travers de son redressement, mais l'intérêt de la masse qui dépend de la continuation de l'exploitation.

Au surplus, ce jugement présente une tentative intéressante pour éviter que les actions intempestives des créanciers de la masse viennent désorganiser le déroulement des opérations. Afin de pallier les conséquences d'une poursuite individuelle exercée par un créancier de la masse, le tribunal estime qu'il est préférable qu'en pareil cas ce soit sur l'initiative de l'administrateur que la réalisation des biens mobiliers soit demandée, et ce à concurrence du passif de masse. Attendu, précise ce jugement, "que le créancier n'a en vue, et cela se conçoit, que son intérêt personnel ;

(32) Cf. infra p. 406, n°311 et s.

(33) Cf. infra p. 376, n°288.

(34) Trib. co. du Havre 4 mars 1961, D.1964 353, note A. Honorat.

que certains actes qui lui sont profitables peuvent préjudicier à l'intérêt des créanciers dans la masse ; qu'il en va différemment pour l'administrateur dont le premier devoir est de se préoccuper des intérêts de la masse".

A la rigueur, "on pourrait concevoir que les créanciers de la masse ne soient admis à exercer leurs droits qu'après une sommation faite au syndic de régler leurs créances, demeurée sans effet pendant un certain délai. Le législateur de 1967 prescrit déjà semblable solution dans la liquidation des biens. Le Trésor Public retrouve son droit de poursuivre le débiteur si le syndic n'a pas déféré dans le délai d'un mois à une sommation de régler ses créances sur les fonds disponibles" (35).

270

Reste maintenant à étudier les modalités du droit de poursuite des faux créanciers de la masse.

Selon M. Meller, la seule voie d'exécution que puisse normalement envisager un créancier de la masse, est la saisie-arrêt. Cette conclusion s'explique par le fait que, pour cet auteur, il n'y a que de vraies créances de masse dont seuls "les capitaux de la masse" répondent. Dès lors, sachant que "les biens corporels restent la propriété du failli jusqu'à leur vente" et qu'ensuite "leur prix doit être déposé par le syndic à la Caisse des Dépôts et Consignations" (36), l'hypothèse d'une saisie-exécution ne peut guère se présenter.

En réalité, ce n'est plus en ces termes que se pose actuellement la question. Les créanciers de la masse dont il s'agit ici, sont de faux créanciers de la masse dont les poursuites individuelles s'exercent sur le patrimoine du débiteur. Par suite, ils possèdent contre ce dernier toutes les voies d'exécution, et notamment les saisies-exécutions et les saisies immobilières.

Il est vrai que la jurisprudence, peu abondante en la matière, concerne le plus souvent des cas de saisies-arrêts. Un jugement du Tribunal civil de Lyon du 18 août 1890 (37) a, par exemple, admis la validité d'une sai-

(35) M. Hardouin, thèse préc., p.83.

(36) Meller, préc., p.101.

(37) Trib. civ. de Lyon 18 août 1890, préc.

sie-arrêt opérée entre les mains du trésorier-payeur général du Rhône, représentant la Caisse des Dépôts et Consignations où le syndic avait déposé les sommes qui revenaient à la faillite. De même, un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1962 (38), admet que le juge des référés peut valablement, à la demande d'un créancier de la masse, désigner un séquestre pour appréhender les sommes issues de la vente de biens meubles remis par le commissaire-priseur au syndic, en raison de l'urgence qu'il y avait à préserver les intérêts des créanciers de la masse.

Mais cette exclusivité ne doit pas remettre en cause le principe exposé. "Il faut tout simplement croire que les faux créanciers de la masse préfèrent recourir à la saisie-arrêt plutôt qu'à la saisie-exécution ou à la saisie immobilière parce que seule la première a toutes les chances de leur donner satisfaction. En effet, souvent les biens du débiteur sont grevés de droits réels consentis par ce dernier, avant le jugement déclaratif, à ses créanciers les plus exigeants. Et ceux-ci, sur le prix de vente du meuble ou de l'immeuble saisi, primeront les faux créanciers de la masse" (39).

§ 2 : Les actions des faux créanciers de la masse en cas d'insuffisance du patrimoine du débiteur

271

Quoiqu'en disent certains arrêts de la Cour de cassation (40), la continuation d'exploitation n'a pas pour effet de grever l'actif du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (41) des dettes de cette exploitation continuée. En effet, puisque les fausses créances de masse sont issues d'une décision de la masse, agissant comme représentant du débiteur, c'est tout naturellement le patrimoine du représenté, et non celui du représentant, qui doit en répondre (42).

(38) Cass. civ. 23 mai 1962, Bull. II, n°462, p.328, R.T.D.Co. 1963, p.659, n°55, obs. R. Houin.

(39) A. Brunet, préc., p.240.

(40) Voyez par ex., Cass. com. 21 juin 1967.

(41) C'est-à-dire l'actif du débiteur, plus celui de la masse.

(42) Cf. supra p.12, n°9 .

Il en va ainsi en principe pour toutes les créances d'origine contractuelle. Dès lors que la masse n'a pas agi en tant que tiers, l'exécution de la prestation promise au cocontractant, ou éventuellement les dommages-intérêts qui lui sont dus à la suite de la résiliation du contrat, ne peuvent affecter d'autre patrimoine que celui du failli.

Il arrive cependant que le cocontractant puisse mettre en cause un patrimoine autre que celui du débiteur. En particulier, le syndic va engager sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle chaque fois qu'il commettra une faute caractérisée. Mais les possibilités du cocontractant ne s'arrêtent pas là. Il peut, mais toujours dans le cadre exclusif d'un délit ou d'un quasi-délit du syndic, mettre en jeu la responsabilité de la masse. Ce faisant, il passera de la qualité de faux créancier de la masse à celle de vrai créancier de la masse.

Pour recourir contre la masse personne morale, les faux créanciers de la masse doivent ainsi, au préalable, démontrer la faute du syndic. Ce n'est donc qu'après avoir délimité les contours de cette responsabilité personnelle, que la responsabilité de la masse pourra être envisagée.

A) La responsabilité personnelle du syndic

272

Il est admis depuis longtemps que "les mandataires ainsi que les représentants légaux des personnes morales encourent une responsabilité propre, s'ils ont participé sciemment à la perpétration d'un délit ou d'un quasi-délit, même sur ordre de l'organisation qu'ils représentent" (43). Cette solution, qui écarte toute difficulté issue de la distinction souvent incertaine entre organes et mandataires sociaux, est incontestable ; il est normal que "chacun rester responsable de ses actes, et que le libre arbitre individuel demeure qui doit interdire à quiconque de commettre des fautes en prétendant en reporter la responsabilité sur un instigateur"(44).

(43) Soc. 6 janvier 1972, D.1972 141, J.C.P. 1972 17045.

(44) G. Durry, obs. sous Soc. 6 janvier 1972, R.T.D.Civ. 1972, p.601, n°4.

A ce titre, il est donc tout à fait compréhensible que le syndic réponde des fautes qu'il a pu commettre à l'égard du débiteur, de ses créanciers ou des tiers. En particulier, puisque les faux créanciers de la masse sont considérés d'ordinaire comme des tiers (45), ils peuvent, conformément aux principes du droit commun de la responsabilité civile, engager la responsabilité personnelle du syndic sur le fondement de l'article 1382 (46).

Ceci étant, la mise en oeuvre de cette responsabilité ne va pas sans poser quelques problèmes. Il est nécessaire de préciser tout d'abord quelle juridiction est compétente ; il faut ensuite et surtout en déterminer de façon précise les conditions.

273

En général, la jurisprudence estime que le syndic n'ayant pas la qualité de commerçant, sa responsabilité ne peut être mise en jeu que devant un tribunal civil. Il s'est trouvé cependant des juridictions pour admettre la compétence des tribunaux de commerce sur le fondement de l'article 112 du décret du 22 décembre 1967, aux termes duquel les tribunaux saisis d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire connaissent de tout ce qui concerne le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. Le Tribunal de Grande Instance de Versailles (47) a ainsi limité sa propre compétence au seul cas où, un jugement de clôture ayant été rendu, le Tribunal de commerce n'est plus saisi de la liquidation des biens. Toujours dans le même ordre d'idée, quoique plus nuancée, la Cour d'appel de Paris a affirmé, le 28 octobre 1974 (48), que le Tribunal de grande instance devait se déclarer incompétent chaque fois que la faute reprochée au syndic résultait de la violation d'une disposition spéciale du droit de la faillite, lequel était donc susceptible d'exercer une influence sur

(45) En ce sens, N. Fricéro-Goujon, Rev. de Jur. com. 1980, p.153.

(46) Sur cette question, voyez J. Loup, "La responsabilité des syndics", J.C.P. 1938.1.68 ; R. Plaisant, "La responsabilité civile et pénale du syndic", Rev. des Syndics, 1971, p.289 ; Lescot, "Les conséquences civiles des délits et des quasi-délits commis par le syndic et le liquidateur judiciaire à l'égard des tiers", R.F. 1938 93.

(47) T.G.I. Versailles 19 mai 1980, Rev. de Jur. com. 1981, p.235.

(48) Paris 28 octobre 1974, Rev. de Jur. com. 1976, p.155, note J.P. Sortais.

l'appréciation de la responsabilité du syndic. Ce raisonnement est discutable. Tout d'abord, "il faut considérer que l'action en responsabilité contre le syndic n'est pas liée de manière indivisible à la procédure de liquidation des biens. Il ne s'agit pas d'une contestation en matière de liquidation des biens, relevant nécessairement de la compétence du tribunal qui a ouvert cette procédure" (49). Qui plus est, d'un point de vue plus particulier, il est acquis depuis un arrêt de la Cour de cassation, en date du 17 janvier 1956 (50), que les actions relatives au règlement des dettes de masse (51) échappent à la compétence du tribunal qui a prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, car elles n'ont pas leur cause nécessaire dans la faillite. En conséquence, il ne fait aucun doute que le Tribunal de grande instance soit compétent pour apprécier les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité personnelle du syndic vis-à-vis des faux créanciers de la masse, seul problème envisagé ici.

274

Cette responsabilité suppose, pour être acquise, que soit démontrée, conformément au droit commun, l'existence d'un préjudice résultant d'une attitude fautive du syndic. Si le dommage et le lien de causalité ne soulèvent en l'espèce aucun problème particulier, il en va différemment du fait générateur de la responsabilité.

Une chose est certaine ; il est impossible d'établir une présomption de responsabilité du syndic, en soutenant que ce dernier doit s'assurer qu'il conserve par devers lui des sommes suffisantes pour opérer le règlement de toutes les dettes de masse qu'il peut être amené à contracter. Ce serait non seulement oublier que "le risque est la sanction de toute exploitation commerciale et la contrepartie du profit que le fournisseur peut escompter" (52), mais encore et surtout, ce serait en fait interdire aux syndics la gestion directe du patrimoine du débiteur. Reste bien sûr la

(49) Ripert et Roblot, n°2921 in fine.

(50) Cass. com. 17 janvier 1956, D.1956 265, note R. Houin, J.C.P. 1956.II.9601, note R. Granger.

(51) En ce sens, R. Granger, "La compétence du tribunal du règlement judiciaire ou de la faillite", J.C.P. 1957.I.1359 ; Ripert et Roblot, n° 2938.

(52) P.S. note sous Grenoble 18 juin 1875, G.P. 1975, p.678.

solution de la location-gérance, mais celle-ci n'est pas utilisable toutes les fois que la poursuite de l'activité s'impose pour maintenir l'entreprise en vie (53). Dès lors, pour mettre à la charge du syndic le paiement des fausses créances de masse, il faut démontrer qu'il a commis une faute personnelle et précise, qui doit être distinguée d'une simple erreur d'appréciation.

Ceci résulte clairement d'un arrêt de la Chambre commerciale du 2 juillet 1974. En l'espèce, la société X..., qui était fausse créancière de la masse, avait engagé une action en responsabilité personnelle contre l'administrateur au règlement judiciaire. Elle arguait du fait que son attitude "imprudemment optimiste" l'avait incitée à poursuivre ses relations d'affaires avec le débiteur. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir rejeté cette action en relevant que l'administrateur n'avait pas commis de faute ; elle précise que "la correspondance échangée entre les parties ne contient ni renseignements erronés, ni promesses fallacieuses et ne fait que traduire les conditions de l'assistance que l'administrateur devait légalement prêter au débiteur" (54).

275

Pour autant, la situation des syndics n'est pas toujours enviable car il arrive fréquemment que leur responsabilité soit retenue. Au travers des nombreux arrêts qui sont intervenus et continuent d'intervenir en ce sens, il est possible de dégager quatre types de fautes possibles.

Le premier, le plus évident, a trait au non respect par le syndic des impératifs légaux ou juridictionnels. La Cour d'appel de Caen a par exemple décidé le 2 novembre 1979 (55) que dès lors que la continuation d'exploitation par la société soumise au règlement judiciaire puis à la liquidation des biens n'avait jamais été autorisée par la juridiction commerciale dans les termes des articles 24 et s. de la loi du 13 juillet 1967, la faute personnelle du syndic était acquise dans son principe, sauf à en apprécier la mesure dans un débat au fond. De son côté, la Chambre commerciale a ap-

(53) Cf. supra p. 150, n°120.

(54) Cass. com. 2 juillet 1974, R.T.D.Co. 1975, p.352, obs. R. Houin, D. 1975 150, note F.D.

(55) C.A. de Caen 2 novembre 1979, D.1980 I.R. 283.

prouvé une Cour d'appel d'avoir retenu à la charge du syndic d'une société en faillite, laquelle occupait un immeuble malgré une décision de justice ordonnant l'expulsion, une faute de nature à engager sa responsabilité personnelle en vertu de l'article 1382 du Code civil (56).

Le second relève de ce qu'il est convenu d'appeler les fautes de gestion. La responsabilité personnelle d'un administrateur au règlement judiciaire est ainsi intégralement retenue par un arrêt de la Cour de Dijon du 13 octobre 1971 (57) qui pose le principe "en droit que l'administrateur syndic assiste le liquidé et, dans le cas où il est autorisé à continuer son exploitation, a une mission de surveillance active pour laquelle il est rétribué, quant à la gestion de l'entreprise et qu'il ne peut se retrancher derrière l'incompétence ou l'incurie du personnel qui en est chargé, dont l'activité est également soumise à son contrôle et à une sanction éventuelle".

Il faut cependant préciser que la faute de gestion doit être déterminée. A cet égard, l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 27 novembre 1978, fournit une excellente illustration de ce qui peut être considéré comme une faute de gestion. La Chambre commerciale estime que "la Cour d'appel ayant relevé que, après le prononcé du règlement judiciaire de la société débitrice, le syndic, qui avait autorisé à poursuivre l'exploitation, avait, huit mois après le jugement, passé des commandes à la société créancière en s'engageant à régler à trente jours par chèque, mais qu'il s'était borné à verser des acomptes s'élevant au quart du montant des marchandises livrées, qu'il était anormal que, les comptes de la société débitrice ayant, selon les propres indications du syndic, été bénéficiaires pendant dix mois, le syndic n'ait pas trouvé les fonds nécessaires au règlement prioritaire d'un créancier de la masse, que près de cinq ans après le jugement de règlement judiciaire, le syndic n'avait pas encore obtenu le paiement des sommes dues par des clients et évaluées par lui à 5 000 000 F environ, que l'importance du passif privilégié, fixé dans le bilan déposé à 10 383 034 F, aurait dû l'inciter à n'engager des dépenses pour le compte

(56) Com. 29 mars 1977, D.1977 I.R. 380.

(57) Dijon 13 oct. 1971, R.T.D.Co.1973, p.373.

de la masse, qu'après s'être assuré du moyen d'y faire face, qu'il a au contraire contracté des obligations qu'il n'était pas certain de pouvoir tenir, qu'il a laissé s'accumuler des retards dans le paiement des factures et qu'il a persisté à passer de nouvelles commandes, alors que les difficultés de sa trésorerie ne lui permettaient plus de les régler, a pu considérer que le syndic avait, dans sa gestion, commis des négligences et imprudences de nature à engager sa responsabilité personnelle" (58).

Le troisième type de faute qui puisse être reproché au syndic, est de ne pas avoir mis le cocontractant au courant de la situation réelle du débiteur. Cette obligation intervient dès que l'exploitation se révélant déficitaire, les paiements à terme deviennent aléatoires. La Chambre commerciale a ainsi estimé que le syndic commettait une faute engageant sa responsabilité lorsque, tout en constatant que l'exploitation se révèle déficitaire, il donne néanmoins son accord à des commandes au profit de la société créancière, "sans avoir vérifié si cette société pourrait être payée et en s'abstenant de l'informer des aléas d'un paiement à terme"(59).

Toutefois, et cela est normal, il semble que cette obligation de renseignement ne soit que de moyen et non de résultat. Ceci veut dire que dans l'hypothèse où le syndic a fourni des renseignements inexacts sur la situation du débiteur, il ne suffit pas au demandeur de prouver qu'ils sont à l'origine de la livraison, il faut encore qu'il démontre que le syndic a fait preuve de négligence dans l'exercice de ses fonctions. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble qui ne peut qu'être approuvé. En l'occurrence, le syndic avait transmis aux faux créanciers de la masse des renseignements qui lui avaient été fournis par une société d'expertise comptable et par un expert technique. Il s'avéra par la suite que ces études, qui concluaient à la continuation d'exploitation, reposaient sur des données totalement erronées. Pour écarter la responsabilité personnelle du syndic, la Cour estime qu'en pareil cas, le syndic s'est montré

(58) Cass. com. 27 nov. 1978, D. 1979 I.R. 236, Rev. des Syndics 1979, p. 119, G.P. 1979, Somm. p.142 ; dans le même sens, Toulouse 4 mars 1980, Rev. de Jur. com. 1981, p.235.

(59) Cass. com. 18 nov. 1981, Bull. IV, p.318, n°401, J.C.P. 1982, Tab. de J.P., p.50.

"normalement dilligent", qu'il ne "pouvait être tenu pour responsable des erreurs commises aussi bien par la société d'expertise comptable que par l'expert technique" (60).

On rejoint par là la dernière catégorie de fautes imputables au syndic; ce sont celles qui ont trait à son obligation de contrôle. Il est bien évident tout d'abord que lorsque le syndic se tient dans l'ignorance totale de la situation du débiteur, il engage sa responsabilité. Cette situation, qui peut paraître extrême, se produit parfois. A preuve la décision de la Chambre commerciale, en date du 3 juin 1980, où un syndic, non seulement n'a pas exigé, comme le lui enjoignait l'ordonnance du juge commissaire, la remise des comptes mensuels qui lui auraient permis de découvrir les retards accumulés dans le règlement des cotisations de sécurité sociale, mais encore s'est à un tel point désintéressé de la situation de la société que c'est l'URSSAF elle-même qui a dû prendre l'initiative de la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens (61). Il ne faudrait pas croire pour autant que seule une faute caractérisée sinon lourde puisse engager la responsabilité personnelle du syndic. La surveillance purement formelle de la comptabilité peut, elle aussi, conduire l'administrateur à supporter une partie du passif. Il en va ainsi lorsque, par exemple, il fournit au juge-commissaire des bilans bénéficiaires qui sont en réalité inexacts. En pareil cas, la Cour de cassation estime "que, s'il a pu dans une certaine mesure, être trompé par les agissements du gérant", il aurait dû cependant exercer "sur la tenue de la comptabilité une surveillance attentive et efficace" (62). Enfin, cette surveillance comptable doit se doubler d'un contrôle de la gestion. Cette solution est rappelée par un arrêt de la Chambre commerciale du 25 janvier 1971. En l'espèce, l'administrateur avait participé, dans le cadre de la continuation d'exploitation, à la conclusion d'un contrat de fourniture qui prévoyait le règlement comptant des marchandises au jour de la livraison. Ce paiement n'étant pas intervenu, des mesures furent prises pour que les marchandises livrées ne soient dé-

(60) C.A. de Grenoble 18 juin 1975, G.P. 1975.II.677, note P.S.

(61) Cass. com. 3 juin 1980, Bull. IV, n°235, p.190.

(62) Cass. com. 6 février 1978, Bull. IV, n°53, p.42 ; dans le même sens, Cass. com. 19 décembre 1967, Bull. III, n°424, p.399, R.T.D.Co. 1968, p.397.

bloquées qu'au fur et à mesure du versement d'acomptes. L'entreprise n'ayant pas respecté ses engagements, la Cour d'appel déclara responsable l'administrateur. Dans son pourvoi, ce dernier soutenait qu'il n'avait pas à intervenir pour les actes courants de continuation d'exploitation ; la Cour de cassation estime au contraire que "l'administrateur avait commis la faute de ne pas surveiller l'emploi des marchandises et de ne pas vérifier si la réception en était opérée conformément à la convention modificative des conditions de paiement, dont il devait d'autant plus s'employer à en assurer le respect que les concessions faites par le fournisseur l'étaient dans l'intérêt de l'entreprise en règlement judiciaire" (63).

276

A ces divers comportements fautifs, qui sont le plus souvent étroitement liés, vient parfois s'ajouter l'imprudence du demandeur. Dans ce cas, la jurisprudence, conformément aux principes qui régissent la responsabilité civile, prononce en faveur du syndic, soit un partage de responsabilité, soit une exonération.

C'est pour cette dernière solution que s'est prononcée le 26 octobre 1965 la Cour de Douai. En l'occurrence, le fournisseur d'une société en règlement judiciaire avait accepté un bon de commande du 6 novembre 1962 qui fut exécuté le 28 février 1963, la facture étant payable le 10 mai de la même année. Or la société avait obtenu le 27 décembre 1962 un concordat qui fut homologué le 5 mars 1963, c'est-à-dire cinq jours après la livraison des marchandises, mais avant la date retenue pour le paiement du prix, ce que ne pouvait ignorer le fournisseur puisqu'il avait participé à l'assemblée concordataire pour des créances antérieures au jugement déclaratif. Par la suite, une nouvelle faillite fut déclarée et le cocontractant, qui avait perdu son droit de priorité conformément à la jurisprudence en vigueur (64), soutint que l'administrateur avait commis une faute en ne s'assurant pas que la société disposait des fonds nécessaires pour régler la facture. La Cour d'appel rejette sa demande en relevant que, si en principe

(63) Cass. com. 25 janvier 1971, R.T.D.Co. 1972, p.506, n°40, obs. R.Houin, D.1971, Somm. 105.

(64) Voyez, Cass. civ. 30 janv. 1939, D.1940.I.25.

l'administrateur doit prendre toutes précautions pour que les créanciers de la masse soient réglés, même si l'échéance de leur créance est postérieure à l'octroi du concordat, en l'espèce le fournisseur a "assumé le risque de la disparition de la masse" (65), car il a accepté d'être payé à un moment où il savait que le concordat serait acquis. M. Houin le souligne à juste raison, ces motifs sont "inégalement convaincants" et il n'est pas interdit de penser qu'en pareil cas un partage de responsabilité aurait pu être opéré.

La Chambre commerciale manifeste d'ailleurs une réticence certaine lorsqu'il s'agit d'exclure la responsabilité du syndic. Une décision avait admis qu'une banque ne pouvait engager la responsabilité du syndic dès lors que n'ignorant pas que la poursuite d'exploitation se révélait de plus en plus déficitaire, voire sans issue, elle avait cependant continué de consentir des crédits, sans soumettre leur octroi à la présentation de documents comptables. Ce comportement, que les juges du fond qualifiaient de "grave imprudence", n'a pas suffi pour convaincre la Cour de cassation d'exclure la responsabilité du syndic. Elle a cassé cette décision le 13 avril 1972, en relevant que la faute de la banque n'empêchait pas que l'imprudence du syndic présentait un lien de causalité avec le préjudice dont il était demandé réparation, en sorte qu'il convenait d'atténuer mais non d'exclure la responsabilité du syndic (66).

B) La responsabilité de la masse

277

S'il n'est pas contesté que le syndic puisse encourir une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, il est, par contre, beaucoup plus délicat de savoir dans quelle mesure les dettes nées de la réparation des fautes commises par le syndic peuvent être prises en charge par la masse et donc donner lieu à de vraies créances de masse.

(65) Douai 26 octobre 1965, R.T.D.Co. 1966, p.119, obs. R. Houin.

(66) Cass. com. 13 avril 1972, R.T.D.Co. 1973, p.372, obs. R. Houin ; dans le même sens, T.G.I. Dieppe 21 juin 1979, Rev. de Jur. com. 1980, p. 153 et s., note N. Fricero-Goujon.

Pour la jurisprudence et la doctrine dominante, la réponse à cette question ne peut être que négative. Nous pensons au contraire que lorsqu'un faux créancier de la masse n'obtient pas le paiement de sa créance parce que le syndic a commis une faute caractérisée, c'est-à-dire distincte du simple fait de l'inexécution du contrat poursuivi par la masse en tant que représentant du débiteur, ce faux créancier de la masse devient un vrai créancier de la masse (67).

278

C'est d'ailleurs à cette idée que se rallia dans un premier temps la Chambre des requêtes (68). Puis, revenant sur sa position, elle jugea au contraire, le 19 novembre 1935, que la masse "ne saurait être responsable des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions par le liquidateur ou le syndic dont le choix ne lui appartient pas et qui n'est pas sous son autorité" (69). Cet attendu est révélateur, car il montre bien que "ce qui fait la difficulté en même temps que l'intérêt théorique du problème, c'est qu'il ne saurait être résolu, sans que soit défini au préalable la nature juridique des rapports qui existent entre la masse d'une part, et le syndic ou le liquidateur d'autre part" (70).

A cet égard, la doctrine actuelle ne peut que se féliciter de la solution préconisée par la Chambre des requêtes. Dans sa grande majorité, elle estime en effet que lorsque le syndic agit dans le cadre du dessaisissement, il n'intervient pas en tant qu'organe de la masse mais comme "assistant ou représentant du débiteur" (71). Pour M. Derrida par exemple, "quand le syndic agit, ce n'est pas nécessairement en qualité d'organe de la masse qu'il le fait ; il peut le faire en ses autres qualités ; ce n'est donc pas la masse qui exerce en tant que telle les pouvoirs enlevés au débiteur par la règle du dessaisissement ; ces pouvoirs, le syndic les exerce de manière autonome, en vertu de ses fonctions d'auxiliaire de la justice ;

(67) En ce sens, A. Brunet, thèse préc., p.217, n°150 et s.

(68) Req. 13 février 1929, D.H. 1929 147.

(69) Req. 19 novembre 1935, D.P. 1936.I.113, note Hardouin.

(70) Hardouin, préc., p.114.

(71) F. Derrida, "Les différentes catégories de créanciers dans les procédures de règlement du passif", D. 1974, chron. 289, note 13.

et s'il commet une faute, il engage la responsabilité du débiteur et évidemment la sienne personnelle ; mais il n'y a aucune raison qu'il engage la masse et qu'il crée du vrai passif de masse quand il agit au titre du dessaisissement" (72).

Outre les nombreuses critiques que nous avons déjà adressées à ce raisonnement (73), il faut ajouter que la notion de représentation, utilisée par M. Derrida, ne permet pas d'aboutir à la conclusion qu'il préconise. En effet, il ne s'agit pas ici de l'inexécution d'une obligation contractuelle, mais bel et bien d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle du syndic. Or la différence est de taille car, s'il est admis dans notre droit que les fautes du représentant engagent, en matière contractuelle, la responsabilité du représenté, il en va tout autrement du domaine délictuel où le caractère personnel des fautes exclut toute idée de représentation.

278 bis En réalité, la multiplicité des rôles affectés au syndic par la doctrine est critiquable ; le syndic est exclusivement l'organe de la masse (74). A ce titre, il ne représente pas la masse, il l'incarne, "et le fait de l'organe s'identifie avec celui de la personne morale ; il en résulte, dans le domaine de la responsabilité délictuelle, que la personne morale peut être engagée directement par la faute de ses organes sur le fondement de l'article 1382 du Code civil" (75). Le demandeur a donc la possibilité, mais cela exclusivement en matière délictuelle, de se retourner soit contre le syndic personnellement, soit contre la masse. Dans ce dernier cas, rien n'empêchera la masse de se retourner ensuite contre son organe.

M. Derrida estime que "cette théorie se heurte à une objection décisive : si le syndic engage ainsi la masse elle-même par les fautes qu'il commet, pourquoi n'engagerait-il pas aussi le débiteur ? Certes, le représenté n'assume pas les fautes quasi-délictuelles du représentant ; mais la représentation organique, sur laquelle repose les fonctions du syndic, organe

(72) F. Derrida, "Observation sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D.1981, chron. 273, note 59.

(73) Cf. supra p.17, n°13.

(74) Cf. supra p.12, n°9 et s.

(75) Hardouin, thèse préc., p.114.

de la masse, peut-elle aboutir à des résultats différents de ceux de la représentation conventionnelle ou de la représentation légale ? Pourquoi la représentation du débiteur par la masse, ..., n'engendrerait-elle pas, elle aussi, du faux passif de masse, c'est-à-dire du passif personnel au débiteur ?" (76). Cette objection n'en est pas une. Les rapports qui lient le syndic à la masse n'ont rien à voir avec la représentation du débiteur assurée par la masse, et la ressemblance purement verbale qui peut exister entre les termes de "représentation conventionnelle" et de "représentation organique" ne peut faire illusion. La masse, personne morale, est nécessairement dotée d'un organe dont le rôle est d'exprimer la volonté du groupement. Certes, une personne morale peut également avoir des représentants, mais ceux-ci ne peuvent remplacer complètement les organes car leurs fonctions sont étroitement assujetties à la volonté de la personnalité morale, qui doit pouvoir exprimer une volonté distincte de celle de ses représentants, soit pour les nommer, soit pour recevoir leurs comptes, soit enfin pour prendre les décisions les plus importantes qui échappent à leur compétence. C'est précisément parce que l'organe, le syndic en l'occurrence, exprime la volonté de la personne morale qu'il l'engage directement par ses délits et ses quasi-délits.

SECTION II : LE DROIT DE PRÉFÉRENCE DU COCONTRACTANT

279

Il est unanimement admis que les faux créanciers de la masse échappent à la procédure de vérification et d'admission des créances et qu'ils n'ont pas à subir la loi d'égalité (1).

(76) F. Derrida, chron. D.1981, préc., note 59.

(1) Ripert et Roblot, t.II, n°2967 ; F. Derrida, "Observation sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D.1981 270, n°8 ; A. Brunet, préc., p.121, n°85 ; Meller, préc. p.11 ; A. Honorat, "La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur", in Mélanges Audinet, p.244, n°32 ; A. Tubiana, "Du règlement des dettes chirographaires contractées par la masse", R.T.D.Co. 1961, p.577.

Cette solution n'est pas nouvelle. Elle s'est imposée spontanément à une époque où les syndics, n'ayant pas la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours, devaient, pour convaincre les cocontractants de demeurer en relation d'affaires avec eux, leur assurer une situation privilégiée. Thaller remarquait ainsi, dès 1888 : "On comprend même a priori que ces créanciers nouveaux auront ou pourront avoir le pas sur les créanciers anciens, en ce sens que ceux-ci n'auront aucune prétention à faire valoir sur les sommes provenant de la liquidation tant que les autres n'auront pas été désintéressés. Avant d'avoir acquis la preuve rationnelle de ce résultat, on en a une intuition instinctive assez nette pour que l'on puisse répondre de son exactitude. Dans le droit comme dans d'autres sciences, il n'est pas rare que la solution précède le raisonnement" (2).

Cependant, aussi naturelle et évidente que paraisse cette solution, il faut la justifier. "C'est indispensable si l'on veut savoir dans quelle mesure ce droit de préférence doit être reconnu et quelles sont les conséquences qui en ressortent quant au classement des créanciers nouveaux et à leur participation aux opérations de la faillite" (3).

§ 1 : La justification du droit de préférence

280

Pour contourner l'obstacle que constitue l'adage "pas de privilège sans texte", la doctrine et la jurisprudence (4) commencèrent par faire de ces créances du véritable passif de masse, étant entendu que dans ce cas, la justification du droit de préférence reposait sur l'existence de la personnalité morale de la masse.

Cette façon de procéder ne fit cependant pas l'unanimité et quelques auteurs, estimant que ce passif incombait moins à la masse qu'au débiteur, tentèrent d'expliquer ce droit de préférence par l'idée de privilège.

(2) Thaller, "Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite", Rev. Crit. 1881, p.630.

(3) Thaller, préc., p.630.

(4) Voyez par ex., Rouen 23 nov. 1857, D.P.1858.2.182 ; Civ. 7 avril 1857, D.P.1857.I.171 ; Req. 4 janvier 1858, D.P. 1859.I.198.

Avec la redécouverte de la personnalité morale de masse en 1956, la majorité de la doctrine convint qu'il était absurde d'empêcher ces créanciers d'agir sur le patrimoine du débiteur. Tout en conservant la terminologie de "créancier de la masse", elle admit, par conséquent, que les créanciers qui avaient traité avec le syndic étaient à la fois les créanciers de la masse personne morale et les créanciers du débiteur. Le droit de préférence, quant à lui, était présenté, selon le patrimoine considéré, tantôt comme l'effet de la personnalité morale de la masse, tantôt comme le résultat d'un privilège (5).

281

Cette solution n'est pas acceptable. D'une part, il s'agit ici de faux créanciers de la masse qui, n'étant que les créanciers du débiteur, ne bénéficient d'un droit de préférence que sur le patrimoine de ce dernier. D'autre part, la justification de cet état de choses ne repose pas sur l'idée de privilège. Elle n'est pas davantage issue, comme le soutient de plus en plus souvent la doctrine moderne, de considérations pratiques. D'ailleurs cette dernière explication n'en est pas une.

"Un système juridique ne peut pas trouver sa justification dans la seule utilité ou dans la seule équité, notions purement subjectives à celui qui les propose. Il doit encore s'intégrer dans l'ensemble de notre système juridique, et ne pas apparaître comme une construction artificielle un peu baroque, élevée pour satisfaire un cas particulier" (6).

En réalité, aussi paradoxal que cela puisse paraître, la justification de ce droit de préférence réside dans la personnalité morale de la masse. Il n'est bien sûr pas question de revenir au système initial ; il s'agit en l'occurrence exclusivement de dettes du débiteur. Mais il paraît possible de tirer de la personnalité morale de la masse, l'engagement "que, sans garantir personnellement le règlement de pareilles dettes, la masse accepte qu'elles soient payées en priorité sur l'actif du débiteur" (7).

(5) Cf. infra p.371 , n°283.

(6) Meller, préc., p.12.

(7) H.J. Lucas, "Le patrimoine de la masse des créanciers", R.T.D.Co. 1969, p.914, n°38.

A) L'impossibilité de justifier le droit de préférence des faux créanciers de la masse à partir de l'existence d'un privilège ou de l'article 89 de la loi de 1967

282

La première explication qui vient à l'esprit est l'article 89 de la loi du 13 juillet 1967 en vertu duquel "le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation des biens, des secours qui auraient été accordés au débiteur ou à sa famille, et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances vérifiées et admises". Il suffirait pour cela de s'autoriser de la distinction faite entre les frais et les dépenses pour inclure dans ces dernières celles résultant de la poursuite des contrats après l'ouverture de la procédure.

A vrai dire, ce raisonnement n'est que la transposition de celui présenté par M. Meller à propos de l'ancien article 565 du Code de commerce, et les raisons qui ont conduit cet auteur à l'écarter sont toujours fondées.

M. Meller estime, et ceci vaut tout aussi bien pour l'article 89, que cette explication est inadmissible. "D'abord en ce qu'elle prête à de simples mots une intention que rien ne permet d'affirmer avoir été celle des rédacteurs de la loi, et c'est pour cela que les arguments de texte n'ont jamais bien grande force probante, et surtout parce que l'article 565 a une tout autre explication. Il se borne à rappeler, en matière de faillite, un principe d'une portée bien générale, en vertu duquel, quand le patrimoine d'un débiteur, ou la valeur d'un de ses biens en particulier, doit être réparti entre tous les créanciers : doivent être payées par priorité les créances affectées d'une cause légitime de préférence" (8).

Au surplus, sachant que l'article 89 substitue à l'expression "dépenses de l'administration de la faillite", qui figurait dans l'article 565, celle de "dépens de la liquidation des biens", il n'y a plus aucune raison

(8) Meller, préc., p.15.

d'hésiter. Ce n'est pas dans ce texte que se trouve l'explication du droit de préférence des faux créanciers de la masse (9).

283

Devant ce constat d'échec, une partie de la doctrine (10) a cherché alors dans le privilège des frais de justice et dans celui du conservateur, l'argument qui lui faisait défaut.

Les auteurs qui recourent au privilège des frais de justice pour justifier ce droit de préférence, soulignent que les créances postérieures au jugement déclaratif "sont nées dans le cadre d'une administration confiée à un mandataire de justice" (11). Dès lors, pour peu que l'on admette que les "frais de justice" recouvrent tous les actes faits sous l'autorité de la justice, il en découle que le privilège ne se limite pas aux frais de la procédure mais qu'il affecte aussi l'ensemble des dépenses nécessaires pour tirer le meilleur parti possible de l'actif de la faillite (12).

Cette idée, reprise dans un jugement du Tribunal de commerce d'Alençon (13), n'est pas convaincante, et cela pour de nombreuses raisons.

Tout d'abord, d'un point de vue strictement juridique, il faut rappeler que les privilèges sont de droit étroit, de sorte que l'on ne peut songer sérieusement à y inclure l'ensemble des dépenses nées au cours de la faillite. "Le privilège des frais de justice ne vise pas indistinctement tous les frais qui ont profité à l'ensemble des créanciers, mais seulement ceux d'entre eux engagés soit au cours d'une procédure : tels les frais de saisie, de vente ou de distribution du prix, frais d'exercice des actions du failli, soit pour conserver le gage des créanciers, sans doute, mais pour le conserver au sens juridique du terme, pour empêcher que certains biens du débiteur ne soient détournés. Tels sont les frais d'opposition et de levée des scellés, les frais d'inventaire, de séquestre et de compte" (14).

(9) A. Brunet, préc., p.126, n°88.

(10) Voyez par ex., H.J. Lucas, préc., n°40.

(11) R. Houin, obs. R.T.D.Co. 1965, p.187.

(12) En ce sens, R. Houin, préc.

(13) Trib. co. d'Alençon 5oct. 1964, J.C.P. 1965.II.14034, obs. J.A., R.T.D.Co. 1965, p. 187, n°34, obs. R. Houin.

(14) Meller, préc., p.29.

Ensuite, à supposer que ce privilège soit reconnu aux faux créanciers de la masse, ils n'en retireront pas le bénéfice espéré. Non seulement, il ne porte que sur les biens qui ont fait l'objet des frais, mais encore, et M. Meller le souligne, "les frais de justice ne sont pas tant une dette privilégiée du débiteur poursuivi, qu'une dette personnelle aux créanciers poursuivants, en raison de l'avantage que leur a valu la procédure pour laquelle les frais leur sont réclamés. Il s'ensuit qu'en seront seuls débiteurs les créanciers qui auront participé à la distribution du prix retiré à la vente des biens" (15).

D'un point de vue logique maintenant, ce raisonnement est incompatible avec la jurisprudence qui, d'une part, limite le droit de préférence à la durée de la procédure (16) et qui, d'autre part, utilise le privilège des frais de justice pour opérer un classement entre les faux créanciers de la masse. M. Hardouin le note très justement, "on voit mal comment le même privilège pourrait justifier à la fois, la préférence accordée à tous les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture et celle dont certains d'entre eux bénéficient par rapport aux autres" (17).

284

Pourquoi alors ne pas recourir, comme il l'a parfois été suggéré (18), au privilège du conservateur, en remarquant que les faux créanciers de la masse ont certainement contribué à conserver le gage des créanciers dans la masse et qu'ainsi, devenus les créanciers des créanciers antérieurs, ils peuvent exercer les droits de leurs débiteurs sur le patrimoine du failli ?

C'est en ce sens que s'est prononcée le 31 juillet 1963 la Cour d'appel de Besançon. Elle décide que les créances privilégiées du Trésor, antérieures au jugement déclaratif, ne passent qu'après les créanciers de la masse : "que pour une raison d'équité évidente, on a toujours considéré que ces derniers créanciers qui par leur travail ou leurs prestations ont

(15) Meller, préc., p.30.

(16) Sur cette jurisprudence, voyez infra n° 407, p. 312 et s.

(17) M. Hardouin, thèse préc., p.78, n°68.

(18) Wahl, Cours de droit commercial, 1932-33 ; H.J. Lucas, préc., n°40.

empêché de disparaître et conservé la chose affectée à la garantie des créanciers dans la masse et des créanciers privilégiés, doivent être payés les premiers ; que cette règle d'équité est au surplus consacrée par le Code civil, qui dans son article 2102-3° a créé un privilège en faveur de celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose" (19).

Cependant, là encore, cette solution n'est qu'un pis-aller. Outre le fait que cette explication, comme la précédente, ne permet pas de justifier l'extinction du droit de préférence avec la clôture de la procédure, la notion de "conservation" utilisée ici, ne correspond en rien à celle admise ordinairement. Il est notoire, en effet, que même dans le cas où les frais ont été engagés après le jugement déclaratif, "le privilège ne peut être exercé que si la chose conservée est nettement déterminée et si les frais ont assuré la conservation de la chose et non pas seulement son entretien ou son amélioration" (20).

B) Les justifications possibles : l'enrichissement sans cause et la personnalité morale de la masse

285

L'utilisation des privilèges du droit civil s'avère donc sans lendemain. Cependant l'idée qui inspirait cette démarche, idée selon laquelle nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, est toujours présente. C'est à elle que font allusion les arrêts qui précisent que la continuation d'exploitation se fait "dans l'intérêt de la masse des créanciers" ; c'est encore elle qui justifie l'existence des privilèges pour frais de justice et pour frais de conservation. Dans ces conditions, à défaut de privilège adapté au problème, pourquoi ne pas recourir directement à la notion d'enrichissement sans cause ?

(19) C.A. de Besançon 31 juillet 1963, R.T.D.Co. 1964, p.852, n°38, obs. R. Houin, Rev. des Syndics 1963, p.349.

(20) Ripert et Roblot, t.II, n°3184.

286

Les auteurs qui envisagent cette explication, concluent en général à son rejet. Ils insistent, en premier lieu, sur le caractère indispensable que revêt l'enrichissement des créanciers dans la masse. Partant, ils en déduisent que, lorsque la continuation d'exploitation se solde par un échec ou par une opération blanche, "les faux créanciers de la masse nés de la poursuite du commerce ne pourraient pas être payés en priorité sur l'actif du débiteur puisque ses autres créanciers ne se seraient pas enrichis"(21). En outre, ajoutent-ils, "il faudrait, pour pouvoir payer les faux créanciers de la masse en cours de procédure, présumer qu'il y aura, à la clôture de la procédure, un enrichissement des autres créanciers du débiteur" (22).

La deuxième objection réside dans le fait que, "même si les autres créanciers du débiteur se sont réellement enrichis grâce à l'activité de l'appauvri, rien ne permet d'affirmer que cet enrichissement est dépourvu de cause. En effet, l'enrichissement des créanciers antérieurs au jugement déclaratif possède une contrepartie : la contre-prestation qu'ils ont fournie au débiteur avant sa mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, puisque dans le meilleur des cas le dividende qu'ils toucheront sera égal au montant de leur créance" (23).

Enfin, dernière critique à l'utilisation de l'action de in rem verso, ces auteurs soutiennent que l'insolvabilité du débiteur et son dessaisissement, même s'ils rendent inopérante l'action qui pourrait être utilisée contre lui, n'autorisent pas les faux créanciers de la masse à se prévaloir de l'enrichissement sans cause (24).

287

Eliminons immédiatement l'argument reposant sur la non-subsidiarité de l'action de in rem verso. Il est admis depuis longtemps (25) que lorsqu'une action de droit est inutilisable pour des raisons pratiques, l'action d'enrichissement sans cause est recevable.

(21) A. Brunet, thèse préc., p.130, n°92 ; en ce sens, Meller, préc., p.38.

(22) A. Brunet, thèse préc., p.130, n°92.

(23) A. Brunet, thèse préc., p.130, n°92.

(24) En ce sens, Meller, préc., p.40.

(25) Voyez par ex., Req. 11 septembre 1940, S.1941.I.121, note Esmein ; cf. aussi supra p. 257, n°201.

Quant aux deux autres motifs, ils nous paraissent inadaptés. Effectivement, si les créanciers dans la masse voient l'actif de la faillite stagner ou diminuer, il est difficile d'admettre que les prestations contractuelles postérieures au jugement déclaratif les aient enrichis. De plus, il est vrai que le versement des dividendes, quels qu'ils soient, trouve sa cause dans l'existence de créances vérifiées et admises. Mais ceci n'a rien à voir avec la question ; il ne s'agit pas de savoir si les créanciers dans la masse percevront un dividende et pour quelle raison, il s'agit de savoir si d'une part, au jour de l'exécution du contrat, la masse représentant du débiteur, obtient un avantage, et si d'autre part, il existe un quelconque motif pour ne pas payer intégralement ces prestations.

Ces deux questions s'étaient déjà posées à propos des contrats dont l'exécution est intervenue après l'ouverture de la procédure mais avant toute manifestation du syndic. Dans ce cas s'il convenait de distinguer, à propos de l'action de in rem verso, entre l'exécution spontanée et l'exécution forcée, il était tout du moins certain, qu'il y avait bien là un enrichissement de la masse et un appauvrissement corrélatif du cocontractant, sans que la loi d'égalité puisse en aucune manière le justifier (26).

Le même raisonnement doit être repris ici car, de la même façon qu'il ne viendrait à l'idée de personne d'assujettir le jeu du privilège des frais de justice ou du conservateur à l'évolution ultérieure du patrimoine du débiteur, c'est au jour de l'exécution du contrat que doit être apprécié l'enrichissement de la masse. Or, au moment où cette exécution intervient, il est évident qu'un paiement en monnaie de faillite aurait pour effet immédiat d'enrichir le failli et d'appauvrir celui du cocontractant, sans que la loi d'égalité puisse l'expliquer. En effet, si cette loi a pour finalité une répartition équitable du déséquilibre patrimonial existant au jour du jugement déclaratif, il est impossible de s'en prévaloir pour justifier un accroissement de la charge du cocontractant postérieurement à l'ouverture de la procédure. Quant à l'ultime objection consistant à souligner que cet enrichissement ne peut que se réaliser dans le patrimoine du failli et en aucun cas dans le patrimoine de la masse,

(26) Cf. supra, p. 252, n° 196 et s.

elle n'est pas non plus déterminante. En réalité, "chaque fois qu'après le jugement déclaratif un tiers règle une dette dont il se croit, à tort, débiteur envers le failli ou gère les affaires de celui-ci, ou encore procure à son patrimoine un enrichissement sans cause, la masse, qui représente le débiteur dessaisi, en tire profit" (27).

Apparemment toutes les conditions requises pour l'utilisation de l'action de in rem verso sont donc remplies. Il semblerait dès lors possible de justifier le droit de préférence des faux créanciers de la masse sur le patrimoine du débiteur, en se référant à la notion d'enrichissement sans cause, étant entendu que "dans le cas particulier de la faillite, le demandeur ne regarde pas par-delà le patrimoine de son cocontractant défaillant, mais par-delà la personnalité de celui-ci. Ce n'est pas un enrichissement sans cause avec interposition d'un tiers patrimoine ; c'est un enrichissement sans cause avec interposition d'une tierce personne" (28).

288

A notre avis, cependant, cette explication est inutile car l'article 38 de la loi de 1967, combiné à la personnalité morale de la masse, permet d'apporter à la question une solution satisfaisante.

La référence ainsi faite à la personnalité morale de la masse pour justifier le droit de préférence des faux créanciers de la masse sur le patrimoine du débiteur, peut paraître de prime abord paradoxale, dans la mesure où elle aboutit d'ordinaire à faire des créances apparues du chef du syndic, de véritables créances de masse. M. Meller, par exemple, après avoir démontré l'existence de la personnalité morale de la masse, en déduit qu'elle "pourra, par l'intermédiaire du syndic, conclure tous les contrats qui seront nécessaires à la bonne marche de la faillite" (29). Dès lors, toujours selon cet auteur, "ayant contracté avec un être juridique indépendant assez semblable, tout au moins quant à sa structure, à une société anonyme, les cocontractants du syndic seront les créanciers de la masse de la même façon qu'ils pourraient l'être d'une société. Pour obtenir leur

(27) A. Brunet, thèse préc., p.193.

(28) A. Brunet, thèse préc., p.206, n°142.

(29) Meller, préc., p.85.

paiement, ils auront sur l'actif de la masse, comme sur le capital d'une société, indépendamment, bien entendu, de toutes les sûretés particulières qui pourraient leur être reconnues par la loi ou accordées par le syndic, le droit général de gage de l'article 2093 du Code civil" (30).

Il n'est pas question de revenir à cette théorie ; elle est inacceptable. Lorsque le syndic reprend un contrat, il fait passer la masse de la qualité de tiers à celle de représentant du débiteur (31). Par conséquent, n'engageant pas son patrimoine mais celui du failli (32), il ne donne lieu qu'à de fausses créances de masse.

Mais il est une autre façon de considérer la personnalité morale de la masse . Pourquoi ne pas admettre que, s'agissant des obligations résultant des contrats continués ou conclus pour le compte du débiteur, il existe un engagement de la masse, consistant, non pas à garantir personnellement le règlement de pareilles dettes, mais à ce qu'elles soient payées par préférence sur l'actif du débiteur ? (33).

Rien dans l'article 38 ne permet d'écarter cette analyse. Bien au contraire, en assujettissant l'exécution des contrats à la fourniture de "prestation promise à l'autre partie", cet article garantit aux faux créanciers de la masse le paiement intégral des créances acquises dans le cadre de la reprise. Pour s'en persuader, il suffit de reprendre l'ensemble de l'argumentation développée à propos du problème du paiement de l'arriéré (34). Les raisons ayant conduit au rejet de cette prétention ne peuvent s'appliquer ici. En particulier, la loi d'égalité des créanciers ne peut plus être utilisée pour limiter le principe de la force obligatoire des contrats.

Quant à la situation de la masse des créanciers, elle se comprend fort bien. Tenue de par le texte et de par l'équité d'assurer aux faux créanciers de la masse le complet paiement de leurs prestations, et n'engageant pas son propre patrimoine puisqu'elle est alors le représentant du débi-

(30) Meller, préc., p.86.

(31) Cf. supra p.16, n°12.

(32) Cf. supra p.16 et s.

(33) Sur cette idée, voyez H.J. Lucas, préc., n°48.

(34) Cf. infra p.193 et 194, n°151 et 152.

teur, elle n'a d'autre solution que de consentir à ces créanciers un droit de préférence. Celui-ci affecte le patrimoine du débiteur tout en s'inscrivant au passif du patrimoine de la masse (35).

§ 2 : Le régime du droit de préférence

289

Dire que les faux créanciers de la masse bénéficient, de par l'engagement du syndic, d'un privilège qui porte sur tous les éléments de l'actif mobilier et immobilier du débiteur ne suffit pas. Il faut encore, d'une part, préciser le rang de ce privilège et, d'autre part, envisager l'hypothèse où les faux créanciers de la masse, confrontés à un actif insuffisant, entreraient en conflit avec eux.

A) Le rang du droit de préférence

290

Les créanciers du débiteur, auxquels risquent de se heurter les faux créanciers de la masse, sont soit dotés d'un privilège général, soit titulaires d'une sûreté spéciale. En principe le classement s'opère comme suit: "les créanciers du débiteur dont le droit est né du chef du syndic après le jugement déclaratif ont le droit d'être payés sur la patrimoine du débiteur avant les créanciers dans la masse, y compris les créanciers titulaires d'un privilège général, notamment le Trésor" (36). Par contre, ils sont primés "par les créanciers titulaires d'une sûreté immobilière spéciale, ou d'une sûreté mobilière spéciale affectée d'un droit de rétention, à moins qu'ils n'aient contribué à la conservation ou à la réalisation du bien grevé" (37).

291

Si l'unanimité de la doctrine admet actuellement que les faux créanciers de la masse puissent être payés sur le patrimoine du débiteur en état

(35) En ce sens, H.J. Lucas, préc., n°38.

(36) Ripert et Roblot, t.II, n°2967.

(37) Ripert et Roblot, t.II, n°2967.

de liquidation des biens ou de règlement judiciaire avant les créanciers dans la masse, fussent-ils dotés d'un droit de poursuite individuelle comme le Trésor; cette idée, non seulement s'est imposée difficilement devant les tribunaux, mais encore il semble même qu'elle soit aujourd'hui remise en cause.

C'est bien entendu la situation du Trésor qui a commencé par diviser la jurisprudence. A priori pourtant, la question paraissait claire ; interrogé sur la possibilité qu'avait le Trésor de saisir, pour une créance antérieure au jugement déclaratif, "les sommes revenant à la masse à la suite de travaux exécutés après le jugement", le ministre des Finances et des Affaires économiques avait, le 3 juillet 1959, répondu par l'affirmative, mais en précisant : "toutefois, le Trésor ne peut prétendre à être payé avant les créanciers de la masse que sur les bénéfices réalisés au cours de la continuation de la gestion du fonds de commerce du débiteur... L'administrateur au règlement judiciaire est fondé, en effet, à payer sur les recettes d'exploitation, avant la créance privilégiée du Trésor telle qu'elle est fixée au jour du règlement judiciaire, les achats de matières premières, de marchandises, les frais de fabrication, de transformation et de vente ainsi que les frais généraux nécessaires à la continuation de l'exploitation y compris les impôts dus à raison de cette continuation" (38).

Certains tribunaux, cependant, n'admirent pas ce raisonnement. La Cour d'appel de Rouen, notamment, décida dans un arrêt du 20 janvier 1962 (39), que les créanciers de la masse ne bénéficiaient d'aucun privilège sur l'actif du débiteur et qu'ils étaient mal fondés à prétendre être payés sur le prix provenant de sa vente par préférence à l'Administration des douanes. Le 16 mars 1965, la Chambre commerciale cassa cet arrêt en précisant que, "si le débiteur déclaré en état de règlement judiciaire est autorisé... à continuer l'exploitation de son commerce, les tiers qui ont traité avec lui sont créanciers de la masse et comme tels bénéficient d'un droit de préférence par rapport à tous les autres créanciers" (40). Cette solu-

(38) J.O. Parlementaire, A.N. du 3 juillet 1959, p.1281.

(39) C.A. de Rouen 20 janvier 1962, R.T.D.Co. 1962, p.485, obs. R. Houin.

(40) Cass. com. 16 mars 1965, R.T.D.Co. 1965, p.660, D.1966 63.

tion, tout à fait exacte, ne s'appuie malheureusement sur aucune justification et ceci explique peut-être qu'elle ait dû être réaffirmée, toujours dans la même affaire, le 26 juin 1968. "Attendu que l'autorisation que la justice a, conformément à la loi, donnée au débiteur, assisté de son administrateur au règlement judiciaire, de continuer l'exploitation de son commerce dans l'intérêt de tous les créanciers, a pour effet de grever l'actif du règlement judiciaire des dettes de cette exploitation continuée ; d'où il suit que les tiers, qui ont traité avec le débiteur dans ces circonstances, sont créanciers de la masse et peuvent, comme tels, exercer leurs droits avant tous autres créanciers" (41).

292

Quelques auteurs ont vu dans ces arrêts la preuve que "l'intérêt de la masse" constitue à lui seul une motivation suffisante. En effet, selon eux, l'apparition des faux créanciers de la masse est destinée à procurer au Trésor, comme aux créanciers dans la masse, un avantage car l'augmentation de l'actif du débiteur en état de liquidation des biens ou de règlement judiciaire accroît les chances de remboursement de ses créanciers chirographaires et titulaires de privilèges généraux (42). Ceci n'est que partiellement exact. Il est vrai que l'exécution d'un contrat, postérieurement au jugement déclaratif, procure à la masse des créanciers, via le patrimoine du débiteur, une chance accrue de remboursement. Qui plus est, cet avantage doit être apprécié indépendamment du résultat de la poursuite d'exploitation (43). Mais ce raisonnement, s'il concerne la quasi-totalité des créanciers dans la masse, n'est justement pas applicable au Trésor. Supposons, par exemple, que dans le cadre d'une liquidation des biens, le Trésor ait pu obtenir son paiement sur l'actif du débiteur tel qu'il existait au jour du jugement déclaratif, mais qu'il n'ait pas immédiatement exercé son droit de préférence ; est-il encore possible, à partir du seul "intérêt de la masse", d'affirmer que "même dans ce cas, le Trésor devra subir le droit de préférence des faux créanciers de la masse" ? Assurément non ; "l'intérêt de la masse" n'est, dans cette hypothèse d'aucune utilité, ceci

(41) Cass. com. 26 juin 1968, D. 1969 24.

(42) En ce sens, R. Houin, R.T.D.Co. 1969, p.219, n°83 ; J.A. note sous Alençon 5 octobre 1964, J.C.P. 1965 14033.

(43) Cf. supra p. 374, n°286 et s.

du moins s'il est dissocié de l'engagement de la masse. Qui plus est, son emploi exclusif risque d'engendrer dans ce cas une distinction regrettable entre les biens acquis pendant la continuation d'exploitation et ceux qui l'ont été avant.

293

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de renvoi est d'ailleurs une excellente illustration de l'insuffisance de cette explication et de ses effets pervers. A partir de constatations identiques à celles de la Chambre commerciale, et qui ne sont que le développement de la notion d'intérêt de la masse, la Cour d'appel de Reims va bâtir un système dont la cohérence n'a rien à envier à celui de la Cour de cassation, et qui, pourtant, aurait abouti au résultat inverse de celui recherché si les faits de l'espèce n'avaient pas revêtu un tour particulier. A première vue, rien ne permet de différencier le raisonnement de la Cour d'appel de celui présenté par la Chambre commerciale ; les prémisses sont les mêmes, à savoir "que la gestion du débiteur en état de règlement judiciaire a pour but de conserver et éventuellement d'augmenter la valeur de l'actif de façon à permettre aux créanciers de toucher le dividende le plus élevé possible ; que les dépenses nécessitées par cette gestion doivent être payées par l'administrateur par priorité sur l'actif du règlement judiciaire, les effets des actes d'exploitation du fonds de commerce par la masse agissant comme ayant cause du débiteur ne pouvant se réaliser dans le patrimoine du débiteur qu'après déduction des frais exposés par la masse pour les besoins de cette exploitation". Mais là s'arrête la similitude, car l'arrêt de renvoi ajoute aussitôt qu'il n'y a pas de "contradiction à reconnaître à l'Administration des douanes l'exercice du droit de poursuite individuelle en vertu de l'article 1908 du Code général des impôts et à accorder en même temps aux créanciers de la masse un droit de préférence absolu opposable tant aux créanciers dans la masse qu'aux créanciers privilégiés hors la masse ; qu'en effet, les marchandises saisies-arrêtées par l'Administration des douanes n'ont pu être acquises par la société X... postérieurement à sa mise en règlement judiciaire que parce que cette société en état de cessation des paiements a, conformément à l'article 506 du Code de commerce, été autorisée à poursuivre l'exploitation de son commerce avec l'assistance de son administrateur et à l'aide des ouvertures de crédit consenties par les ban-

ques en vue du règlement des traites documentaires, qu'il s'ensuit que c'est bien du chef de la masse que les marchandises sont tombées dans le patrimoine du débiteur et qu'elles sont en conséquence grevées des droits de la masse et de ses créanciers" (44).

Il faut observer que le raisonnement de la Cour de Reims repose uniquement sur le fait que les avances nouvelles fournies par les banques ont servi à dégager les marchandises qui ont été saisies par l'Administration des douanes. Or il est impossible, à partir de la seule notion d'intérêt de la masse, de lui opposer un démenti formel. Pourtant les auteurs qui ont envisagé la question (45), se refusent tous à limiter, face au Trésor, le droit de préférence des faux créanciers de la masse aux seuls biens acquis grâce à leur intervention ; par conséquent, ceci montre, s'il en était besoin, que la notion d'intérêt de la masse ne permet pas de résoudre de manière satisfaisante l'ensemble de la question.

En définitive, aussi curieux que cela puisse paraître, le droit de préférence des faux créanciers de la masse vis-à-vis du Trésor ne peut pas toujours être justifié à partir d'arguments pratiques. Par contre, en recourant à l'engagement de la masse, la classification opérée par la Chambre commerciale en 1956, puis ratifiée par la doctrine, est la seule qui soit concevable ; tous les créanciers dans la masse, fussent-ils, comme le Trésor, dotés d'un droit de poursuite individuelle, sont primés par les faux créanciers de la masse.

294

L'objection majeure que fait la doctrine à ce système, est de ne pas rendre compte de la situation faite au Trésor par la jurisprudence. Comment, fait-elle observer, justifier que pour les tribunaux, "les faux créanciers de la masse obtiennent son paiement, sur les biens du débiteur, avant les créances titulaires d'un privilège général qui sont demeurées en dehors de la masse, c'est-à-dire, en pratique, avant le Trésor qui, exerçant son droit de poursuite individuelle, ne fait pas partie de la masse ?" (46).

(44) C.A. de Reims 12 mai 1970, R.T.D.Co. 1971, p. 775, obs. R. Houin.

(45) Voyez par ex., A. Brunet, thèse préc., p.246, n°173 ; R. Houin, R.T.D.Co. 1970, p.775.

(46) A. Brunet, thèse préc., p.125, n°87.

Il y a plusieurs façons de répondre à cette critique. La plus évidente consiste à tirer parti des errements récents de la jurisprudence. En effet, dans un arrêt du 7 mai 1979, conforté d'ailleurs par plusieurs décisions ultérieures, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé "que les créanciers bénéficiant d'un privilège général mobilier font partie de la masse et que les sommes litigieuses qui représentent tout ou partie des dettes sociales doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leurs créances" (47). A s'en tenir à cette décision, le principe paraît donc acquis : le Trésor est toujours un créancier dans la masse, et ceci explique qu'il soit tenu de respecter les engagements de celle-ci, en particulier le droit de préférence consenti aux faux créanciers de la masse.

295 Il n'est pourtant pas possible d'en rester là. D'une part, cet arrêt, qui permet au Trésor d'exercer son privilège sur l'actif de la masse, est inacceptable. Il est vrai que tous les créanciers du failli peuvent se partager le patrimoine de la masse, pour peu que leurs créances aient été vérifiées et admises ; mais ce n'est que tous réduits à leur seul état de créanciers chirographaires (48). En effet, non seulement les privilèges sont de droit strict, mais de plus il ne faut pas oublier que "distinguer le patrimoine de la masse de celui du débiteur, c'est d'abord admettre que les créanciers dans la masse ne peuvent appliquer à l'un les avantages qu'ils tireraient de l'autre, mais c'est admettre aussi que leurs rapports respectifs ne sont pas de la même nature selon le patrimoine qu'il leur est donné de se répartir" (49). D'autre part et surtout, il ne nous paraît pas possible d'affirmer, à partir de cet arrêt, que le Trésor est systématiquement un créancier dans la masse. Effectivement, certains auteurs (50) estiment aujourd'hui que le Trésor est intégré à tous égards à la masse

(47) Cass. com. 7 mai 1979, D. 1979 431, note F. Derrida et J.P. Sortais.

(48) En ce sens, F. Derrida et J.P. Sortais, préc.

(49) H.J. Lucas, "Le patrimoine de la masse des créanciers", R.T.D.Co.1969, p. 931, n°70.

(50) Voyez par ex., M. Cozian, R.T.D.Co. 1959, p.851 ; T.G.I. Nice, Ord. Réf. 7 juillet 1971, D. 1971 682, note A. Pirovano.

et il serait commode d'exploiter ce point de vue pour justifier la solution préconisée. Cependant il nous semble préférable d'adopter une position plus nuancée : "l'appartenance du Trésor à la masse dépend de son propre comportement. Si dans la liquidation des biens ou après la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens, le Trésor manifeste sa volonté d'agir seul comme il en a le droit, alors il quitte la masse" (51).

296

Reste alors à expliquer comment un créancier dont l'appartenance à la masse n'est pas permanente peut se voir opposer un droit de préférence issu justement de l'engagement de cette masse. En réalité la réponse est simple ; lorsque le Trésor exerce son droit de poursuite individuelle, les créanciers avec lesquels il va se trouver en concours vont invoquer un droit de préférence acquis à une période où il était encore un créancier dans la masse. Or rien ne lui interdisait à l'époque de se payer directement sur le patrimoine du débiteur ; s'il ne s'y est pas résolu, c'est que ce patrimoine lui semblait insuffisant et qu'il espérait que la continuation d'activité apporterait une amélioration. Mais ce faisant, la liberté de comportement dont il jouissait le rend, plus que tout autre, solidaire des engagements de la masse qu'il a volontairement cautionnés en n'agissant pas. Dès lors, il serait particulièrement illogique de lui assurer une situation privilégiée vis-à-vis de créances qu'il a, sinon partiellement contribué à créer, du moins avalisées par son comportement. Autrement dit, admettre que le Trésor soit exclu de la masse lorsqu'il exerce son droit de poursuite individuelle, ne signifie nullement qu'il puisse ignorer les engagements pris par la masse à une époque où il en faisait partie.

D'aucuns nous rétorqueront certainement que le droit de préférence des faux créanciers de la masse n'est pas toujours établi au moment où le Trésor exerce son droit de poursuite individuelle, qu'il se peut notamment que le syndic conclut par la suite de nouveaux contrats et que dès lors, on voit mal pourquoi les créances en résultant pourraient être opposables à un créancier en dehors de la masse. A ceci il faut répondre tout d'abord qu'il est fort improbable en pratique que le problème puisse se poser. En

(51) A. Brunet, thèse préc., p.11, n°10.

effet, de deux choses l'une, ou bien le Trésor a reçu, par le biais de son droit de poursuite individuelle, le complet paiement de sa créance, et il ne pourra par conséquent entrer en conflit avec les faux créanciers de la masse apparus postérieurement ; ou bien l'actif du débiteur s'est avéré insuffisant pour le désintéresser totalement, et l'on voit mal dans ces conditions comment, faute d'actif, dans le cadre d'une liquidation des biens, le syndic pourrait courir le risque de passer de nouveaux contrats.

297

Il se peut cependant que, pour des raisons d'ordre économique ou social, le Trésor évite de poursuivre le recouvrement de sa créance sur la totalité du patrimoine du débiteur et n'obtienne ainsi qu'un paiement partiel. Dans ce cas, il risque effectivement de se trouver par la suite en conflit avec de faux créanciers de la masse apparus postérieurement à l'exercice de ce droit de poursuite. Mais là encore, le problème n'est pas insurmontable. Le Trésor, dans la mesure où son droit de poursuite ne lui assure pas un paiement complet, doit être considéré pour la partie de sa créance non éteinte comme un créancier dans la masse. En d'autres termes, si le Trésor s'exclut de la masse lorsqu'il exerce son droit de poursuite individuelle, il y fait retour lorsque cet exercice s'avère insuffisant pour le désintéresser totalement. Partant, les engagements à venir de la masse lui seront opposables comme à tous les créanciers dans la masse.

Cette analyse suscitera certainement de nombreuses objections et il sera sans doute soutenu que le Trésor ne peut, par une sorte de va-et-vient dont il userait à sa guise, tantôt quitter la masse, tantôt la réintégrer. Il faut, dira-t-on, trancher ; ou bien le Trésor renonce à son droit de poursuite individuelle et c'est un créancier dans la masse, ou bien il s'en sert et dans ce cas il est définitivement hors de la masse. En aucun cas, il ne peut être alternativement créancier dans la masse et créancier hors de la masse (52). Cette critique, cependant, n'est pas déterminante car elle repose sur un postulat qui, non seulement conduit à des solutions impraticables, mais qui de plus est contredit de façon radicale par le sort réservé à certains créanciers dotés d'un privilège réel immobilier.

(52) En ce sens, F. Derrida et J.P. Sortais, D.1979 435, note 29.

En premier lieu, s'il était vrai que le Trésor fut exclu définitivement de la masse des créanciers après avoir exercé son droit de poursuite individuelle, il faudrait alors en déduire qu'il ne pourrait jamais, pour la partie de sa créance demeurée impayée, participer aux distributions de dividendes, ni a fortiori obtenir une quelconque fraction du patrimoine de la masse, fût-ce en qualité de créancier chirographaire. Il va de soi en effet que cette dernière répartition ne peut être faite qu'au profit des créanciers dans la masse. Or il n'en est rien ; personne n'a jamais soutenu sérieusement que le Trésor soit démuné de tout droit sur le patrimoine de la masse. Bien au contraire, la polémique qui agite actuellement la doctrine et la jurisprudence sur le point de savoir si le Trésor peut exercer son privilège général sur le patrimoine de la masse, suppose, pour que la discussion ait un sens, que ce créancier ait a priori vocation à recueillir une fraction de ce patrimoine et que donc il soit à cette époque un créancier dans la masse.

D'autre part, il est possible de tirer parti du régime appliqué aux créanciers dotés d'une sûreté réelle spéciale, par exemple une hypothèque. Il est admis depuis fort longtemps (53) que, lorsque l'assiette de sa sûreté s'avère insuffisante, un tel créancier devient un créancier chirographaire pour le solde impayé de sa créance. Dès lors, mutatis mutandis, pourquoi ne pas reprendre la même démarche à propos du Trésor ? Celui-ci sort effectivement de la masse lorsqu'il exerce son droit de poursuite individuelle mais il la réintègre lorsque l'objet de sa poursuite ne peut éteindre la totalité de sa créance. Il est vrai que dans ce cas, la créance qui subsiste bénéficie d'un privilège général, mais cela s'explique par le jeu des articles 1920 et suivants du C.G.I. et surtout n'altère en rien le fait que le Trésor soit un créancier dans la masse.

Au surplus, ce système n'a rien de choquant, car l'on voit mal pourquoi le Trésor devrait abandonner de façon définitive la partie de sa créance impayée. Pour cette dernière, en effet, tout se passe comme si le droit de poursuite individuelle n'avait pas été exercé. Par conséquent, de même

(53) Voyez Req. 17 nov. 1862, D.1863.I.305, Ripert et Roblot, t.II, n°2986.

que sont compris dans la masse les créanciers chirographaires, y compris les créanciers dotés d'une sûreté réelle spéciale, pour la partie de leur créance non couverte par une sûreté, il faut y inclure la totalité des créanciers dotés d'un privilège général, y compris le Trésor lorsqu'il n'a pas exercé son droit de poursuite ou que celui-ci s'est avéré insuffisant. En définitive, il ne peut donc exister de conflit entre un faux créancier de la masse et le Trésor. Celui-ci, quelle que soit la période considérée et quels que soient les précédents éventuels qu'aura connu l'exercice de son droit de poursuite, sera lié par les engagements de la masse car il aura été pour la créance qu'il invoque, créancier dans la masse jusqu'au moment où il décide de profiter de ses prérogatives exorbitantes du droit commun.

298

Dans ces conditions, l'évolution amorcée très récemment par la Chambre commerciale est tout à fait regrettable. En effet, le 26 avril 1979 (54), la Cour de cassation a bouleversé les solutions antérieurement admises en décidant que les créances superprivilégiées des salariés devaient être réglées avant les fausses créances de masse. Pour justifier cette solution, la Cour suprême se fonde sur les termes de l'article 51 de la loi du 13 juillet 1967, dont l'alinéa 1 enjoint au syndic de payer dans les dix jours, sur simple ordonnance du juge commissaire, les créances superprivilégiées dès lors qu'il détient les fonds nécessaires, et dont l'alinéa 2 impose le paiement immédiat, dans la mesure des fonds disponibles, d'une somme égale à un mois de salaire impayé .

M. Derrida le souligne à juste titre, la position de la Cour de cassation est discutable. "D'une part, aujourd'hui le fondement alimentaire du superprivilège qui justifiait sa prééminence totale et même certaines faveurs exceptionnelles, a disparu depuis que les droits des salariés sont exercés par l'A.G.S., qui y est subrogée, dès lors qu'elle a procédé à leur paiement ; en l'espèce, cet organisme n'était pas intervenu, sans doute parce que le syndic avait eu des fonds disponibles et que l'article 143-11-5 du Code du travail subordonne l'obligation de l'A.G.S. au défaut de disponibilités ; mais précisément et d'autre part, peut-on considérer que le

(54) Cass. com. 26 avril 1979, D. 1980 I.R. 7, obs. F. Derrida.

syndic détient des fonds disponibles lorsque son premier devoir est de régler le passif dit de masse ? L'affectation de ces fonds au paiement de ce passif exclut nécessairement qu'il puisse en disposer au profit des créanciers faisant partie de la masse" (55). Enfin, il est bien évident que le crédit nécessaire à la continuation de l'entreprise va se trouver particulièrement compromis par cette solution qui, de surcroît, est incompatible avec l'évolution jurisprudentielle antérieure ainsi qu'avec les divers projets de refonte du droit des procédures collectives.

299 A l'inverse, les faux créanciers de la masse passent après les créanciers titulaires de sûretés spéciales et ceci se justifie pleinement. D'un point de vue pratique, tout d'abord, il est certain que les premiers, dans la mesure où leur sûreté les protège, ne tirent aucun profit de l'apparition des seconds ; que l'entreprise poursuive ou non ses activités leur importe peu, ils sont de toute façon assurés de recevoir leur paiement. Juridiquement maintenant, cette solution s'explique non seulement par le fait qu'en matière mobilière, les privilèges spéciaux passent avant les privilèges généraux, mais surtout parce que les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale ne font pas partie de la masse ; il ne sont donc nullement concernés par les engagements de cette dernière.

Il existe cependant une limite à ce système : les faux créanciers de la masse priment les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale lorsque leur activité a contribué "à la conservation ou à la réalisation du bien grevé" (56). Il ne s'agit pas là, d'une exception au principe qui vient d'être établi, mais de la possibilité reconnue à tout créancier d'invoquer, soit le privilège du conservateur qui lui permet de primer le créancier nanti sur le bien conservé, soit le privilège des frais de justice qui est opposable au créancier à qui les frais ont été utiles.

C'est essentiellement à propos des rémunérations du syndic que cette situation se rencontre. Le syndic est en effet un faux créancier de la masse lorsque celle-ci agit en tant que représentant du débiteur (57). De plus,

(55) F. Derrida, obs. sous Cass. com. 26 avril 1979, préc.

(56) Ripert et Roblot, n°2967.

(57) Cf. supra p. 19, n° 15 et s.

il "a droit au paiement de ses frais et honoraires par les créanciers à sûretés spéciales dans la mesure où son action leur a profité" (58), car il jouit en la matière du privilège des frais de justice édicté par l'article 2101-1° du Code civil. L'article 76 du décret du 29 mai 1959 prévoit en outre que, si le syndic intervient à la procédure de saisie immobilière opérée par un créancier, il a droit à des honoraires limités au tiers de ceux qui sont prévus lorsqu'il réalise lui-même l'actif.

A cet égard, et pour clore cette question, il faut préciser que, contrairement à ce qu'a décidé la Cour d'appel de Lyon le 17 mars 1969 (59), les dispositions de l'article 76 sont opposables au Trésor. En effet, et M. Cozian a raison de le souligner, "on ne voit pas comment le syndic pourrait exiger des honoraires lorsque l'immeuble est réalisé par un créancier hypothécaire alors qu'on les lui refuserait si c'est le Trésor qui prend l'initiative de la vente" (60). Qui plus est, lorsque le Trésor exerce son droit de poursuite individuelle, il devra non seulement supporter les frais spéciaux qui se rattachent à son initiative, mais encore devra verser au syndic sa quote-part dans les frais généraux de la procédure (61). Il faut tout de même préciser que cette dernière obligation ne concerne que le Trésor (62) et non les créanciers titulaires d'une sûreté réelle ; en effet lui seul pouvait avoir intérêt à l'activité du syndic et surtout lui seul a fait partie de la masse (63).

B) La classification des faux créanciers de la masse

300 Le syndic devra donc, après les créanciers dotés d'un privilège spécial, payer les faux créanciers de la masse. Mais comment ce paiement va-

(58) R. Plaisant, "Honoraires du syndic, privilège pour frais de justice et créanciers de la masse", Rev. des Syndics, 1968, p.277.

(59) C.A. de Lyon 17 mars 1969, J.C.P. 1969.II.16132, note M. Cozian.

(60) M. Cozian, note préc.

(61) Contra, A. Brunet, p.243, n°171.

(62) Contra, M. Cozian, préc. pour qui ce régime concerne aussi les créanciers titulaires d'une sûreté réelle.

(63) Cf. supra p. 382 et 384, n° 294, 295, 296.

t-il s'opérer ? Le syndic devra-t-il tenir compte des droits de préférence invoqués par certains ou pourra-t-il au contraire en faire abstraction et traiter cette catégorie de créanciers sur un pied d'égalité ?

Dans son principe la réponse est évidente ; il n'y a aucune raison tant législative que pratique pour écarter les privilèges dont peuvent profiter les faux créanciers de la masse. Bien au contraire, la très grande majorité des auteurs estime que "dans leurs rapports entre eux, les créanciers de la masse sont en principe sur un pied d'égalité, mais certains peuvent bénéficier d'un droit de préférence, par exemple le Trésor pour des contributions dues en raison de la continuation du commerce" (64).

Les arguments en faveur de cette solution sont multiples. Tout d'abord, comme le note M. Plaisant, "le syndic peut consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement" ; non seulement "aucune disposition de la loi ne limite ses pouvoirs sur ce point" (65), mais encore les articles 52 alinéa 5 et 53 alinéa 2 de la loi de 1967 prévoient expressément cette possibilité en précisant que, si le bailleur peut obtenir la résiliation de son contrat, "lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes", il ne peut, à défaut, "exiger le paiement des loyers en cours ou à échoir si les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou si celles qui lui ont été fournies depuis la cessation des paiements sont jugées suffisantes". Ensuite, et c'est toujours M. Plaisant qui le souligne, prétendre que les faux créanciers de la masse "s'associent en quelque sorte sur un pied d'égalité pour permettre le fonctionnement de la masse, et, en pratique, la continuation de l'exploitation" (66), c'est oublier d'une part que "les privilèges sont accordés par la loi à raison de la qualité de la créance, dans un but de protection" (67), et d'autre part qu'il est interdit à certains créanciers, notamment le Trésor, de renoncer à leur privilège. Enfin, comment le syndic pourrait-il poursuivre l'exploitation si il lui était interdit de consentir aux nouveaux cocontractants un rang préférentiel ?

(64) Ripert et Roblot, t.II, n°2967.

(65) R.Plaisant, note sous Paris 15 janvier 1970, Rev.des Syndics 1970, p.199.

(66) R. Plaisant, note préc.

(67) R. Plaisant, note préc.

La même solution se retrouve en jurisprudence. Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi affirmé dans un jugement du 15 janvier 1970 (68) que "les créanciers à l'intérieur du passif de masse jouissent pleinement des privilèges qui leur sont donnés par la loi et bénéficient dans leurs rapports réciproques des préférences établies par celle-ci". C'est ce que rappelle aussi un arrêt de la Chambre commerciale du 15 février 1971 qui décide "que les créanciers de la masse viennent entre eux selon l'ordre des préférences" (69).

301

Le principe une fois acquis, il est nécessaire maintenant d'établir un classement. Pour ce faire, il suffit de transposer ici les solutions acquises en matière de créances dans la masse.

Les faux créanciers de la masse titulaires d'une sûreté réelle spéciale, par exemple le bailleur qui, comme il a été vu, peut bénéficier d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement, consentis par le syndic, ne posent guère de problème, car le plus souvent chacun de ces faux créanciers possède un gage indépendant de celui des autres. Toutefois, s'il devait exister un conflit entre deux créanciers de ce type, il conviendrait d'appliquer les règles du droit commun.

Quant aux créanciers dotés d'un privilège général, ils ne suscitent pas non plus, a priori, de difficulté particulière. "Les rémunérations garanties par le superprivilège doivent être payées en premier, puis viennent les créances fiscales privilégiées, ensuite sont réglés les salaires et les créances de la sécurité sociale garanties par un privilège. Quant aux créanciers titulaires du privilège des frais de justice, ils priment les créanciers à qui les frais ont été utiles" (70).

302

Cette dernière catégorie de créances complique toutefois singulièrement la question. D'une part, mais ceci n'est pas un problème spécifique aux faux créanciers de la masse, se repose ici la question de l'application

(68) Trib. co. Paris 15 janvier 1970, R.T.D.Co. 1971, p.777.

(69) Cass. com. 15 février 1971, Bull. IV, n°45, p.3, R.T.D.Co.1971, p.777.

(70) A. Brunet, thèse préc., n°175, p.248.

des articles L.143-10 et L.143-11 du Code du travail. A notre avis, et bien que ces articles prévoient que les rémunérations garanties par le superprivilège des salariés doivent être payés avant toute autre créance privilégiée, les frais de justice ne sont pas visés par cette disposition, tout du moins lorsqu'ils ont été engagés pour le paiement de ces créances superprivilégiées (71).

Ensuite et surtout, le privilège des frais de justice pose un problème épineux lorsqu'il est appliqué au frais et honoraires du syndic. En effet, s'il est traditionnellement admis que ces créances sont de fausses créances de masse (72), il s'est trouvé certains auteurs pour limiter la portée de cette affirmation. Mme Brunet, notamment, estime que trois types de situation doivent être envisagés.

Pour cet auteur, "lorsque le syndic accomplit une tâche sans rapport avec la défense des droits de la masse, (l'expression droit de la masse est prise dans un sens très large car elle recouvre aussi bien des droits destinés à sauvegarder l'intérêt propre du groupement que ceux destinés à protéger l'intérêt commun de ses membres), il ne saurait être considéré comme l'organe de la masse ; il est tout simplement un auxiliaire de justice" (73). Dès lors, conclut-elle, "le syndic est le créancier du débiteur en état de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, un créancier en dehors de la masse puisqu'apparu après le jugement déclaratif, mais un créancier doté du privilège des frais de justice ; son privilège, opposable à tous les autres créanciers du débiteur, y compris les faux créanciers de la masse, parce que son rôle de mandataire de justice a été utile à tous, lui confère un rang excellent" (74). Par contre, et toujours selon Mme Brunet, lorsque le syndic agit maintenant en tant qu'organe de la masse, il "est pour les frais et honoraires qui lui sont dus à ce titre, un vrai ou un faux créancier de la masse, selon qu'il s'est mis au service de la masse, tiers à l'égard du débiteur, ou au service de la masse représentant du débiteur" (75).

(71) En ce sens, Trib. civ. Parthenay 9 avril 1937, D.H. 1937 374.

(72) En ce sens, Ripert et Roblot, t.II, n°2918, 2962.

(73) A. Brunet, thèse préc., n°36, p.39.

(74) A. Brunet, thèse préc., n°176, p.249.

(75) A. Brunet, thèse préc., n°176, p.249.

Ces distinctions et les conséquences qu'en tire son auteur sont discutables, soit quant à leur principe, soit quant à leur motivation.

Il semble tout d'abord impossible de considérer le syndic uniquement comme un auxiliaire de justice et non comme l'organe de la masse, et l'exemple que donne Mme Brunet pour justifier son point de vue n'est pas fait pour nous convaincre. Pour elle, "l'exemple pratique le plus important où le syndic cesse d'être l'organe de la masse, pour devenir un simple auxiliaire de justice, est constitué par la vérification des créances" (76). Rien n'est moins sûr ; il est tout à fait possible de soutenir que cette vérification évite un gonflement artificiel du passif du débiteur et que, partant, le syndic défend les intérêts de la masse des créanciers. Qui plus est, le raisonnement qui sous-tend cette première distinction est inconciliable avec les conséquences qui en sont tirées. Si véritablement le syndic, lorsqu'il est un auxiliaire de justice, "accomplit une tâche sans rapport avec la défense des droits de la masse", comment peut-on soutenir par ailleurs, que son privilège est "opposable à tous les autres créanciers du débiteur... parce que son rôle de mandataire de justice a été utile à tous" ?

En réalité, il faut bien admettre que le syndic est toujours l'organe de la masse. Faut-il alors, dans le cas particulier des frais et honoraires du syndic, reprendre la distinction entre vrais et faux créanciers de la masse ?

Logiquement, la réponse devrait être négative ; que la masse agisse en tant que tiers ou en tant que représentant du débiteur, le syndic est son organe et rien d'autre ; il devrait donc toujours être un vrai créancier de la masse. Effectivement, "l'actif de la masse sera le plus souvent faible et il est préférable pour des raisons pratiques évidentes, de ne pas gonfler le nombre des vrais créanciers de la masse afin de réduire au maximum le risque de voir le passif de la masse devenir supérieur à son actif" (77). Mais pour parvenir à ce résultat, il ne suffit pas d'affirmer

(76) A. Brunet, thèse préc., n°36, p.39.

(77) A. Brunet, thèse préc., n°146, p.211.

que "la masse est une personne morale d'un genre spécial dans la mesure où, la plupart du temps, elle n'agit ni en son nom, ni pour son compte, mais au nom et pour le compte du débiteur dessaisi" (78) ; il faut trouver un fondement juridique.

A cet égard, la comparaison qu'instaure Mme Brunet entre la masse et le tuteur, si parlante qu'elle soit, n'est pas convaincante. Il est vrai que "de la même façon que les frais d'un représentant légal, par exemple un tuteur, grèvent l'actif du représenté, tous les frais que l'activité de la masse en tant que représentant du débiteur fait naître doivent grever l'actif de ce dernier" (79). Mais tout ce qu'il est possible d'en déduire, c'est que la masse possède un recours contre le débiteur pour obtenir remboursement des frais qu'elle a exposés en qualité de représentant de ce dernier ; en aucun cas cela n'explique que le syndic soit un faux créancier de la masse. Bien au contraire, il suffit de réutiliser cette comparaison, en sachant que le syndic est le représentant exclusif de la masse, pour se persuader qu'à l'instar du tuteur, il possède sur le patrimoine du représenté, en l'occurrence la masse, une créance qui n'est autre qu'une véritable créance de masse. Dès lors, aussi surprenant que cela puisse paraître, ce n'est pas, du moins dans un premier temps, le syndic qui est un faux créancier de la masse doté du privilège des frais de justice, mais la masse elle-même ; c'est elle qui, en tant que représentant du débiteur, fait l'avance des frais nécessaires aussi bien pour conserver les biens du débiteur (apposition de scellés, inventaire) que pour les liquider (saisie et vente) et qui doit par conséquent supporter les charges afférentes dans ce cadre aux diverses activités du syndic, quitte ensuite à en réclamer le remboursement au débiteur.

Mais précisément, pourquoi ne pas utiliser dans un deuxième temps cet état de fait pour réintroduire, par le biais de la délégation, la distinction existante entre vraies et fausses créances de masse ? Rien ne s'y oppose, bien au contraire. Sur le principe tout d'abord et s'agissant des sommes dues au syndic en sa qualité d'organe de la masse représentant du

(78) A. Brunet, thèse préc., p.211, n°146.

(79) A. Brunet, thèse préc., p.211, n°146.

débiteur, il existe effectivement deux créances, l'une qui lie la masse au syndic, et l'autre qui engage le débiteur vis-à-vis de la masse. Le syndic serait donc le délégataire, la masse le délégant et le débiteur le délégué. Quant à la mise en oeuvre, ensuite, il n'y a là aucun problème insurmontable ; d'une part, l'opération est valable et opposable aux tiers selon le droit commun, sans que des formalités comparables à celles de l'article 1690 en matière de cession de créance aient à être observées ; d'autre part l'obligation faite aux trois protagonistes d'émettre un consentement valable est remplie pour peu que soit admis, ce qui ne fait aucun doute, que la masse délégataire soit en même temps le représentant du délégué.

Dorénavant, puisque le syndic peut être aussi un faux créancier de la masse, il reste à savoir dans quelle mesure le privilège des frais de justice lui permet de primer les autres faux créanciers de la masse.

304 Pour répondre à cette question, il est nécessaire de procéder à une double distinction. Il faut d'une part se demander si l'activité du syndic a permis la conservation ou l'accroissement du patrimoine du débiteur en état de liquidation ou de règlement judiciaire ; il faut ensuite savoir si cela a profité aux faux créanciers de la masse.

Pour que le syndic prime les faux créanciers de la masse, il est nécessaire en premier lieu que son activité soit orientée vers la conservation ou l'accroissement de l'actif du débiteur. Par conséquent, pour les opérations du syndic relatives à la vérification des créances ou encore pour celles qui ont trait à la réalisation de l'actif du débiteur, les faux créanciers de la masse ne peuvent en principe être primés par le syndic.

Pour nécessaire qu'elle soit, cette condition n'est pas suffisante ; il faut encore que les agissements du syndic aient été utiles aux faux créanciers de la masse. Ceci appelle deux remarques. En premier lieu, il faut se souvenir que le syndic peut accorder à certains faux créanciers de la masse des sûretés. Dès lors, il n'est pas inutile de rappeler que "les frais généraux d'administration de l'actif ne sont pas privilégiés à l'égard des créanciers titulaires d'une sûreté spéciale ; seuls sont privilégiés à l'égard de ces derniers les frais de conservation et de réalisation du bien

grevé" (80). D'autre part, il faut, pour que ce privilège puisse être invoqué contre les faux créanciers de la masse, qu'il recouvre une activité qui leur a réellement profité.

Cette idée se retrouve dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 février 1897, et nous ne pouvons que l'approuver. Un syndic avait engagé un procès contre un créancier dont il contestait la créance et, bien que débouté, il prétendait obtenir le remboursement des frais exposés avant son adversaire qui était devenu faux créancier de la masse pour ses dépens. La Cour décide au contraire "qu'en admettant que les dépens exposés par le syndic, dans les procès qu'il a soutenus au nom de la faillite, soient garantis pour leur recouvrement par le privilège des frais de justice, ce privilège n'est opposable qu'aux créanciers dans l'intérêt desquels les dépens ont été faits ; qu'on l'invoquerait vainement contre les créanciers dont le syndic a combattu la prétention et vis-à-vis desquels la masse a succombé" (81). Pour Percerou et Desserteaux, "l'adversaire de la masse devait être préféré, puisqu'il n'avait pas profité des frais du syndic" (82). Cette affirmation est exacte mais il faut, à notre avis, aller plus loin ; le syndic ne peut, dans cette hypothèse, invoquer son privilège vis-à-vis d'aucun faux créancier de la masse. En effet, et le cas extrême développé par cet arrêt, le montre bien, ce n'est pas l'intérêt escompté qui importe mais l'intérêt réel. Car enfin, il est indéniable que dans cette espèce, le syndic a bien agi dans l'intention de diminuer le passif du débiteur, ce qui au sens large "profite" à tous les créanciers, y compris les faux créanciers de la masse. Dès lors, s'il ne peut invoquer le bénéfice du privilège des frais de justice, c'est bien que cette intention ne suffit pas.

(80) Ripert et Roblot, t.II, n°3164.

(81) Req. 2 février 1897, D.P. 1897.I.103.

(82) Percerou et Desserteaux, n° 920 bis.

C H A P I T R E I I

LA SITUATION DU COCONTRACTANT APRÈS LA CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

05 La clôture d'une procédure collective peut intervenir de plusieurs façons. Elle peut tout d'abord prendre la forme d'un concordat voté par les créanciers dans la masse, lorsqu'au terme d'un règlement judiciaire un accord se dégagera entre ces derniers et le débiteur. Le plus souvent, malheureusement, le débiteur sera en état de liquidation des biens, soit depuis le jugement déclaratif, soit à la suite d'une conversion du règlement judiciaire. Dans ce cas, les créanciers se trouveront de plein droit en état d'union.

 La situation du cocontractant va s'en trouver grandement modifiée. Qu'il s'agisse en effet d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire, la clôture de la procédure entraîne des modifications dans la situation du cocontractant. D'abord la disparition de la masse et de ses organes ne peut manquer d'avoir des répercussions sur les recours dont disposent les faux créanciers de la masse pour obtenir paiement de leurs prestations ; en particulier, la responsabilité de la masse personne morale ne pourra plus être mise en jeu. (Section I).

 Ensuite, l'union et le concordat, en mettant fin au dessaisissement, permettent au débiteur de contracter à nouveau. Il faut dès lors s'interroger sur les rapports qu'entreprendront le débiteur et les cocontractants dont le contrat est en cours au jour de la clôture de la procédure. Mais comme ceci suppose une continuation des activités de l'entreprise ayant fait l'objet de la procédure, le problème ne sera abordé que dans le cadre du concordat. (Section II).

SECTION I : LE PAIEMENT DU COCONTRACTANT APRÈS LA CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

306

Lorsque le cocontractant veut, au cours de la procédure, obtenir paiement des prestations fournies à la requête du syndic, il dispose sur le patrimoine du débiteur d'un recours assorti d'un droit de préférence (1). En outre, il peut, sous certaines conditions, engager la responsabilité du syndic et par voie de conséquence celle de la masse (2).

D'ores et déjà, il est certain que le recours accordé au cocontractant contre la masse ne peut plus être exercé sous cette forme. Tout au plus peut-on envisager la mise en cause des créanciers qui composaient cette masse, et il faudra alors en définir les conditions et les modalités.

D'autre part, il est plus que douteux que les faux créanciers de la masse conservent après l'union ou le concordat leur droit de préférence. Il est vrai que ceci n'a guère d'importance en cas de règlement judiciaire car les créanciers dans la masse sont soumis aux délais concordataires et ne risquent pas ainsi de concourir avec le cocontractant. Par contre, en cas d'union ou de deuxième procédure collective, il faudra alors admettre que les anciens faux créanciers de la masse n'ont sur le patrimoine du débiteur aucune prérogative particulière.

§ 1 : Les recours du cocontractant

307

En tant que faux créancier de la masse, le cocontractant qui demeure impayé au jour de la clôture de la procédure, ne possède aucun recours contre les créanciers dans la masse. En effet, la masse, en reprenant les contrats, s'est comportée comme le représentant du débiteur, et

(1) Cf. supra p. 367, n° 279 et s.

(2) Cf. supra p. 355, n° 271 et s.

les conséquences de cette poursuite se sont produites dans le patrimoine de ce dernier. Il n'y a donc aucune raison pour que le cocontractant, qui pendant la continuation d'exploitation n'a jamais eu de recours d'origine contractuelle contre la masse, en possède un contre ses membres après la clôture de la procédure.

Cependant, il ne faudrait pas croire que le tiers qui s'est vu imposer la poursuite de son contrat, se trouve privé de tout recours. En premier lieu, une action contre le débiteur doit lui demeurer ouverte ; ensuite, il ne faut pas oublier qu'un cocontractant impayé peut, s'il établit une faute du syndic, mettre en jeu la responsabilité de la masse et devenir, pour le montant de sa créance de dommages-intérêts, un vrai créancier de la masse. Dans cette mesure, nous verrons qu'il peut alors, après la clôture de la procédure, agir contre les créanciers qui faisaient partie de la masse.

A) L'existence d'un recours du cocontractant contre le débiteur

308 Pour la doctrine moderne, il ne fait aucun doute que "tout créancier de la masse, étant créancier personnel du débiteur, conserve son recours contre le débiteur. Dans l'exercice de ses fonctions, le syndic a représenté à la fois le débiteur dont il administrait les biens et la masse dont les droits étaient concentrés entre ses mains. Après la clôture de la procédure, la masse disparaissant, il n'existe plus que des créanciers personnels du débiteur". (1).

De prime abord, il faut bien constater que le postulat sur lequel s'appuient ces auteurs est erroné, et cela quelle que soit par ailleurs la valeur de la solution proposée. Le syndic n'est pas à la fois le représentant du débiteur et celui de la masse ; il est exclusivement l'organe de la masse. Par conséquent, si le cocontractant conserve à l'égard du débiteur, remis à la tête de ses affaires, un droit de

(1) A. Honorat, "La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur", Mélanges Audinet p. 247 n° 35.

poursuite, ce ne peut être en vertu de la double qualité que revêtirait le syndic.

Faut-il alors, comme le font Percerou et Desserteaux, affirmer que si "dans tous les actes qu'il accomplit, le syndic représente la masse" (2), alors "les dettes de la masse ne lient le failli qu'en tant que propriétaire des biens grevés du droit de gage qui constitue le patrimoine de cette masse, mais qu'elles ne le lient pas personnellement" ? (3). Certainement pas. D'une part, si ces auteurs apprécient avec justesse le rôle du syndic, ils commettent par contre une erreur lorsqu'ils en concluent que "les tiers qui traitent avec le syndic ès qualités ont la masse pour obligée".(4). Ils méconnaissent, en effet, le rôle de représentant du débiteur assumé par la masse. D'autre part, la distinction qu'ils préconisent pour atténuer la rigueur de leur solution n'est pas convaincante. Pour eux, "la faillite une fois terminée par la clôture de l'union, le paiement de ces dettes ne pourrait donc pas, en principe, être poursuivi contre le débiteur personnellement, si plus tard il revenait à meilleure fortune". (5). A l'inverse, "la situation serait différente, si, au lieu de se clore par l'union, la faillite se terminait par un concordat. Dans ce dernier cas, il arrive assez souvent qu'au moment où le concordat est voté, et où le débiteur est remis à la tête de son patrimoine, toutes les dettes de la masse ne sont pas encore entièrement éteintes. Elles passent alors telles quelles au failli. Par cela même qu'il adhère au concordat, celui-ci accepte de reprendre son patrimoine tel qu'il sort des mains de la masse et de prendre à son propre compte les obligations régulièrement contractées par elle". (6). Cette solution est inadmissible. Pour le cocontractant, il importe peu que la reprise de son contrat intervienne dans le cadre d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire, et ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 ne fait aucune distinction entre ces deux situations.

(2) Percerou et Desserteaux n° 1146.

(3) Percerou et Desserteaux n° 1146 ter.

(4) Percerou et Desserteaux n° 1153.

(5) Percerou et Desserteaux n° 1146 ter.

(6) Percerou et Desserteaux n° 1156.

Dans un cas comme dans l'autre, les prestations fournies et les intérêts en jeu sont identiques ; il s'agit toujours de l'intérêt des créanciers dans la masse. Dès lors, on comprend mal que ces derniers puissent, en refusant le concordat, aggraver la situation des faux créanciers de la masse. Il faut choisir : ou bien le cocontractant est un vrai créancier de la masse et dans ce cas, il n'a aucun droit sur le patrimoine du débiteur, et cela avant comme après la clôture de la procédure ; ou bien, il est en réalité le créancier du débiteur, et alors il n'existe aucune raison pour limiter son droit de poursuite individuelle à la durée de la procédure.

Manifestement, le premier terme de l'alternative est inutilisable ; il est évident que le cocontractant n'est pas le créancier de la masse personne morale. Le second, en revanche, est tout à fait envisageable, mais, curieusement, pour des raisons qui se rapprochent beaucoup plus de la logique de Percerou et Desserteaux que de celle de la doctrine moderne. Contrairement à ce qu'estime cette dernière, le syndic n'est jamais le représentant du débiteur ; il n'est que l'organe de la masse. Par contre, la masse peut, dans certains cas et notamment lorsqu'elle reprend un contrat, représenter le débiteur. "Aussi, les faux créanciers de la masse, qui naissent à la suite de l'activité déployée par la masse en qualité de représentant du débiteur, conservent-ils, après la clôture de la procédure, et quelle qu'en soit l'issue—union ou concordat—une action contre le débiteur puisqu'ils ont toujours été et qu'ils demeurent encore ses créanciers personnels". (7).

B) L'existence d'un recours du cocontractant contre les créanciers dans la masse

Il faut préciser immédiatement que ce recours n'est jamais d'origine contractuelle. En effet, répétons-le encore, lorsque le cocontractant devient un vrai créancier de la masse, ce ne peut être qu'à la suite d'une faute commise par le syndic. Le fait qu'il existe entre cette

(7) A. Brunet, thèse préc. p. 257 n° 181.

faute et l'inexécution du contrat un rapport de cause à effet n'y change rien : il s'agit là exclusivement d'une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Ce cadre ainsi fixé, reste maintenant à envisager le fondement et les modalités de ce recours.

Pour M. Lucas, "La règle traditionnelle aux termes de laquelle les créanciers ne peuvent faire l'objet de recours individuels pour non paiement des dettes de la masse, n'est évidemment pas applicable dans ce cas. Cette règle s'impose à l'égard des dettes qui grèvent uniquement l'actif du débiteur, en dehors de tout engagement personnel de la masse ou de ses membres. Mais les vraies dettes de la masse n'obligent que cette dernière et il revient donc aux créanciers qui la composent de supporter les conséquences de ses engagements". (8). Pour étayer son affirmation, cet auteur opère un rapprochement avec l'ancien article 590 du Code de commerce. Selon lui, ce texte qui autorisait les créanciers de la masse (9), lorsque leurs droits étaient nés de la continuation du commerce au cours de l'union, à se retourner contre certains membres de la masse, deviendrait la règle s'agissant des vraies dettes de la masse.

Mme Brunet, tout en admettant l'existence d'un recours des vrais créanciers de la masse contre les créanciers dans la masse, estime à juste titre que ce raisonnement est discutable, car la situation envisagée par cet article n'est pas comparable à celle qui est exposée ici. "D'abord l'ancien article 590 du Code de commerce faisait supporter aux créanciers dans la masse des fausses dettes de masse, les dettes nées de la continuation de l'exploitation, et non des vraies dettes de la masse. Ensuite, ces fausses dettes de la masse étaient mises à la charge des créanciers en état d'union qui avaient voté en faveur de la continuation d'exploitation précisément parce qu'il appartenait aux créanciers, avant la réforme de 1967, d'autoriser la continuation d'exploitation. Autrement dit, l'obligation au passif née de la poursuite d'exploitation incombant aux créanciers dans la masse résultait, en définitive, de la volonté manifestée par ces derniers de voir l'exploitation

(8) H.J. Lucas, "Le patrimoine de la masse des créanciers", R.T.D.Co. 1969 p. 933 n° 74.

(9) H.J. Lucas, préc., p.933.

poursuivie". (10).

Selon cet auteur, la reconnaissance d'un recours des vrais créanciers de la masse contre les anciens créanciers dans la masse, ne peut être acquise qu'en démontrant que la masse "appartient à l'une des deux catégories de personne morale sur les membres desquelles le législateur, dans le souci de protéger les créanciers des groupements en question, fait peser une obligation au passif". (11). Cette démarche est d'une incontestable logique ; il est vrai que les membres de sociétés civiles ou commerciales sont responsables, ne serait-ce qu'à concurrence du montant de leurs apports, du paiement du passif social. Il est encore vrai que les membres d'un groupement d'intérêt économique sont tenus des dettes de celui-ci sur leur propre patrimoine. Il est logique enfin, "d'opérer un rapprochement entre tel ou tel groupement et la masse, de façon à faire entrer cette dernière dans la catégorie à laquelle appartient le groupement considéré, pour pouvoir ensuite, en raisonnant par analogie, s'inspirer des règles de droit qui régissent ce type de groupements afin de résoudre le problème de la transmission du passif de la masse à ses membres". (12).

Mais là s'arrête notre accord. En effet, à l'inverse de ce que soutient cet auteur, nous ne pensons pas qu'un parallèle puisse être instauré entre la masse et le groupement d'intérêt économique. D'une part, la masse ne procède pas de la même idée que le groupement d'intérêt économique ; elle est constituée, non pas en vue de mettre en oeuvre tous les moyens propres au développement de l'activité économique de ses membres, mais uniquement pour veiller au remboursement de leur créance. D'autre part et surtout, les membres du groupement sont tenus solidairement sur leur patrimoine propre des dettes de ce dernier. Or si cette pratique peut se justifier s'agissant d'un groupement où la volonté des membres est essentielle, voire prépondérante pour certains problèmes importants, il ne peut en aller de même pour la masse, qui

(10) A. Brunet, thèse préc. p. 278 n° 198.

(11) A. Brunet, thèse préc. p. 276 n° 195.

(12) A. Brunet, thèse préc. p. 276.

non seulement est un groupement forcé, mais encore dans lequel les participants ne peuvent que très rarement peser sur les décisions du syndic. Aussi, à notre avis, serait-il préférable d'opérer un rapprochement entre la masse personne morale et la société, qu'elle soit à responsabilité limitée ou anonyme. Ceci d'autant plus que depuis la loi du 4 janvier 1978, les associés peuvent se grouper uniquement en vue de profiter de l'économie qui pourra résulter du groupement. (13).

310

Ce cadre une fois fixé, tous les problèmes ne sont pas résolus pour autant. Il faut encore savoir en fonction de quel critère sera limitée la prise en charge des créances de la masse par les créanciers dans la masse. Deux hypothèses sont envisageables.

La première consiste à ne tenir compte que du montant du dividende perçu par les créanciers dans la masse. Cette idée est défendue par Mme Brunet, qui affirme sans le justifier que "les créanciers dans la masse doivent contribuer au passif de celle-ci dans la mesure des avantages qu'ils ont retirés de son existence". (14).

La seconde hypothèse semble préférable ; le montant des créances doit limiter, pour les créanciers dans la masse, leur contribution au paiement du passif de masse. Il est vrai que les créanciers dans la masse ne récupèrent que très rarement le montant intégral de leurs créances, mais ceci ne change rien au problème. L'actionnaire d'une société anonyme engage sa responsabilité à concurrence du montant de son apport, et non pas dans la limite des dividendes perçus. Il doit en aller de même pour les créanciers dans la masse ; ceux-ci ont en quelque sorte fait apport à la masse de leurs créances ; par conséquent, ils doivent répondre du passif de cette personne morale pour un montant égal à celui de leurs créances. Supposons par exemple que ces créanciers se soient, avant l'ouverture de la procédure, groupés en une société dont le but aurait été le recouvrement de ces créances. Il ne viendrait à l'idée de personne de soutenir que le passif éventuel de ce groupement ne pèse sur les participants qu'à concurrence du bénéfice retiré.

(13) Art. 1382 C. Civ. mod. L 4 janvier 1978 ; Ripert et Roblot ,I, n° 669.

(14) A. Brunet, thèse préc. p. 279 bis.

Qui plus est, adopter une autre solution reviendrait à léser gravement les vrais créanciers de la masse, qui ne bénéficieraient en l'occurrence que d'un recours théorique. Mme Brunet concède qu'effectivement la solution qu'elle propose n'est "ni simple à mettre en oeuvre, ni efficace à coup sûr quant à son résultat". (15). Cependant elle justifie son point de vue en ajoutant que "ces inconvénients ne constituent nullement une raison suffisante" car "les vrais créanciers de la masse auront aussi la possibilité de réclamer leur paiement au syndic personnellement". (16). Là encore, il est impossible de suivre cet auteur. Bien au contraire l'argumentation qui vient d'être évoquée peut très bien servir à motiver la position inverse. Si les vrais créanciers de la masse ont un recours contre le syndic, il en va de même pour les créanciers dans la masse. Dans ces conditions, on comprend mal pourquoi les vrais créanciers de la masse devraient assumer la charge de ce recours. Le syndic n'est pas leur organe et les agissements qui ont donné lieu aux vraies créances de masse sont intervenus dans le cadre d'une activité tournée vers l'intérêt des créanciers dans la masse. Il appartient donc bien évidemment à ces derniers d'en supporter les conséquences, celles-ci se réduisant par ailleurs à la prise en charge d'une action contre le syndic.

Au demeurant, le fait que la masse soit un groupement formé indépendamment de la volonté de ses membres, n'y change rien. Notre droit offre l'exemple de nombreux groupements qui naissent à la vie juridique indépendamment de la volonté de leurs membres : syndicats de copropriété, masse d'obligataires, etc. Or, "on n'a jamais songé à voir dans l'origine non volontaire de ces groupements un motif de les faire échapper aux procédures collectives de règlement du passif" (17) ; il n'y a donc

(15) A. Brunet, thèse préc. p. 279 bis.

(16) A. Brunet, thèse préc. p. 279 bis.

(17) J.P. Sortais, note sous T.G.I. Strasbourg, Rev. des Sociétés 1981 p. 827.

aucune raison pour que les membres de pareils groupements soient dispensés de supporter la charge du passif, en fonction de leur apports.

§ 2 : La survie du droit de préférence ?

311

Le sort du droit de préférence des faux créanciers de la masse, après la clôture de la procédure, est plus délicat. En effet, si la jurisprudence a depuis longtemps décidé que la dissolution de la masse entraînait la disparition du droit de préférence, de plus en plus d'auteurs estiment actuellement que cette solution est regrettable, voire condamnable.

D'ailleurs, il faut bien reconnaître que les arguments avancés par cette fraction grandissante de la doctrine sont pour la plupart fondés. Malheureusement, le problème n'est pas résolu pour autant car le rejet de la solution préconisée par la Cour de cassation, si souhaitable soit-il, aboutit à une impasse logique que seul l'intervention du législateur peut dénouer d'une façon satisfaisante.

A) L'état de la question en jurisprudence

312

A la question de savoir quels sont, lors de la clôture de la procédure, les droits des faux créanciers de la masse vis-à-vis des autres créanciers du débiteur, la Cour de cassation a répondu que les premiers n'avaient plus aucun droit de préférence, ni à l'égard des créanciers nouveaux, ni même à l'égard des créanciers anciens.

Cette règle a été posée par deux arrêts du 30 janvier 1939 (18) et du 23 avril 1947 (19), qui ont refusé à un cocontractant la possibilité de se prévaloir d'une situation privilégiée après le concordat.

Les faits qui ont donné lieu à la première de ces décisions étaient les suivants : une société avait été déclarée en liquidation judiciaire, puis avait obtenu un an plus tard un concordat. Or, au cours des opérations de liquidation, une banque lui avait avancé une somme importante qui demeurait impayée. Sur ces entrefaites, un jugement déclaratif de faillite intervient à la requête de nouveaux créanciers, et la banque se prévaut de sa qualité de créancière de la première masse pour obtenir paiement de ce qui lui est dû, par préférence aux créanciers formant la deuxième masse. La Cour d'appel de Paris avait le 7 mai 1936 accueilli cette demande ; sa décision est cassée par la Chambre civile aux motifs "qu'après l'homologation du concordat entraînant clôture de la faillite ou de la liquidation judiciaire, les créanciers envers qui la masse, désormais dissoute, pouvait être obligée n'ont plus pour débiteur que l'ancien failli ou liquidé judiciaire, et pour gage, que l'ensemble du patrimoine dont ce dernier a retrouvé la libre gestion ; que si, par la suite, l'ancien failli ou liquidé vient à tomber une seconde fois en faillite à raison de dettes nouvelles, les créanciers de l'ancienne masse disparue définitivement doivent être considérés comme créanciers dans la masse

-
- (18) Civ. 30 janvier 1939, J.C.P. 1939 II 1211 note J.P., G.P. 1939 I 591, S.1941.I 177 note Lescot, D.P. 1940 I 25 note E. de Lagrange.
- (19) Civ. 23 avril 1947, G.P. 1947 I 248, Banque 1947 27A, S 1947 I 112, R.T.D. Co, 1948 p 146 n° 16 obs. R. Houin ; J.C.P. 1947 II 3652 note Veillet ; dans le même sens, Paris 15 juillet 1953, G.P. 1953 p 304, R.T.D. Co. 1954 p 161 n° 27 obs. R. Houin ; Paris 3 février 1955, G.P. 1955 II 314, R.T.D.Co. 1955 p 414 n° 38 obs. R. Houin ; C.A. Colmar 30 juin 1970, Rev. des Syndics 1970 p 373 ; contra, Trib. co. de la Seine 13 mai 1952, S 1953. 24, R.T.D.Co. 1953 p 216 n° 40 obs. R. Houin.

de la seconde faillite déclarée postérieurement à la naissance de leurs droits, et qu'ils ne peuvent, en cette qualité, se prévaloir d'aucune cause de préférence à l'encontre des autres créanciers composant cette nouvelle masse".

Cette solution a été étendue le 23 avril 1947 à l'hypothèse d'une exécution de concordat, non suivie d'une seconde faillite. Là encore, le cocontractant s'est vu refuser la possibilité de "se prévaloir à l'encontre des autres créanciers de l'ancien failli d'aucun droit de préférence, sous réserve toutefois des droits que pourrait leur conférer l'inscription de l'hypothèque au profit de la masse sur les immeubles du failli ou du liquidé judiciaire".

La seule éventualité dans laquelle les tribunaux consentent aux faux créanciers de la masse le maintien de leur droit de préférence est celle de la résolution judiciaire du concordat. Cette exception est rappelée par un arrêt de la Chambre commerciale du 21 novembre 1972 qui approuve une Cour d'appel d'avoir décidé "que constituent des dettes de masse, les dettes nées après le prononcé du règlement judiciaire et résultant de contrats passés avec l'accord de l'administrateur à ce règlement judiciaire pour les besoins de l'exploitation, lorsque le concordat qui avait été homologué après l'exécution de ces contrats a été résolu ; qu'il ne cesse pas d'en être ainsi lorsque le règlement judiciaire a été converti en liquidation des biens en application de l'article 79 de la loi du 13 juillet 1967, cette liquidation de biens ne faisant que continuer en s'y substituant la procédure du règlement judiciaire d'abord prononcée". (20).

313

La justification de la thèse consacrée par ces arrêts de la Cour de cassation réside bien évidemment dans la personnalité juridique accordée à la masse. Lescot, par exemple, approuve cette solution en soulignant que "c'est uniquement grâce au procédé technique de la personnalité morale de la masse, érigée en sujet de droit et d'obligation

(20) Cass. com. 21 novembre 1972, Bull. IV n° 295 ; Paris 8 mai 1928, G.P. 1928.2 284.

par la doctrine et la jurisprudence, que l'on est parvenu à soustraire à la loi du concours les tiers entrés en relation avec le syndic agissant ès-qualités et qui souvent, par le crédit qu'ils auront procuré à la faillite, auront permis la continuation de la procédure. Dans ces conditions, on conçoit que, si la personne morale vient à disparaître, ces tiers perdent ipso facto leur droit préférentiel". (21). En effet, ajoute un autre auteur (22), "au jour de l'homologation, les créanciers de la masse ont vu disparaître leur débiteur, dont ils avaient suivi la foi ; ils se trouvent désormais en quelque sorte dans la situation des créanciers d'une société qui est absorbée en une autre par fusion, ou dans la situation des créanciers d'un de cujus qui se voient devenus, par le décès de celui-ci, créanciers de son héritier. Or, il n'est pas douteux que dans ces diverses situations les créanciers du débiteur disparu sont menacés de subir le concours des créanciers de son successeur. La loi a prévu la protection des créanciers héréditaires par l'institution de la séparation des patrimoines ; elle n'a rien prévu de tel pour les créanciers de la masse. Ceux-ci devenant au jour de la dissolution de la masse, créanciers du failli ou du seul liquidé concordataire, ne peuvent donc s'opposer à la confusion des patrimoines de leur ancien et de leur nouveau débiteur, ce qui a pour résultat de les priver de leur droit de préférence antérieur ; ce droit n'a pu survivre à la disparition du patrimoine sur lequel il reposait".

Ce raisonnement permet en outre de comprendre pourquoi la résolution du concordat permet aux faux créanciers de la masse de retrouver leur privilège. En effet, dans la mesure où l'on admet que cette résolution opère rétroactivement, le dessaisissement du débiteur est censé n'avoir jamais cessé et la masse se reforme de plein droit avec les droits et les obligations dont elle était titulaire au jour de sa dissolution. Par conséquent, ceux que la Cour de cassation nomme des créanciers de la masse et qui ne sont en réalité que de faux créanciers de ladite masse, recouvrent le rang préférentiel qu'ils occupaient avant

(21) Lescot note préc., S. 1941. I. 178 ; dans le même sens, M. Vasseur, "L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite", thèse Paris 1947 p 137 et s.

(22) E. de Lagrange note préc. D.P. 1940. I. 26.

l'homologation du concordat et ce à l'égard de tous les créanciers, qu'ils soient anciens ou nouveaux.

B) L'appréciation des critiques présentées par la doctrine

314

La solution préconisée par la Cour de cassation a suscité les critiques les plus diverses. Les unes sont purement ponctuelles et tiennent aux conséquences économiques et juridiques d'un tel point de vue ; les autres portent de façon plus radicale sur la conception que se fait la Haute cour du rôle de la masse et par conséquent de la notion de "créance de masse". L'ensemble de ces critiques est certainement justifié, mais les conséquences qu'entraînerait un revirement de jurisprudence sont inacceptables en l'état actuel de notre législation.

D'un point de vue pratique, il est vrai tout d'abord que cette jurisprudence risque de ruiner le crédit de la masse, car "les tiers n'accepteront de traiter qu'au comptant ou bien ils demanderont que des sûretés particulières leur soient consenties". (23). Ensuite, il paraît choquant que les créanciers dans la masse puissent, en votant le concordat, revenir sur leur engagement initial et retirer aux faux créanciers de la masse leur droit de préférence. Qui plus est, ceci "aboutit à conférer en quelque sorte aux concordataires une option par trop avantageuse pour eux. Chaque fois, en effet, que l'ancienne masse a laissé des créanciers impayés lors de l'homologation du concordat, ils auront tout intérêt à attendre (car ils ne peuvent la provoquer) une nouvelle déclaration de faillite et à ne pas demander la résolution judiciaire". (24). Enfin, comme l'a souligné Mlle Honorat, cette solution est pour le moins arbitraire. "Il est difficile d'apercevoir pourquoi les créanciers de la masse perdent leur droit de préférence en cas de concordat simple, alors qu'ils le conservent en cas de concordat par abandon d'actif, celui-ci laissant subsister la masse jusqu'à la

(23) R. Houin obs. R.T.D. Co. 1948 p 147 n° 16

(24) E. de Lagrange, D.P. 1940 28

fin de la liquidation". (25).

L'ensemble de cette argumentation serait cependant insuffisant, si un raisonnement juridique ne venait le conforter. Mais précisément, la doctrine moderne insiste, et ce à juste titre, sur l'incompatibilité qui existe entre ces décisions et la notion actuelle de "créances de masse". Bien sûr, les démarches divergent en fonction de la qualité reconnue au syndic ; mais, pour une fois, le résultat et par conséquent la critique sont identiques. Soit on soutiendra avec Mlle Honorat, qu'il n'y a "aucune substitution de débiteur puisque, dès la naissance de la créance, les créanciers ont deux débiteurs, la masse et le commerçant malheureux. Au jour où la masse disparaît par suite de l'homologation du concordat, l'obligation du commerçant devient exclusive". (26). Soit, et cela nous semble préférable, on admettra avec Mme Brunet que "créancier du débiteur bénéficiant d'un rang de faveur pendant la durée de la procédure parce qu'il est né de l'activité exercée par la masse en sa qualité de représentant du débiteur, (le cocontractant) doit conserver, après la clôture de la procédure, son rang de faveur car la justification de sa situation privilégiée n'a pas disparu avec la dissolution de la masse". (27). Apparemment, il n'y a donc aucune raison d'hésiter ; que la question soit envisagée sous un angle économique ou qu'elle soit analysée d'un point de vue juridique, tout concourt à accorder aux faux créanciers de la masse le maintien de leur droit de préférence.

315

Pourtant, il faut bien voir que cette solution se heurte à un obstacle majeur lorsque le concordat est résolu à la suite d'un deuxième jugement déclaratif. Dans cette hypothèse, en effet, tous les créanciers du débiteur, fussent-ils de faux créanciers de la première masse, sont considérés, dans la seconde procédure, comme des créanciers dans la masse. En principe, ils concourent donc tous également sur le

(25) A. Honorat préc., Mélanges Audinet p 249 ; dans le même sens, R. Houin, in Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, p 514.

(26) A. Honorat préc., Mélanges Audinet p 248.

(27) A. Brunet, thèse préc. p 267 n° 188.

patrimoine du débiteur et notamment, il est certain que les anciens créanciers dans la masse n'ont aucun droit de préférence vis-à-vis des nouveaux créanciers du failli. Parvenu à ce stade, et à supposer rejetée la solution de la Cour de cassation, on aboutit alors au système suivant : si les faux créanciers de la première masse priment les anciens créanciers dans la masse, et si par ailleurs ces derniers ne peuvent être supplantés par les créanciers apparus après le concordat, il s'ensuit inéluctablement que le droit de préférence des faux créanciers de la masse doit être aussi opposable aux nouveaux créanciers du débiteur. Un raisonnement élémentaire permet en effet de démontrer que le droit de préférence des faux créanciers de la masse ne peut se limiter aux anciens créanciers dans la masse sous peine d'aboutir à un cercle vicieux. Comment ne pas voir que si les créanciers apparus postérieurement au concordat viennent en concours avec les faux créanciers de la masse, alors que ces derniers l'emportent sur les anciens créanciers dans la masse, il s'ensuit alors, ce qui est bien entendu inadmissible, que les créanciers post-concordataires vont primer, sur le patrimoine du débiteur, les anciens créanciers dans la masse. (28).

La question de la survie du droit de préférence des faux créanciers de la masse est donc inséparable de celle de son opposabilité aux nouveaux créanciers du débiteur. De deux choses l'une, ou bien il faut refuser

(28) La transposition de cette situation en termes mathématiques permet une approche de la question beaucoup plus claire. Soit A : l'ensemble des anciens créanciers dans la masse ; soit B : l'ensemble des créanciers apparus entre le concordat et la seconde faillite ; soit C : l'ensemble des anciens faux créanciers de la masse. Si l'on écarte la solution de la Cour de cassation, autrement dit, si $C > A$, sachant que d'autre part, il est acquis définitivement que $A = B$ la solution est évidente :

$$\left. \begin{array}{l} C > A \\ A = B \end{array} \right\} \Rightarrow C > B$$

Si maintenant, on refuse d'admettre cette dernière conséquence, si le fait que $C = B$ est posé comme postulat, force est de revenir à la solution de la Cour de cassation, car :

$$\left. \begin{array}{l} C = B \\ B = A \end{array} \right\} \Rightarrow C = A$$

que les créanciers post-concordataires soient primés par les anciens faux créanciers de la masse, mais alors dans ce cas c'est le maintien du droit de préférence lui-même qui est exclu, ou bien il faut opter pour la solution inverse et dans ces conditions la survie du droit de préférence concerne tous les créanciers du débiteur sans aucune distinction.

16

Or, justement, cette dernière conséquence nous paraît inadmissible. Autant la survie du droit de préférence se justifie vis-à-vis des anciens créanciers dans la masse, autant elle est inexplicable quand il s'agit des nouveaux créanciers du débiteur. Certains auteurs ont bien tenté de trouver une motivation à cet état de fait, mais celle-ci n'est guère convaincante. Mme Brunet notamment, estime que "lorsque le concordat a été résolu à la suite d'un deuxième jugement déclaratif, il ne fait aucun doute que les faux créanciers de la masse sont désormais des créanciers dans la masse de la seconde faillite. Pour autant, cela ne les empêche pas de primer les anciens et les nouveaux créanciers dans la masse. Leur droit de préférence est opposable aux anciens créanciers dans la masse dans l'intérêt desquels ils sont apparus ; il est aussi opposable aux nouveaux car, en permettant le redressement momentané de l'entreprise, ils ont, à travers l'intérêt de ses créanciers, servi l'intérêt du débiteur". (29).

Ce raisonnement est pour le moins discutable, car il est difficile de voir en quoi l'intérêt du débiteur peut avoir une répercussion sur la situation de ses nouveaux créanciers. D'une part, le privilège des faux créanciers de la masse ne résulte pas d'un hypothétique intérêt du débiteur, qui d'ailleurs n'existe pas en cas de liquidation des biens. Il provient, comme nous l'avons démontré (30), du seul engagement des créanciers dans la masse. Le fait que les agissements des faux créanciers de la masse permettent à terme le redressement de l'entreprise importe peu en l'occurrence ; seule l'éventuelle majoration de dividendes que pouvaient espérer les anciens créanciers dans la masse entre ici en ligne

(29) A. Brunet, thèse préc. p 268 n° 90 ; contra, F. Derrida, "Observation sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D. 1981 271 note 40.

(30) Cf. supra p 376 et 377 n° 288.

de compte. D'autre part, si effectivement les prestations opérées par le cocontractant après l'ouverture de la première procédure, peuvent améliorer de façon indirecte la situation de l'ensemble des créanciers dans la nouvelle masse, ceci ne suffit pas à justifier l'extension du droit de préférence. En effet, l'amélioration de la situation du débiteur n'a jamais suffi à permettre qu'un créancier dans la masse en prime un autre. Par exemple, il est tout à fait possible de soutenir que les anciens créanciers dans la masse, en concédant un concordat, ont agi dans l'intérêt du débiteur ; pour autant, il ne viendrait à l'idée de personne d'admettre que ces créanciers ont, en tant que tels, un droit de préférence vis-à-vis des nouveaux créanciers du débiteur, et cela sur l'intégralité du patrimoine de ce dernier.

17 Il est vrai, toutefois, que l'hypothèque légale conférée à la masse par l'art. 17 de la loi de 1967, ne disparaît pas à l'homologation du concordat, avec la personne morale qui en est titulaire. Bien au contraire, elle garantit l'exécution du concordat. Le débiteur, étant replacé à la tête de son patrimoine, peut de nouveau aliéner ou hypothéquer ses immeubles. L'hypothèque légale protège les créanciers concordataires contre ces actes de disposition en leur assurant sur le produit des immeubles grevés, un rang de préférence par rapport aux nouveaux créanciers. Qui plus est, il arrive fréquemment que le débiteur affecte, aux termes du concordat, son fonds de commerce en garantie du paiement des dividendes concordataires, et de nombreuses décisions (31) ont admis alors qu'en cas de faillite nouvelle, les créanciers nés depuis le concordat étaient tenus de respecter l'affectation donnée au fonds par le nantissement. Partant de là, certains auteurs se sont alors demandés s'il n'y avait pas quelque injustice à réserver aux anciens créanciers dans la masse une situation préférable à celle des créanciers intervenus au cours de la première procédure. La réponse est évidente : les faux créanciers de la masse sont apparus dans l'intérêt des anciens créanciers

(31) Rouen 24 juillet 1901, G.P. 1901. 2. 434 ; Paris 22 juin 1910, Jal des Trib. co. 1911 384 ; Dijon 5 juin 1931, D.H. 1931. 452.

dans la masse ; il est donc particulièrement inique que ces derniers priment sur les immeubles ou sur le fonds de commerce du débiteur, ceux-là mêmes auxquels ils avaient consenti antérieurement un droit de préférence.

Malheureusement, le raisonnement que propose une certaine partie de la doctrine, pour résoudre de façon satisfaisante cette question, est, d'un point de vue juridique, peu convaincant. Il consiste, comme l'a expliqué Mlle de Lagrange, à "décider de façon générale que le droit de préférence des créanciers de la masse demeure sur tout bien antérieurement soumis au "droit de gage renforcé" de l'ancienne masse chaque fois que ce bien, dûment inventorié à l'ouverture de la première liquidation ou faillite, sera reconnu dans l'actif de la seconde". (32). Cette idée mériterait d'être retenue en législation, mais en l'état actuel de notre droit positif, elle est inapplicable. En effet, elle suppose "la création d'une sorte de patrimoine d'affectation sur lequel les créanciers de la masse pourraient se faire payer par préférence". (33). Or, si "notre droit n'ignore point dans certains cas des masses de biens distinctes, soumises à l'intérieur d'un même patrimoine à un statut particulier, à un but déterminé" (34), il n'en demeure pas moins qu'il existe dans tous ces cas des textes accordant à ces biens leur statut exorbitant du droit commun ; par contre, s'agissant du problème qui nous occupe, il n'y a rien de tel.

Il serait bien sûr possible de songer à étendre, comme l'a fait la Cour de cassation en 1947, le bénéfice de l'hypothèque légale de la masse aux faux créanciers de la masse. Mais là encore, cela ne va pas sans soulever quelques difficultés. L'hypothèque légale a essentiellement pour but la garantie du paiement des dividendes concordataires ; par conséquent, "ce droit de préférence ne pourrait jouer que dans les relations entre créanciers de la masse et dans la masse : à l'égard des nouveaux créanciers du failli concordataire, l'inscription ne pourrait

(32) E. de Lagrange, D.P. 1940 27 ; dans le même sens, Percerou et Desserteaux, p 600 note 1.

(33) R. Houin, R.T.D.Co.1948 p 146 n° 16.

(34) E. de Lagrange préc.

produire d'effet que dans la limite des créances inscrites". (35). En d'autres termes, puisque les nouveaux créanciers du débiteur ont eux aussi vocation à obtenir paiement sur cette fraction du patrimoine, acquise avant la première procédure, il est impossible de parler d'extension de l'hypothèque légale ; tout au plus pourrait-on envisager une substitution de bénéficiaire. Mais précisément, "il faut remarquer que, la masse ayant disparu par l'effet du concordat, l'hypothèque légale cesse alors d'être collective pour devenir individuelle et appartenir en propre à chaque créancier concordataire" (36); "l'inscription doit être prise au profit individuel de chacun des créanciers et doit mentionner le montant de leurs créances". (37). Il faudrait donc que les faux créanciers de la masse possèdent contre chaque créancier dans la masse un recours, ce qui n'a jamais été admis. (38).

18

Il n'existe en définitive, aucun moyen d'assurer la survie du droit de préférence des faux créanciers de la masse, ceci tout du moins en l'état actuel des textes. Pour autant, la solution préconisée par la Cour de cassation, aussi logique soit-elle, n'est pas satisfaisante. Il serait normal que les faux créanciers de la masse possèdent sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, acquis avant l'ouverture de la première procédure, un droit de préférence opposable à tous les créanciers dans la masse, fussent-ils apparus après l'obtention du concordat. Une intervention législative est donc souhaitable, qui pourrait par exemple aligner le sort des faux créanciers de la masse sur celui des créanciers héréditaires, en instituant la séparation des patrimoines.

(35) R. Houin, obs. R.T.D.Co.1948 p 146 n° 16.

(36) Ripert et Roblot t II n° 2956.

(37) R. Houin préc.

(38) En effet, les faux créanciers de la masse n'ont pas, en tant que tels, d'action contre les créanciers dans la masse. Ce n'est qu'après s'être transformés en vrais créanciers de la masse, en invoquant une faute du syndic, qu'ils pourront actionner les créanciers dans la masse. Cf. supra p. 355 n° 271.

SECTION II : LE SORT DES CONTRATS EN COURS APRÈS L'HOMOLOGA-
TION DU CONCORDAT

19 Le concordat, qui "consacre une entente du débiteur et de ses créanciers" (1), est une convention judiciaire "par laquelle le débiteur s'engage à payer ses créanciers en tout ou en partie, immédiatement ou à terme, sous les conditions qu'il sera libéré envers eux et que la procédure sera clôturée. Ce contrat est passé par les créanciers délibérant en assemblée générale suivant des conditions spéciales de majorité. Il s'impose aux créanciers absents ou opposants. Il a donc le caractère d'une convention collective". (2).

Il est vrai qu'à côté du concordat majoritaire ou judiciaire, il existe parfois des conventions privées, dénommées concordat amiable, dont ne rend pas compte cette définition. Mais il faut préciser immédiatement que les traités de ce genre ne sont pas valables en cas de règlement judiciaire car "une fois la procédure ouverte, les créanciers ont le droit de compter que, si un contrat intervient, il ne pourra être passé que dans les formes et avec les garanties légales. Tout au plus une exception peut-elle être admise dans le cas où le concordat amiable interviendrait avant que le jugement déclaratif n'ait acquis l'autorité de la chose jugée". (3).

20 Un des effets du concordat judiciaire est de mettre fin au dessaisissement qui, depuis le début de la procédure, frappait le débiteur. Ce dernier retrouve donc la disposition de son patrimoine et il va être en particulier confronté à des contrats en cours dont il est impératif de savoir s'il peut les poursuivre et à quelles conditions.

D'autre part, il se peut, pour des raisons sur lesquelles il faudra revenir (4), que le concordat soit annulé ou résolu et il est admis,

(1) Ripert et Roblot t II n° 3185.

(2) Ripert et Roblot t II n° 3187.

(3) Ripert et Roblot t II n° 3186.

(4) Cf. infra p 427 n° 332.

dans cette hypothèse, que c'est la procédure ancienne qui est réouverte, à ceci près qu'il ne s'agit plus d'un règlement judiciaire mais d'une liquidation des biens. A s'en tenir au droit commun, il faudrait décider que la résolution ou l'annulation, lorsqu'elles sont prononcées, rétroagissent et que par conséquent les agissements du débiteur, durant cette période, ne peuvent produire aucune espèce d'effet. En réalité, il n'en est rien, ceci du moins en matière contractuelle. Le nouveau syndic est confronté à une situation qui a toutes les chances d'être différente de celle qui existait au jour de l'homologation du concordat et il importe dès lors de s'interroger sur les pouvoirs dont il dispose vis-à-vis des cocontractants et sur les conséquences que cela implique pour ces derniers.

§ 1 : Le sort des contrats en cours au jour de l'homologation du concordat

21 Le débiteur concordataire, une fois remis à la tête de ses affaires, va trouver dans son patrimoine un certain nombre de contrats en cours dont la plupart le seront du fait du syndic agissant en vertu de l'article 38.

Mais précisément, si cet article permet à l'organe de la masse de passer outre aux demandes de résolution fondées sur des causes antérieures au jugement déclaratif ou même sur des clauses résolutoires expresses pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, il n'instaure par contre aucune prérogative exorbitante du droit commun au profit du débiteur. Dès lors, il va se reposer ici le problème du principe de la reprise dont nous verrons qu'il ne peut être résolu qu'en tenant compte des règles du droit commun.

Par ailleurs, il se peut fort bien que, tout en renonçant à son action résolutoire, le cocontractant revendique comme préalable à toute exécution, le paiement intégral de l'arriéré. Là encore, les raisons qui militaient en faveur du rejet du privilège du robinet ont disparu et il faudra bien, malgré l'existence de la règle de l'égalité des créanciers concordataires, sacrifier aux prétentions du cocontractant.

A) Le problème posé par les clauses résolutoires après le concordat

22 La présence de contrats en cours au jour de l'homologation du concordat résulte, soit de la négligence du cocontractant qui a omis d'en demander la résolution, soit, et ceci constitue l'immense majorité des cas, d'une manifestation de volonté du syndic allant dans le sens de la reprise. Or, à partir du moment où la clôture de la procédure est prononcée, le régime dérogatoire instauré par l'article 38 disparaît au profit du droit commun qui redevient applicable et il paraît alors logique d'admettre que l'ensemble de ces contrats puisse faire l'objet d'une demande en résolution intentée par le cocontractant. Quant aux motifs, ceux-ci ne manquent pas ; ce sera tantôt le fait que des prestations ont été fournies avant le jugement déclaratif sans qu'un complet paiement en ait été effectué, tantôt l'existence d'une clause de résiliation pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire.

3 Cette opinion cependant, ne fait pas l'unanimité, et il s'est trouvé plusieurs auteurs pour soutenir qu'il "serait peu raisonnable de permettre au cocontractant qui a exécuté le contrat sous la contrainte de l'article 38, alinéa 1er, de la loi de 1967, de revenir sur cette exécution une fois la solution de la procédure atteinte, après l'homologation du concordat par exemple, au motif que la clause de résolution ou de résiliation serait uniquement inopposable à la masse". (5).

A notre avis, cette position est discutable. D'une part, il n'existe, d'un point de vue juridique, aucune raison d'admettre que les clauses résolutoires de plein droit pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire sont réputées non écrites. (6). D'autre part et surtout, l'argumentation économique que présentent ces auteurs à l'appui de leur solution est peu convaincante dans son principe, et de plus

(5) R. Houin, obs. R.T.D.Co. 1975 p 639 n° 17.

(6) Cf. supra p. 189, n° 148 et s.

totallement inadaptée au but poursuivi ; elle aboutit en effet à distinguer les contrats poursuivis par le syndic de ceux qui ne l'ont pas été, ce qui est bien sûr incompatible avec l'affirmation initiale tendant à réputer non écrites toutes les clauses de résiliation ou de résolution de plein droit pour cause de faillite.

324

Pour M. Derrida, il ne faut pas considérer comme des dispositions d'exception les articles 52 al. 1 de la loi du 1967 et 1831-5 du Code civil qui prévoient respectivement pour le bail des immeubles et pour le contrat de promotion immobilière que les clauses résolutoires pour cause de faillite doivent être réputées non écrites. Elles sont la preuve que le législateur a voulu étendre à l'ensemble des contrats en cours le régime qui était autrefois appliqué aux contrats de ventes mobilières et que décrivaient les articles 534, 548 à 550 C. com. Or, selon cet auteur, "seul le premier de ces textes prévoyait que certains droits du vendeur ne pouvaient être exercés à l'encontre de la masse ; ces droits concernaient les sûretés proprement dites appartenant au vendeur, c'est-à-dire le privilège et le droit de "revendication" ; ... En revanche, les restrictions à l'action résolutoire résultant des anciens articles 548 à 551, tels que la jurisprudence les avaient interprétés, n'étaient pas limitées à la masse ; elles avaient donc une portée générale et pouvaient parfaitement jouer au profit du débiteur lui-même, qui n'avait donc pas à craindre après le concordat les initiatives des vendeurs de meubles à propos de l'action résolutoire ; ceux-ci ne pouvaient invoquer que leur sûreté, comme tout autre créancier hypothécaire ou privilégié". (7).

A ceci il faut objecter que l'article 60 de la loi de 1967 dispose de façon expresse que "le privilège, l'action résolutoire, et le droit de revendication établis par l'article 2102-4° C. civ. au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés à l'encontre de la masse que dans les limites des dispositions ci-après". Il faut donc en conclure que si le bail est soumis à une réglementation particulière en raison de son objet et de son utilité propre, il n'en va pas de même

(7) F. Derrida, note sous Cass. com. 17 mars 1975, D. 1975 558.

pour le vendeur de meubles dont l'action résolutoire ne peut être écartée qu'au profit de la masse. Comme par ailleurs la situation du vendeur de meubles est actuellement assimilée à celle de tout contractant (8), il en résulte que, sauf exception dûment précisée, les clauses de résolution ou de résiliation de plein droit sont uniquement inopposables à la masse. Par conséquent elles peuvent être invoquées contre le débiteur après le concordat.

25 M. Derrida soutient de plus que l'admission du jeu de la clause résolutoire "conduirait à des situations inconfortables sinon inextricables" (9), car le maintien de certains contrats "peut être indispensable à la poursuite de l'activité et à l'exécution des engagements concordataires. (10). Pour cet auteur, "c'est l'efficacité réelle de la solution retenue par la Cour de cassation à propos de l'article 38 qui est en jeu. La Haute juridiction a voulu donner à l'entreprise un moyen supplémentaire de rester en activité, au mépris d'une clause de résolution ou de résiliation de plein droit qui eût permis au cocontractant de ne pas exécuter un contrat par hypothèse nécessaire à la poursuite de l'exploitation, puisque la continuation en a été demandée ; on ne peut autoriser ce cocontractant à faire après le concordat, ce qui lui était interdit pendant la période préparatoire du règlement judiciaire ; on ne peut le laisser maître du sort de l'entreprise". (11).

Cependant, là encore, le raisonnement n'est pas convaincant. Tout d'abord, comme cela a déjà été souligné (12), les impératifs économiques, quelle que soit par ailleurs leur acuité, ne permettent jamais à eux seuls d'écarter le principe de la liberté des conventions. Il est bien évident que le régime décrit dans l'article 38 n'est pas le rappel d'une solution normale, mais une exception au droit commun qui doit, comme telle, être limitée strictement au cadre qui lui a été assigné. Au

(8) En ce sens, F. Derrida préc. p 557.

(9) F. Derrida préc. p 557.

(10) F. Derrida préc. p 557.

(11) F. Derrida préc. p 558.

(12) Cf. supra p 47 n° 39.

demeurant, il faut bien se rendre compte que l'argumentation économique présentée par M. Derrida conduit à des distinctions dont le principe et le contenu sont inadmissibles.

En effet si véritablement le sort de l'entreprise doit primer toute autre considération, si l'exclusion de la clause résolutoire s'explique pour "une raison de caractère social et économique" (13), certaines conséquences s'imposent. Il faut en premier lieu, et ceci au risque d'être en contradiction avec tous les principes contractuels, affirmer qu'au jour de l'homologation du concordat, non seulement le cocontractant ne peut pas user d'une clause résolutoire expresse, mais encore qu'il ne peut en aucun cas demander la résiliation de son contrat pour des causes antérieures au jugement déclaratif. En effet, que la résiliation du contrat provienne de l'automatisme d'une clause ou résulte d'une demande en justice, le péril est le même ; le failli concordataire risque de ne pouvoir redresser son entreprise.

D'autre part et toujours dans le même ordre d'idée, il y a de grandes chances que les contrats que le syndic n'a pas jugé bon de reprendre soient aussi sans intérêt pour le failli. Dès lors, faute d'argument économique, force serait d'admettre que "le silence du syndic maintenu et respecté durant la durée de la procédure, n'empêcherait pas, à la suite de l'homologation du concordat, le cocontractant de se prévaloir de cette clause de résolution ou de résiliation". (14). Or ceci ruine l'argumentation qui vient d'être exposée. Les clauses de résiliation ou de résolution de plein droit ne peuvent pas être a priori réputées non écrites, pour devenir ensuite seulement inopposables à la masse lorsque le syndic se désintéresse du contrat qui les inclut. Il faut leur appliquer un régime unitaire.

En définitive, l'argumentation économique est donc totalement inopérante. Le souci de ménager au débiteur concordataire la meilleure situation possible, si louable soit-il, ne peut qu'engendrer une

(13) F. Derrida préc. p 557.

(14) R. Houin R.T.D.Co. 1975 p 640 n° 17.

distinction inacceptable car il ne permet pas à lui seul de justifier dans la totalité des cas la nullité des clauses de résiliation ou de résolution de plein droit. Comme par ailleurs il n'existe aucune analyse juridique qui puisse permettre de se prononcer en ce sens, il faut réaffirmer que seule la masse peut écarter le jeu de pareilles clauses. Au surplus cette solution doit être étendue à l'ensemble des causes de résolution ou de résiliation du contrat.

B) Les conditions de la reprise par le débiteur concordataire

27 Ainsi, "dès que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée, le dessaisissement du débiteur prend fin. Le syndic cesse ses fonctions et doit rendre ses comptes. Le débiteur retrouve la libre disposition de ses biens, à l'exception de ceux qu'il aurait abandonnés". (15). Mais ce faisant, il ne fait aucun doute que, mis à part les modalités prévues au concordat, le droit commun doit à nouveau s'appliquer, et qu'en particulier le cocontractant peut obtenir la résolution ou la résiliation de son contrat, soit en vertu d'une action en justice fondée sur l'inexécution de certaines prestations, soit plus simplement en invoquant le jeu d'une clause résolutoire expresse.

Mais ceci n'est pas la seule possibilité qui s'offre au cocontractant. Il peut aussi dans certains cas subordonner la poursuite du contrat au paiement préférentiel de l'arriéré. Cela étant, dans la mesure où l'arriéré peut à la fois recouvrir des créances dans la masse et de fausses créances de masse, dont les régimes sont distincts, il faut, pour présenter une démonstration probante de ce point de vue, procéder à une étude particulière de chacun de ces types de créance.

28 Aux termes de l'article 74 de la loi de 1967, "l'homologation du concordat le rend obligatoire pour tous les créanciers, que leurs créances aient été ou non vérifiées". Cependant, malgré la formule très générale employée par ce texte, certaines distinctions doivent être

(15) Ripert et Roblot t II n° 3228.

introduites. Le traité concordataire étend assurément ses effets à tous les créanciers chirographaires dont la créance est antérieure à l'ouverture de la procédure, car ceux-ci font partie de la masse pour peu que leur créance ait été produite. Par contre, le concordat ne produit aucun effet vis-à-vis des vrais et des faux créanciers de la masse, car ils n'ont jamais été inclus dans la masse; le concordat est à leur égard "res inter alios acta"; la réduction de la dette ne leur est évidemment pas opposable" (16).

Par conséquent, le cocontractant qui se prévaut d'une fausse créance de masse, peut non seulement exercer immédiatement des poursuites, mais il peut, de plus, assujettir la fourniture de sa prestation au paiement intégral de sa créance puisque les remises concordataires ne le concernent pas.

29 Lorsque par contre le cocontractant invoque une créance dans la masse, puisque d'une part le concordat est un contrat passé entre le failli et la masse (17) et puisque d'autre part, cette dernière comprend tous les créanciers dont les droits étaient déjà nés au jour du jugement déclaratif, les remises de dette et les délais éventuellement accordés au débiteur sont en principe opposables à ce créancier.

Toutefois, il est admis que si le concordat fait désormais la loi des parties, "on ne saurait pourtant interdire après l'homologation, les accords particuliers avec certains créanciers. Le concordat crée au profit de chaque créancier un nouveau droit de créance qui a pour objet le dividende concordataire ; ce droit est susceptible d'une convention particulière (18). Qui plus est, "il est certain qu'il peut toujours y avoir augmentation du dividende, ou réduction de la remise concordataire, au moyen d'un engagement de payer pris par le débiteur, engagement qui transforme en dette civile l'obligation naturelle

(16) Meller, thèse préc. p 411.

(17) En ce sens, A. Martin-Serf, "Réflexions sur la nature contractuelle du concordat" Rev. de Jur. com. 1980 p 293 et s. et les références citées.

(18) Ripert et Roblot t II n° 3214.

restant à sa charge après le concordat" (19).

Enfin, il se peut que le concordat contienne une clause de retour à meilleure fortune. Cette clause "est celle par laquelle le débiteur s'engage à payer, outre le dividende concordataire, la totalité des créances vérifiées, sous la condition d'une amélioration de sa situation pécuniaire". (20). Le plus souvent, "les tribunaux considèrent qu'elle constitue un engagement ferme que le débiteur est tenu d'exécuter" (21). Dès lors, si les conditions requises sont réunies, le cocontractant pourra subordonner la poursuite de son contrat au paiement intégral de l'arriéré. En effet, à partir du moment où le concordat est homologué, la procédure est close et l'article 13 al. 2 qui avait été utilisé pour écarter le privilège du robinet en cas de reprise par le syndic (22) n'est ici d'aucun secours.

§ 2 Le sort du contrat en cas d'annulation ou de résolution du concordat

Il est aujourd'hui admis par la très grande majorité des auteurs que le concordat, bien que de nature contractuelle, échappe aux règles d'annulation et de résolution du droit commun des contrats (23). "Le contrôle de l'autorité judiciaire sur sa conclusion, l'importance de l'acte pour le sort de l'entreprise, le grand nombre de personnes intéressées à la clôture de la procédure, expliquent l'existence de règles originales qui conservent au pouvoir judiciaire un certain droit de regard sur le déroulement des opérations" (24).

Notamment, il faut admettre, en raison du caractère judiciaire du

(19) Percerou et Desserteaux t II n° 1361 quater p 851.

(20) Ripert et Roblot t II n° 3223.

(21) Ripert et Roblot t II n° 3223.

(22) Cf. supra p. 189, n° 148 et s.

(23) En ce sens, M. Vasseur, Cours de droit commercial, 1975-1976 p 1277, Ripert et Roblot n° 3232.

(24) Ripert et Roblot t II n° 3232.

concordat, qu'aucune action en nullité n'est recevable pour une cause autre que celle énoncée à l'article 76 al. 1 de la loi de 1967 ; à savoir, la découverte, après l'homologation du concordat, d'un dol du débiteur résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif (25). A l'inverse, si la décision d'homologation, passée en force de chose jugée, purge les vices qui atteignent le concordat lors de sa formation, elle ne peut suffire à en garantir la bonne exécution ; dès lors il est aisément compréhensible que la loi de 1967 ait retenu trois causes de résolution. Le concordat est résolu, soit lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements concordataires, soit encore en cas d'inobservation des délais accordés par les créanciers dont la créance est garantie par un privilège ou une sûreté réelle, soit enfin lorsque le débiteur est frappé pour une raison quelconque de l'interdiction d'exercer une activité commerciale.

31 A supposer que l'une de ces hypothèses se réalise et que l'annulation ou la résolution du concordat s'ensuive (26), le tribunal sera contraint, en vertu de l'article 79 de la loi de 1967, de convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens ; le débiteur sera immédiatement soumis au dessaisissement et un nouveau syndic sera nommé. Qui plus est, à s'en tenir au droit commun de la résolution ou de l'annulation, cette conversion devrait opérer avec effet rétroactif et replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient au moment de l'homologation du concordat. En réalité, il résulte de la combinaison des articles 78 de la loi de 1967 et 76 du décret du 22 décembre 1967, que les agissements du débiteur sont en principe maintenus et donnent lieu à des créances dans la masse.

Par conséquent, si la masse retrouve son existence, sa composition

(25) Argenson et Toujas, n° 1202.

(26) Il est douteux que les termes formels de l'article 75 autorisent les tribunaux à apprécier si le degré de gravité des fautes du débiteur justifie la résolution. (en ce sens Ripert et Roblot t II n° 3234). Néanmoins, cette solution se rencontre en jurisprudence. (Cass. com. 15 juillet 1975, D.S. 1975.737, note F.D. ; Béthune civ., 18 décembre 1974, G.P. 1975, I, 323.

variera. Elle comprendra, non seulement les créanciers concordataires, mais aussi les créanciers postérieurs à l'homologation du concordat. En particulier, les tiers qui auront été en rapport contractuel avec le débiteur durant cette période, ne seront pas des créanciers hors de la procédure, mais, pour peu que leurs créances aient été produites et admises, des créanciers dans la masse. Le nouveau syndic va se trouver alors confronté à une situation contractuelle nouvelle. Non seulement la finalité de la procédure aura changé, mais de plus certains contrats auront été résolus alors que d'autres seront apparus. Face à cet état de fait qui s'apparente de très près à l'ouverture d'une nouvelle procédure, ceci du moins en matière contractuelle, il est nécessaire de se demander de quels pouvoirs jouit le syndic et à quelles conditions ils s'exercent.

A) Quels sont les pouvoirs dont dispose le syndic vis-à-vis des contrats en cours au jour de l'annulation ou de la résolution du concordat ?

32 La question de la reprise des contrats en cours doit être envisagée au moment de la disparition du concordat et non pas à l'époque de son homologation. En d'autres termes, le nouveau syndic n'est pas, en matière contractuelle, l'héritier de la situation laissée par son prédécesseur, mais un organe indépendant confronté à une procédure nouvelle.

Certes un concordat qui disparaît est censé n'avoir jamais existé et dès lors la procédure n'ayant rétroactivement plus de solution est réputée s'être prolongée depuis le jugement déclaratif jusqu'à l'annulation ou la résolution du concordat. Mais, outre le fait que cette rétroactivité suscite dans son principe des controverses qui sont loin d'être éteintes (27), l'article 78 de la loi de 1967 précise expressément que les actes faits par le débiteur durant le concordat sont maintenus,

(27) Dans le sens de la non-rétroactivité, J. Guyenot, Cours de droit commercial, 1977 p 1105 n° 186 à 188 ; M. Vasseur, Cours de droit commercial, 1975 p 1277.

à moins qu'il ne soit prouvé, conformément à l'article 1167 du Code civil, qu'ils ont été accomplis en fraude aux droits des créanciers. Cette disposition s'explique fort bien. Si la nullité ou la résolution du concordat rétroagissait, le débiteur remis à la tête de ses affaires ne trouverait aucun crédit, car ceux qui traiteraient avec lui auraient toujours la crainte que le concordat soit ensuite annulé ou résolu. La rétroactivité "aurait en effet cette conséquence que le débiteur devrait être considéré comme n'ayant jamais été replacé à la tête de ses affaires ; aucun de ses actes ne serait opposable à ses créanciers parce que accomplis sans l'assistance du syndic" (28).

Mais ce faisant, il est bien évident que, si la notion de contrats en cours recouvre des réalités différentes, selon l'époque à laquelle elle est appréhendée, il serait totalement absurde de situer le problème de la reprise des contrats au jour de la clôture de l'ancienne procédure. En effet, dans la mesure où les agissements du débiteur ne sont pas condamnables, ce type de raisonnement aboutirait inéluctablement à permettre au syndic la reprise de contrats définitivement résolus, tout en lui interdisant d'avoir un droit de regard sur ceux qui, valablement conclus pendant le concordat, sont incontestablement venus grossir le rang des contrats en cours. Par conséquent, et quels que soient par ailleurs les pouvoirs du syndic, il faut admettre de façon définitive que ceux-ci s'exerceront uniquement sur les contrats en cours d'exécution au jour de la résolution ou de l'annulation du concordat.

33 Parmi ces contrats, certains ont été conclus pendant la période concordataire, alors que d'autres, après avoir été poursuivis par le premier syndic, ont été purement et simplement reconduits par le débiteur. Pour autant, il n'y a pas lieu de tenir compte de cette différence dans les observations qui vont suivre ; dans un cas comme dans l'autre, l'existence de ces contrats au jour de la réouverture de la procédure s'explique uniquement par une manifestation de volonté du débiteur, de sorte que la logique la plus élémentaire conduit nécessairement à leur

(28) M. Vasseur préc. p 1277.

appliquer un régime unique.

Ici encore, on pourrait cependant songer à instaurer, au nom de la rétroactivité, une distinction entre les contrats ayant déjà fait l'objet d'une reprise dans la phase antérieure, et ceux qui sont d'origine purement concordataire, en soutenant que si la continuation des seconds est éventuellement subordonnée à une prise de position du nouveau syndic, les premiers par contre, sont, du fait de la reprise initiale, automatiquement poursuivis. Mais ce raisonnement est inacceptable.

Il est certain tout d'abord, qu'il y aurait quelque incohérence à écarter tacitement mais nécessairement la rétroactivité, lorsqu'il s'agit de définir le domaine des contrats en cours, pour la réintroduire ensuite à propos du droit d'option du syndic. Qui plus est, il est pour le moins gênant d'appliquer de manière rigoureuse la rétroactivité pour rendre le nouveau syndic tributaire des décisions de son prédécesseur, tout en l'écartant sélectivement afin de tenir compte du comportement contractuel du débiteur. D'une part, ceci supposerait que le débiteur ne soit pour rien dans le maintien de certains contrats au jour de la résolution ou de l'annulation du concordat, ce qui est inexact ; d'autre part et surtout, s'agissant d'un seul et même problème, celui de la continuation des contrats en cours au jour de la réouverture de la procédure, une telle disparité de solution n'est ni souhaitable ni même concevable. En effet, il faut choisir : ou bien le nouveau syndic est censé se substituer à l'ancien, mais dans ce cas, il est nécessaire d'en tirer toutes les conséquences et, en particulier, il faut admettre, ce qui est inacceptable, que le nouveau syndic doit reprendre la procédure avec ses incidences contractuelles, dans l'état où elle se trouvait au jour de l'homologation du concordat ; ou bien, et ceci est la seule solution admissible, il est nécessaire, conformément à l'article 78 de la loi de 1967, de tenir compte des variations patrimoniales intervenues au cours du concordat. Mais alors, il ne doit pas y avoir d'ambiguïté ; la rétroactivité est une fiction dont l'utilisation en matière contractuelle ne se justifie en aucun cas. Le jugement d'annulation ou de résolution "produit ses effets sans rétroactivité : il n'efface pas le concordat dans le passé ; il supprime seulement pour l'avenir le régime

du concordat qui sera remplacé par le régime de la liquidation des biens" (29).

34

Reste à savoir maintenant de quels pouvoirs dispose le nouveau syndic, et notamment s'il peut exiger la continuation des contrats en cours au jour de la résolution ou de l'annulation du concordat. A notre avis, une réponse affirmative s'impose ; il faut concéder à cet organe des pouvoirs similaires à ceux qu'il aurait eus au jour du jugement déclaratif.

A l'appui de cette position, plusieurs types d'arguments peuvent être avancés. Economiquement, il est impératif que, non seulement le nouveau syndic puisse tenir compte des modifications apportées par le débiteur à son patrimoine, mais encore qu'il ne soit pas tributaire des décisions prises par son prédécesseur. En effet, la procédure n'est plus la même ; au règlement judiciaire s'est substituée une liquidation des biens et la finalité des opérations de la procédure ne peut que s'en trouver modifiée ; de conservatoire, elle va devenir liquidative et ceci suppose, bien évidemment, que le syndic puisse aborder sans contraintes aucunes un changement de politique. Il est possible d'objecter que, dans l'hypothèse d'une conversion de règlement judiciaire en liquidation des biens, et ceci sans disparition préalable d'un concordat, le problème est le même et que pourtant le syndic ne dispose pas d'un droit de reprise discrétionnaire, mais uniquement d'une faculté de résolution donnant lieu à de fausses créances de masse. Cette objection apparemment très forte n'est pourtant pas décisive. Tout d'abord, il faut bien se rendre compte que cette assimilation, à la supposer acquise, reviendrait à réintroduire la rétroactivité, ce qui, nous l'avons vu, est difficilement concevable. De plus, et surtout, l'identité de ces deux situations n'est qu'apparente.

Lorsque le règlement judiciaire est converti en liquidation des biens avant l'homologation du concordat, les contrats en cours au jour de cette conversion proviennent exclusivement d'une manifestation de volonté du syndic. En d'autres termes, les cocontractants qui apparaissent

(29) M. Vasseur préc. p 1277.

à cette époque n'interviennent pas de leur plein gré mais contraints et forcés par les dispositions de l'article 38 qui les empêchent d'obtenir la résolution de leur contrat tant que ce dernier est correctement exécuté. En contrepartie, il leur est assurée une situation privilégiée de faux créancier de la masse pour toutes les créances acquises au cours de la procédure et notamment pour celles résultant de la résiliation ou de la résolution des contrats (30). Par conséquent, les tiers contractants sont, depuis le jugement déclaratif, entièrement assujettis à la volonté du syndic et il serait alors difficilement compréhensible que celui-ci puisse, à la faveur d'une conversion dont il a pris l'initiative, revenir sur ses engagements antérieurs. Par contre, à supposer qu'il y ait annulation ou résolution du concordat, la situation n'est plus du tout la même ; si rapport de force il y a, celui-ci s'est inversé. La présence du cocontractant à l'époque de la disparition du concordat provient d'une volonté délibérée de sa part, et non d'une quelconque mesure de contrainte. Plus précisément, il ne s'agit plus d'un tiers à qui il a été garanti une situation préférentielle, mais d'un créancier ordinaire qui s'est engagé en toute connaissance de cause, et en sachant notamment qu'en cas de nouveau jugement déclaratif ou de résolution du concordat, les textes lui assuraient au mieux, pour les créances afférentes à cette période, une situation de créancier dans la masse. Dans ces conditions, il n'y a aucune raison de mettre à la charge de la masse la résiliation de certains de ces contrats. Non seulement cette dernière n'est pour rien dans le maintien de ceux-ci, mais de plus, ce serait introduire une disparité inexplicable entre les divers cocontractants de cette période. En effet, le cocontractant qui aurait eu, dans un premier temps la chance de voir son contrat poursuivi, puis l'habileté d'éviter ensuite de demander la résiliation, serait avantagé à la fois vis-à-vis de ceux dont le contrat a été conclu pendant la période concordataire et de ceux qui ont commis l'erreur de profiter de l'homologation pour demander la résiliation, sans qu'aucun motif d'équité puisse être invoqué à l'appui de cette distinction.

(30) Cf. supra p. 367, n°279 et s.

Au demeurant, et au point de vue juridique cette fois, il n'existe dans les textes réglementant la liquidation des biens ou le règlement judiciaire, aucun obstacle à cette solution. Au contraire, la combinaison de l'article 76 du décret du 22 décembre 1967 avec l'article 38 paraît autoriser le syndic à exiger la continuation des contrats en cours. L'article 76, il est vrai, ne fait aucune allusion à cette faculté. Il précise simplement que "si le concordat est annulé ou résolu, le tribunal nomme un syndic ; celui-ci procède sans retard, sur la base de l'ancien inventaire avec l'assistance du juge du tribunal d'instance si des scellés ont été apposés conformément à l'article 19 de la loi du 13 juillet 1967, au récolement des valeurs, actions et papiers. S'il y a lieu, il procède à inventaire et dresse un bilan supplémentaire". Mais précisément, le caractère sommaire de cette énumération montre, s'il en était besoin, qu'elle n'est pas limitative, et que son seul objet est d'apporter quelques précisions sur les éléments distinctifs de cette conversion particulière. Pour le reste, et spécialement en ce qui concerne le passif du débiteur et la gestion de son patrimoine après la réouverture de la procédure, il faut appliquer le droit commun exprimé dans les chapitres 3 et 4 du titre I de la loi du 13 juillet 1967.

35 A priori, il n'existe donc aucune raison d'écarter l'article 38. De plus, son contenu est tout à fait compatible avec la situation envisagée. Il y est mentionné, en effet, que "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie". Or d'une part, s'il est précisé que cette faculté n'existe qu'en cas de procédure collective et que dès lors il faut en exclure les contrats antérieurement résolus, rien ne permet d'en déduire que les conventions qui pourraient intervenir par la suite y échappent ; d'autre part, rappelons-le encore, en matière contractuelle, la conversion n'est pas rétroactive ; "le jugement d'annulation est un jugement déclaratif de faillite ou de liquidation des biens" (31); par

(31) G. Toujas, Liquidation des biens, Règlement Judiciaire, Destruction du concordat annulation résolution, J. Class. com. art. 437 à 614-26, Fasc. I.60, n°65.

conséquent, l'article 38 a toute vocation à s'appliquer. Au surplus, si le syndic peut reprendre les contrats en cours au moment de l'ouverture d'une seconde faillite, il n'y a aucune raison pour qu'il ne puisse faire de même en cas de résolution ou d'annulation du concordat. Dans un cas comme dans l'autre, la situation du cocontractant est identique, et les intérêts en jeu similaires ; il n'y a donc aucun motif pour adopter des solutions divergentes.

B) Les modalités de la reprise

36 Les pouvoirs accordés au nouveau syndic vis-à-vis des contrats en cours au jour de la résolution ou de l'annulation du concordat, sont en définitive identiques à ceux qu'il aurait eus dans le cadre de l'ouverture d'une nouvelle procédure. S'il n'est tenu de reprendre aucun des engagements figurant dans le patrimoine du débiteur, il possède, par contre, en vertu de l'article 38, la possibilité d'exiger la continuation des contrats en cours.

Mais précisément, cette similitude ne peut que faire ressurgir les deux problèmes classiques qui président à toute reprise, à savoir celui des clauses résolutoires et celui du paiement de l'arriéré.

37 Les clauses de résiliation pour cause de résolution ou d'annulation du concordat sont sans aucun doute inopposables à la masse. L'article 38 est d'ordre public ; il suffit pour s'en convaincre de reprendre les arguments présentés à propos des clauses qui prévoyaient la résiliation ou la résolution de plein droit en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire.

En premier lieu, il est certain que si l'article 38 n'était pas d'ordre public, il se produirait une multiplication des clauses résolutoires, ce qui risquerait non seulement de retirer toute réalité à l'option du syndic, mais encore d'empêcher une conclusion satisfaisante de la liquidation des biens. Par ailleurs, dans la mesure où le cocontractant ne subit aucun préjudice du fait de la reprise, puisqu'il va obtenir

le paiement intégral des prestations fournies durant la procédure, rien ne lui permet d'aller à l'encontre de l'intérêt de la masse. (32).

38

Le problème du paiement de l'arriéré est de prime abord plus complexe. Les créances dont se prévaut le cocontractant ne sont pas, à proprement parler, antérieures au jugement déclaratif. Or, la justification classiquement invoquée pour rejeter le paiement de l'arriéré (33), consiste à dire, conformément à l'article 13 al. 2, qu'aucun créancier dont la créance est antérieure au jugement déclaratif ne peut avoir une créance sur la masse, autrement dit une vraie ou une fausse créance de masse. Apparemment, la situation est donc sans issue. Faute de pouvoir appliquer à notre hypothèse l'article 13 al. 2, il faudrait en revenir au droit commun des contrats et en déduire que le cocontractant peut subordonner la reprise de ses prestations au paiement intégral de sa créance.

Pourtant, il est certain qu'économiquement cette situation n'est ni souhaitable, ni équitable. En considérant la question sous cet angle, en effet, il n'existe aucune raison d'accorder une situation privilégiée au cocontractant. Le préjudice qu'il pourrait être tenté d'invoquer, et qui résulte du paiement fragmentaire des créances acquises avant la réouverture de la procédure, n'est que le lot commun de tous les créanciers dans la masse. Dès lors, s'il fallait admettre une entorse au principe de l'égalité des créanciers, celle-ci ne s'expliquerait nullement par l'intérêt de la masse, mais par l'existence d'un chantage à la reprise.

En outre, d'un point de vue juridique, il existe au moins deux méthodes permettant de résoudre la question de façon satisfaisante. La première, qui a le mérite de s'appuyer sur un texte, consiste à dire que si l'article 76 du décret du 22 décembre 1967 invite les créanciers nouveaux "à produire leurs titres de créances à la vérification dans les conditions prévues à l'article 45", c'est qu'il s'agit nécessairement de créanciers dans la masse, insusceptibles, par conséquent, d'obtenir

(32) Cf. supra p194 n° 152.

(33) cf. supra p189 n° 148.

un quelconque paiement privilégié. On pourrait bien sûr songer à reprendre ici la polémique engagée à propos de l'article 13 al. 2, en soutenant que l'article 76 n'a pas pour but de consacrer le principe de l'égalité des créanciers, et que même si cela était, ce principe peut connaître certaines dérogations lorsqu'il est question de la reprise des contrats en cours. Mais tout ceci n'est guère convaincant. Tout d'abord, il est certain que l'article 76 renvoie bel et bien au principe de l'égalité des créanciers, car la nécessité de produire que contient cet article en est justement l'une des principales conséquences. Il est vrai, cependant, que cette notion d'égalité n'est pas d'ordre public (34) et que, de ce fait, elle peut être parfois méconnue ; mais cela suppose acquises certaines conditions que ne remplit pas la question qui nous occupe. En effet, pour écarter le principe de l'égalité des créanciers dans la masse, il ne suffit pas que l'exécution du contrat au cours de la procédure collective présente un intérêt pour la masse, il faut encore que le cocontractant, soit renonce à se prévaloir d'une situation acquise qui aurait pu empêcher cette continuation, soit subisse un préjudice particulier provenant de la nature de son contrat. Ce pourrait être le cas, par exemple, si le syndic veut bénéficier d'un contrat qui n'est plus en cours au moment de la résolution ou de l'annulation du concordat, ou encore, si le contrat qui n'est pas résilié présente ce qu'il est à tort (35) convenu d'appeler une indivisibilité naturelle absolue. Mais ces exceptions mises à part, la reprise du contrat n'entraîne aucun déséquilibre économique ; le cocontractant reçoit le complet paiement des prestations fournies. Par conséquent, il n'y a aucune raison pour écarter en l'occurrence la règle de l'égalité des créanciers dans la masse.

Le second raisonnement consiste, non plus à partir de la qualité de créancier dans la masse pour déboucher sur le principe de l'égalité des créanciers, mais à refuser tout effet rétroactif à la résolution ou à l'annulation du concordat. M. Toujas écrit ainsi que, si le jugement d'annulation ou de résolution doit être considéré comme rouvrant la

(34) cf. supra p 35 n° 28 p 193 n° 151.

(35) cf. supra p 198 n° 156 et s.

procédure clôturée par le concordat, il n'en demeure pas moins qu'il "est aussi pour les nouveaux créanciers un jugement déclaratif ordinaire" (36). Quelle que soit par ailleurs la validité de cette prise de position, il est sûr qu'elle correspond en matière contractuelle à la réalité. Que l'article 76 soit perçu comme une dérogation au principe de la rétroactivité ou au contraire comme la preuve que cette notion n'a jamais existé, le résultat est le même ; l'annulation ou la résolution du concordat ne permettent pas en principe de revenir sur les relations contractuelles que le débiteur a nouées durant la période concordataire. Dès lors tout se passe effectivement comme si un nouveau jugement déclaratif était prononcé, et rien n'empêche dans ces conditions de réutiliser purement et simplement l'article 13 al. 2. Les créances contractuelles d'origine concordataire seront alors réputées acquises avant le jugement déclaratif et ne pourront en aucune manière être perçues comme de fausses créances de masse.

39 Le parallèle annoncé entre les pouvoirs du syndic au jour de l'annulation ou de la résolution du concordat et ceux qu'il détient au moment de l'ouverture de la procédure est donc complet. Dans un cas comme dans l'autre, non seulement l'article 38 a vocation à s'appliquer, mais de plus les conditions de sa mise en oeuvre sont identiques. Les clauses résolutoires sont inopposables à la masse et, sauf exceptions, le paiement préférentiel de l'arriéré doit être exclu.

(36) G. Toujas préc. n° 65.

CONCLUSION



40 Au terme de cette étude consacrée à l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967 et à certaines dispositions exceptionnelles, telles que l'article 52 de cette même loi ou encore l'article L.122-12 du Code du travail, il s'avère que la jurisprudence et la doctrine dominante ont abordé la plupart des questions soulevées par la reprise des contrats en cours, en tenant compte de la dissociation opérée par le législateur de 1967 entre l'entrepreneur et l'entreprise, et en tentant de satisfaire les impératifs économiques de cette dernière, sans pour autant porter atteinte de manière définitive ou injustifiée à la situation du cocontractant. Cette démarche, qui est effectivement la seule valable, a introduit dans la problématique des contrats en cours une sorte de balancement.

 D'un côté, comme le révèle notre première partie consacrée aux principes gouvernant le droit d'option, elle conduit à écarter le jeu des clauses résolutoires pour cause de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, ainsi qu'à refuser le paiement de l'arriéré. Dans un cas comme dans l'autre, la préoccupation est la même : permettre au syndic de liquider au mieux l'entreprise ou encore de la redresser, sans que certains cocontractants puissent ruiner ce projet en refusant leur concours ou en l'assujettissant à l'obtention de privilèges exorbitants qui obéneraient gravement le crédit de l'entreprise et causeraient par là-même un préjudice aux autres créanciers. Quant au raisonnement utilisé, il s'appuie toujours peu ou prou sur le principe de l'égalité des créanciers et consiste à remarquer que l'article 13 al. 2 s'oppose au nom de ce principe au paiement préférentiel de l'arriéré, fut-il la contrepartie d'une clause résolutoire pour cause de faillite. En effet, puisque normalement le syndic doit à l'avenir exécuter intégralement le contrat, le cocontractant ne subit du fait de la reprise aucun préjudice spécifique, et il n'y a dès lors aucune raison pour qu'il retire de la faillite un avantage particulier.

De l'autre et par un juste retour des choses, cette analyse qui permet d'infléchir, au nom de la sauvegarde du crédit de l'entreprise, certaines règles contractuelles classiques, ne prive pas pour autant le cocontractant de toute garantie. Bien au contraire, dans la mesure où il s'appuie sur le fait que la poursuite des contrats ne peut pas aggraver si peu que ce soit la situation des cocontractants, il contient en lui-même sa propre limite. Ainsi, les conséquences de la levée de l'option qui font l'objet de la seconde partie, montrent que le tiers qui exécute son contrat à la demande du syndic dispose d'un droit de préférence et d'un droit de poursuite individuel qui lui permettent de recouvrer avec un maximum de garanties le paiement des prestations fournies après l'ouverture de la procédure.

41 Cette façon de procéder, qui n'est qu'une "manifestation particulière d'un mouvement beaucoup plus large qui tend à cristalliser autour de la notion d'entreprise les problèmes liés aux rapports nés de l'activité économique" (1), est dans son principe tout à fait satisfaisante. En revanche, son application par la jurisprudence appelle quelques réserves de portée d'ailleurs inégale.

Tout d'abord, il semble que les conflits économiques qui s'élèvent entre l'entreprise et le cocontractant ne sont pas toujours réglés au mieux de leurs intérêts respectifs. Ainsi, il n'existe aucune raison véritable pour exclure du domaine de l'article 38 les contrats conclus intuitu personae. Non seulement la résolution de plein droit de cette catégorie de contrats, dont la définition est au demeurant plus que floue, est en contradiction avec les impératifs économiques de l'entreprise, mais de plus le cocontractant ne subit du fait même de la reprise aucun préjudice particulier (2). A l'inverse, et toujours dans le même ordre d'idée, il est, sinon injuste, du moins inéquitable que les prestations fournies durant la période postérieure au jugement déclaratif, mais antérieure à la prise de position du syndic, ne donnent lieu qu'à des

(1) M. Hardouin, thèse préc. p 11.

(2) Cf. supra p 61 n° 47 et s.

créances dans la masse lorsque le contrat n'est finalement pas repris (3). L'ouverture d'une procédure collective doit figer les déséquilibres patrimoniaux et non les aggraver. Cette remarque concerne également l'analyse discutable que fait la jurisprudence du contrat de factoring et autre cession de créance. Là encore, il n'existe aucune justification à l'enrichissement sans contrepartie de l'entreprise (4).

Ensuite, et cela est beaucoup plus grave, il apparaît de plus en plus que cette notion d'entreprise, bien loin de se clarifier, tend à se dédoubler en deux acceptions dont la faillite ne fait qu'accentuer l'antinomie, sans d'ailleurs que la jurisprudence en ait toujours conscience. Le sort réservé aux contrats de travail en cours au jour du prononcé de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire est à cet égard particulièrement révélateur. Il est acquis actuellement par la majorité de la doctrine qu'en vertu de l'article L. 122-12, les contrats de travail non dénoncés sont automatiquement poursuivis lorsque la continuation d'exploitation est autorisée (5). Le caractère illogique de cette solution a été souligné par quelques auteurs (6) qui ont remarqué avec justesse que les conditions de l'application de l'article L. 122-12 ne sont pas réunies en l'espèce, et que de plus ce système privilégie indûment une certaine catégorie de cocontractant aux dépens de l'entreprise. Mais précisément, c'est ici que surgit la difficulté. Que recouvre la notion d'entreprise ? Quels sont ses éléments constitutifs ? Faut-il voir uniquement la réunion de moyens matériels agencés de manière à produire des biens ou fournir des services, auquel cas prévaudra effectivement une perspective purement économique, ou doit-on au contraire percevoir l'entreprise comme "une cellule sociale élémentaire" (7) dans laquelle l'intérêt de l'entreprise se confond dans une certaine mesure avec celui des salariés, ce qui paraît être la politique jurisprudentielle actuelle ?

(3) Cf. supra p 237 n° 184 et s.

(4) Cf. supra p 341 n° 257 et s.

(5) Cf. supra p 101 n° 80 et s.

(6) Cf. supra p 115 n° 91.

(7) En ce sens, P. Durand, Rapport aux Journées de l'Association H. Capitant.

42 Cette dernière conception est bien entendu celle du droit social car, "ayant pour but de protéger et de promouvoir les travailleurs, il tient naturellement ces derniers pour une composante essentielle de l'entreprise" (8). Celle-ci est alors perçue, non pas comme un simple agrégat d'éléments matériels constituant une cellule économique, mais comme une "organisation rassemblant des travailleurs sous l'autorité d'un chef pour la réalisation d'une activité commune" (9). plus précisément, et toujours selon cette analyse, il y a dans l'entreprise deux sortes d'éléments constitutifs : "des éléments matériels qui composent la cellule économique, des éléments humains ensuite qui constituent la cellule sociale. Juridiquement, l'entreprise n'est ni uniquement une cellule sociale, ni uniquement une cellule économique, mais elle est tout à la fois l'une et l'autre" (10).

Toutefois, cette position est discutable. Certes, il est exact, comme l'avancent ses partisans, que certaines dispositions du droit civil (11) ou du droit fiscal (12) font allusion aux notions d'exploitation et d'entreprise. Il est incontestable encore que l'article L. 122-12 "rattache les travailleurs à l'entreprise elle-même et non plus comme autrefois à la personne de l'entrepreneur" (13). Mais d'une part, ces textes sont exceptionnels et les principes généraux du droit commandent dès lors de les interpréter de manière restrictive. D'autre part, cette théorie n'est ni juridiquement ni sociologiquement justifiée.

En premier lieu, il faut bien voir que l'entreprise, telle qu'elle est conçue en droit social, ne peut être rattachée à aucune notion juridique préexistante car la notion de fonds de commerce, pas plus que celle de société, ne peut rendre compte de sa prétendue dimension sociale. Le personnel ne peut être inclus dans la réunion des biens et des droits affectés par le commerçant à son exploitation ; tout au plus

(8) N. Catala "L'entreprise" Dalloz p VII.

(9) N. Catala préc. p 138.

(10) M. Despax "L'entreprise et le droit" thèse Toulouse 1956 p 271.

(11) Voyez Despax préc. p 81.

(12) Il en va ainsi des règles fiscales qui accompagnent la participation légale des salariés aux fruits de l'expansion et qui visent l'entreprise.

(13) M. Despax préc. p 266.

pourrait-on admettre à la rigueur que la valeur de ce personnel soit, à l'instar de la valeur de la clientèle, intégrée dans le fonds de commerce (14). De même, le fait que les travailleurs soient associés, de manière d'ailleurs restreinte, au fonctionnement institutionnel de la société ne doit pas faire illusion. Les salariés ne sont pas partie prenante dans le contrat de société car aucun des éléments qui caractérisent ce type de contrat n'existe ici : la prestation fournie par le salarié ne peut être considérée comme un apport en industrie (15) ; il n'y a aucune solidarité entre les associés et le personnel, aussi bien dans une éventuelle contribution aux pertes que dans le partage des bénéfices ; enfin, aucune affectio societatis ne lie les apporteurs de capitaux et les employés, car ces derniers sont par définition dans un état de subordination. Peut-on alors admettre que l'entreprise constitue un sujet de droit nouveau ? L'idée a été jadis défendue par M. Despax (16) qui estimait que l'entreprise présentait toutes les caractéristiques d'une personne morale. Selon cet auteur, elle possède un intérêt distinct des intérêts individuels mis en jeu par son fonctionnement. D'autre part, elle dispose d'une "organisation qui lui est propre, fondée essentiellement sur le principe hiérarchique, quelque peu assoupli par la création à l'époque moderne d'organes de coopération entre le capital et le travail. Par une sorte de phénomène d'appropriation interne, les divers éléments humains rassemblés dans l'entreprise perdent leur individualité pour se fondre dans l'organisation de l'entreprise, en se transformant en organe de cette dernière. De cette organisation, l'entrepreneur lui-même, tenu d'agir dans l'intérêt de l'entreprise, apparaît comme l'organe central, les divers comités ou conseils représentant les travailleurs apparaissant comme des organes satellites gravitant autour de lui" (17).

Cette thèse appelle plusieurs réserves. D'un point de vue strictement juridique, tout d'abord, elle suppose que les biens utilisés pour l'exploitation puissent être dissociés de l'ensemble du patrimoine du

(14) Voyez N. Catala préc. p 143

(15) Ripert et Roblot t.I n° 733.

(16) M. Despax, "L'entreprise et le droit", thèse préc.

(17) M. Despax préc. p 385.

débiteur. Or, comme le note très justement Mme Catala (18), notre droit ignore le patrimoine d'affectation ; dès lors si l'entrepreneur est une personne physique, la confusion entre tous ses biens ne peut qu'être totale, et, s'il s'agit d'une société, "le patrimoine est certes affecté à l'objet social" (19), mais c'est en l'occurrence le patrimoine de la société, sujet de droit distinct de l'entreprise. D'un point de vue sociologique, d'autre part, il est extrêmement douteux qu'il existe une communauté d'intérêt entre le "capital" et le "travail", ou pour employer une terminologie moins polémique, entre l'entrepreneur et les salariés. "L'employeur n'est à aucun titre le gérant d'une entreprise communautaire, doté d'un pouvoir fonctionnel, et tenu d'en rendre compte au juge ou à la collectivité ouvrière. Embauché discrétionnairement, juridiquement subordonné, congédié si l'intérêt apparent de l'entreprise l'exige, le salarié ne fait pas partie de l'entreprise : il est à son service" (20).

43 En réalité, l'organisation juridique de l'entreprise "se ramène au jeu respectif du droit de propriété et du droit des contrats" (21) et, considérée sous cet angle, l'entreprise n'est qu'une réalité économique : la réunion de moyens de production de biens ou de services qu'ordonne un entrepreneur dans son seul intérêt. En conséquence, l'objet du droit commercial et notamment du droit de la faillite, est uniquement de réglementer l'appropriation, l'exploitation et la cession de ces moyens de production et des revenus qu'ils procurent (22). La présence d'un groupe humain à l'oeuvre dans l'entreprise doit lui rester indifférente car, si les salariés mettent leur capacité de travail au service de l'entrepreneur, ils ne font pas pour autant partie de l'entreprise. Celle-ci n'est que le lieu où s'exécutent les contrats de travail, et n'est de ce fait "qu'un terrain de conflits, un champ clos où s'affrontent des intérêts antagonistes" (23).

(18) N. Catala p 151.

(19) N. Catala préc. p 151.

(20) G.H. Camerlynck, G. Lyon - Caen, Précis de droit du travail, 11e éd. n° 372 p 621.

(21) N. Catala préc. p VIII.

(22) Cf. N. Catala, préc., p.133.

(23) N. Catala, préc., p. VIII.

Ces intérêts qui s'opposent sont en particulier ceux des salariés et de l'entreprise, et le fait que l'entrepreneur fasse l'objet d'une procédure collective n'y change rien. D'un côté, il y a "une entité de fait rassemblant des moyens matériels de production, propriété des apporteurs du capital" (24) ; de l'autre des hommes liés à l'entreprise par des contrats, au nombre desquels se rencontrent des contrats de travail. Ainsi, en cas de règlement judiciaire, il ne fait aucun doute que les intérêts des salariés et de l'entreprise sont contradictoires : car les premiers revendiquent la poursuite de contrats dont l'exécution systématique ne peut que nuire au redressement de la seconde. Quant à la liquidation des biens, elle soulève moins de difficultés dans la mesure où la continuation d'exploitation y est exceptionnelle. Cependant, la démarche y est la même ; le syndic lorsqu'il hésite à poursuivre un contrat, fut-il un contrat de travail, ne prend pas a priori en considération l'intérêt du cocontractant ; il se demande uniquement si l'apparition de cette créance contractuelle peut ou non amener en contrepartie une augmentation de l'actif de l'entreprise.

44 Cette prise en compte exclusive de l'aspect économique du problème conduit à rejeter toute continuation de plein droit des contrats de travail. En revanche, elle ne permet pas, comme certains auteurs l'ont envisagé, de modifier l'équilibre du contrat. Il est vrai, comme le souligne M. Soinne, qu'il est regrettable que le syndic se voit imposer "des clauses parfois draconiennes acceptées sans grand risque par le débiteur qui n'imagine jamais pouvoir faire l'objet d'un règlement judiciaire" (25). Mais pour autant, "l'attribution au juge consulaire d'un pouvoir de réfaction spécifique pour les contrats susceptibles d'être continués" (26) n'est pas souhaitable.

(24) N. Catala préc. p VIII.

(25) B. Soinne, "Problématique de continuation d'exploitation dans les procédures collectives de droit commercial", in la refonte du droit de la faillite, colloque de Lille 11 et 12 mai 1978 p 52.

(26) B. Soinne préc.

D'une part, ce serait bien évidemment porter un coup très dur à la force obligatoire et au principe de l'irrévocabilité des contrats, ce qui ne manquerait pas de provoquer une désaffection certaine des cocontractants potentiels des entreprises en difficulté. D'autre part, et c'est extrêmement critiquable, cela reviendrait à reconnaître que la notion d'intérêt de l'entreprise puisse à nouveau revêtir une double signification. En effet, il ne faut pas oublier que l'ensemble des moyens de production dont dispose le cocontractant forme aussi une entreprise. Dès lors, si la solution préconisée par M. Soinne devait être consacrée, il faudrait alors admettre que l'intérêt de l'entreprise en faillite et l'intérêt de l'entreprise du cocontractant n'obéissent pas à la même définition ni à la même logique, puisque le premier devrait l'emporter systématiquement sur le second. Il faudrait alors trouver une nouvelle définition de "l'intérêt de l'entreprise en faillite" qui ne renvoie ni à la notion de cellule sociale telle que la conçoit le droit du travail, ni à la notion de cellule économique classique.

Cette démarche est impraticable, car, à supposer qu'elle puisse être mise en oeuvre, elle conduirait inéluctablement au résultat inverse de celui recherché ; le rétablissement souvent précaire d'une entreprise le plus souvent définitivement ruinée, se ferait aux dépens d'entreprises saines qui verraient leurs perspectives économiques et financières bouleversées. A l'époque où le syndic tend de plus en plus à passer de la qualité d'organe de la masse à celle de représentant de l'entreprise (27), il importe que cette notion d'intérêt de l'entreprise relève d'une perspective économique unique, sur laquelle il serait bon que les réformes à venir insistent.

(27) Cf. supra p.32 n° 26 et s.

B I B L I O G R A P H I E

OUVRAGES GÉNÉRAUX

ARGENSON et TOUJAS.- Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillites, traité et formulaires, 4^o éd.

CAMERLYNCK et LYON-CAEN.- Droit du travail, Dalloz, 1982, II éd.

de JUGLART et IPPOLITO.- Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle, suspension provisoire des poursuites, 1977, 2^o éd.

GUYENOT.- Cours de droit commercial, Librairie du journal des notaires et avocats, 1977.

LYON-CAEN, RENAULT et HAMIAUD.- Traité de droit commercial, des faillites et des banqueroutes et des liquidations judiciaires, T. 8, 5^o éd.

PERCEROU et DESSERTAUX.- Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, T.I, 1935, T.II, 1937, T.III, 1938, 2^o éd.

PICARD et BESSON.- Les assurances terrestres en droit français, 3^o éd.

RIPERT et ROBLOT.- Traité élémentaire de droit commercial, T.I, 1980, 10^o éd., T.II, 1981, 9^o éd.

RODIERE (R.) et OPPETIT (B.).- Effets de commerce, contrats commerciaux, faillites, Dalloz 8^o éd., 1978.

SOLUS (H.) et PERROT (R.).- Traité de droit judiciaire privé, Sirey 1973, t.II, la compétence.

THALLER et PERCEROU.- Traité élémentaire de droit commercial, Paris 1936.

THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

AZEMA (G.).- La durée dans les contrats successifs, thèse Paris 1969.

BACHASSON (G.).- Le crédit-bail et la faillite, thèse Aix en Provence 1978.

BERNARD (H.).- La résiliation du contrat d'assurance, thèse Paris 1943

BONNICHON (E.).- Des effets de la faillite sur les contrats antérieurs valablement conclus, thèse Paris 1900.

BOULLAND.- De la compétence en matière de faillite, thèse Paris 1910.

BRUNET (A.).- Masse des créanciers et créanciers de la masse, thèse Nancy 1973.

CALENDINI (J.M.).- Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire et en liquidation des biens; recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, thèse Paris II 1983.

CAMUS.- Le défaut de paiement des primes dans les assurances terrestres, thèse Paris 1948.

CAPORALE (F.).- Litiges et difficultés pratiques soulevés par le crédit-bail, thèse Bordeaux 1974.

GARCIN.- De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire, thèse Montpellier 1926.

CATALA (N.).- L'entreprise, Dalloz, Collection Droit du travail.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.).- L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris 1967.

CREMIEUX-ISRAEL (D.).- Leasing et crédit-bail mobilier, Dalloz 1975.

DEBROISE (J.).- Les droits du loueur d'objets mobiliers en cas de faillite du preneur, thèse Rennes 1967.

DESPAX (M.).- L'entreprise et le droit, thèse Toulouse 1956.

EL MOKTAR BEY et GAVALDA (C.).- Le crédit-bail mobilier, Que sais je n° 1908.

FAYARD (M.V.).- Des effets du jugement déclaratif de faillite sur les actes antérieurs faits par le failli, thèse Paris 1881.

FONJALLAZ (B.).- Effets de la faillite sur les contrats de ventes antérieurs, thèse Lausanne 1900.

GERBIER (J.).- Le factoring, Dunod 1970.

GORE (F.).- L'enrichissement aux dépens d'autrui, thèse Paris 1949.

GRUA (F.).- L'acte gratuit en droit commercial, thèse Paris I 1978.

HAEHL (J.P.).- Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté Bibliothèque du droit de l'entreprise n°12.

HARDOUIN (M.).- La continuation de l'exploitation dans les procédures de règlement de la situation des entreprises en difficulté, thèse Rennes 1975.

LUSSEAU (J.F.).- La poursuite du contrat de travail lors de la modification dans la personne de l'employeur, thèse Poitiers 1973.

LYON-CAEN et PELISSIER.- Les grands arrêts du droit du travail.

MATHIAS (F.).- Un nouveau mode de financement en France, le factoring, thèse Paris I 1970.

MELLER (J.L.).- De la notion de créancier de la masse dans la faillite thèse Paris 1935.

NAZET-ALLOUCHE (D.).- Les entreprises en difficulté et l'emploi- Normes et pratique, thèse 3e cycle Bordeaux 1980.

POCHET (M.).- Des effets du jugement déclaratif de faillite sur les contrats synallagmatiques antérieurs, thèse Paris 1897.

RAFFRAY (J.G.).- Les substitutions de cocontractants en cours d'exécution des contrats, thèse Montpellier 1977.

REVERS (M.).- Le factoring, une nouvelle méthode de crédit, Dunod, coll. La vie de l'entreprise 1969.

REYNAUD (P.).- Du concordat de société anonyme après faillite ou liquidation judiciaire, thèse Paris 1904.

RIGOT-MULER (L.).- L'exploitation du commerce pendant la faillite, thèse Lyon 1934.

RODIERE (R.) et FOURNIER (C.).- La faillite dans la jurisprudence, Librairies techniques.

SERVAT (P.).- De la compétence en matière de faillite, thèse Toulouse 1935.

SOUCHON (A.).- De l'exécution des contrats synallagmatiques passés par le failli antérieurement à la faillite, thèse Paris 1889.

SUSSFELD (L.E.).- Le factoring, P.U.F. 1968.

TAILLENS (E.).- Des effets de la faillite sur les contrats du débiteur, thèse Lausanne 1950.

VACARIE (I.).- L'employeur, Sirey 1979.

VALLEUR (F.).- L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris 1938.

VASSEUR (M.).- L'égalité des créanciers chirographaires dans la faillite, thèse Paris 1947.

ÉTUDES ET ARTICLES

A.C.- "La continuation ou la cession du bail dans les procédures collectives", Rev. des huissiers 1982 p.147.

ALFANDARI (E.).- "Les techniques de reprise d'une entreprise en difficulté", Rev. Franç. de Compta. juillet-août 1981 p.344.

APPERCE (J.).- "Le crédit-bail mobilier", J. Class. com., Vente com. Fasc. XXXII bis.

ARGENSON et TOUJAS.- "Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens", J.C.P. 1968.I.2179.

ASSELIN (P.) et BALATON (A.).- "Détermination de la valeur de cession d'un contrat de crédit-bail", G.P. 1979 I doct.174.

AZOULAI (M.).- "L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat", in la tendance à la stabilité du rapport contractuel sous la direction de Durand, L.G.D.J. 1960.

BELOT.- "Situation du bailleur en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire de son locataire", Administrer, juillet 1979 p.4.

BERAUD (R.).- "Le bail dans le règlement judiciaire", Ann. des Loyers 1981 n°1.

BESSON (A.).- "La suspension dans le contrat d'assurance", Etudes Capitant p.79 et s.

BIGOT (J.).- "La réforme de la faillite et le droit de résiliation de l'assureur", J.C.P. 1969.I.2268.

BLAISE (H.).- "La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur", Dr.soc. 1961 p.537, 1962 p.80.

BORRICAND (J.).- "La clause résolutoire expresse dans les contrats", R.T.D.Civ. 1957 p.443.

BOUFFARD (D.).- "Les effets du règlement judiciaire et de la liquidation des biens sur les contrats de fourniture d'électricité et d'eau"; rapport présenté au XV Congrès de l'Association nationale des Syndics et Administrateurs judiciaires de France, Rev.des Syndics 1973 p.I.

BOURLAND (Y.).- "L'affacturage", Rev. Banque, 1977, p.1078.

BOYER (L.).- "L'incidence de la faillite sur les contrats en cours", Ann. de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1975, t.XXIII, p.101.

BRIERE de l'ISLE (G.).- "De la notion des contrats successifs", D. 1957, chron. 153.

CABRERA de CLAVER (J.M.).- "La répercussion de la faillite sur les rapports de travail en droit espagnol", Ann. de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1975, t.XXIII, p.117.

CALON (J.P.).- "De la location des biens d'équipement au leasing", D. 1964, Chron. 97.

CAMERLYNCK (G.H.).- "Identité d'entreprise ou identité d'emploi", D. 1978, Chron. 269.

CAMERLYNCK (G.H.).- "L'indemnité de licenciement", J.C.P. 1957.I.1391.

CAMPANA-REYMOND de GENTILE (M.J.).- "Le projet de réforme des procédures collectives", D. 1977, Chron. 273.

CASALS COLLDECARRERA (M.).- "L'incidence de la faillite sur les relations juridiques et les contrats en cours en droit espagnol", Ann. de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1975, t.XXIII, p.89.

CATALA (N.).- "Les aspects sociaux", Rev. Franç. de Compta., juillet-août 1981, p.379.

CHAMPAUD (Cl.).- "Le leasing", J.C.P. 1966.I.2021, J.C.P.1965.I.1954.

CHASSAGNON (Y.).- "Non-exécution ou résiliation d'un contrat", G.P. 1980.I. 137.

DE GREGORIO.- "Les engagements du réassurant en cas de faillite du réassuré", Rev. générale des assurances terrestres, 1959 137.

DERRIDA (F.).- "Les contrats administratifs dans les procédures collectives", D. 1977, Chron. 29.

DERRIDA (F.).- "Tiers - ayant cause - La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives", R.T.D.Co. 1976, p.16 et s.

DERRIDA (F.).- "Les différentes catégories de créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif", D. 1974, Chron. 287.

DERRIDA (F.).- "Vers la sécurité sociale des salaires ?", D. 1974 119.

DERRIDA (F.).- "L'aliénation des immeubles pendant la période préparatoire du règlement judiciaire", Rev. des Syndics 1970, p.83, Defrénois 1970, p. 218 29505.

DERRIDA (F.).- "Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D. 1967 251.

DERRIDA (F.).- "La réforme du règlement judiciaire et de la faillite", Defrénois 1969.

DERRIDA (F.).- Location-gérance des fonds de commerce, Encyclopédie Dalloz Droit commercial.

DERRIDA (F.).- "Le crédit et le droit des procédures collectives", in Mélanges Rodière, p.67.

DERRIDA (F.).- "Observation sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", D. 1981, Chron. 267.

DERRIDA (F.).- "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", Dr. soc. n° spécial février 1978.

DESBOIS (J.).- "La réforme de la faillite et l'institution d'un concordat préventif", Rev. Banque 1967, p.841.

DESPAX (M.).- "L'incidence de la faillite dans les rapports de travail en droit français", Ann. de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1975, t.XXIII.

DUBRUJEAUD (M.P.).- "La cession du droit au bail par la masse et les clauses du bail", Rev. des Syndics, 1962, p.397.

DUPEYROUX (J.J.).- "Quand le droit de la faillite et le droit du travail se télescopent", Le Monde, 24-24 septembre 1973.

DUPEYROUX (J.J.).- "En cas de faillite, le travailleur demeure un simple créancier", Le Monde, 20 novembre 1973.

DUPEYROUX (J.J.).- "Un coup d'arrêt à l'irrespect du droit du travail en cas de faillite", Le Monde, 25 janvier 1974.

DUPONTAVICE (E.).- "La réforme de la faillite", J.C.P. 1968.I.2138.

FANGAIN (P.).- "Loi du 27 décembre 1973 : garantie du paiement des créances nées du contrat de travail", G.P. 1974, doct. 273.

FERRARI (M.).- "Le salarié en présence du règlement judiciaire", G.P. 1977. I. doct. 239.

FERRARI (M.).- "Le déclin de l'égalité entre les créanciers", Rev. des Syndics, 1965, n°2.

FERRARI (M.).- Rapport au XIV^e Congrès de l'Association nationale des Syndics et Administrateurs judiciaires, Rev. des Syndics, 1967, p.90.

FERRIER (D.).- "Le contrat de franchising", J.C.P. C.I. 1977 12441.

GALON (J.P.).- "Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux", J.C.P. 1977.I.2842.

GANSHOF.- "Le droit de la faillite dans les états de la Communauté Economique Européenne", Bruxelles, 1969.

GAVALDA (Ch.).- Factoring, Encyclopédie Dalloz, Droit commercial.

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.).- "Le contrat dit de factoring", J.C.P. 1966.I.2044.

GODE (P.).- Cession de créance - art. 1689 à 1695, J. Class. civ.

GOMBEAUX.- "Les créanciers de la masse en faillite", Ann. droit com. 1907, p.424.

GRANGER (R.).- "La compétence du tribunal du règlement judiciaire ou de la faillite", J.C.P. 1957.I.1359.

GUELOT (A.).- "De l'effet juridique des clauses de résiliation de baux commerciaux en cas de mise en liquidation du locataire", G.P. 1952, doct. 29.

GUYENOT (J.).- "Les innovations de la faillite à l'égard des entreprises et de leurs dirigeants", Banque 1968, p. 419 et 510.

GUYON (Y.).- "Le droit du salarié dans la liquidation collective des biens de l'entreprise", Dr. soc. 1974, p. 138.

GUYON (Y.).- La situation du sous-traitant dans la procédure de suspension des poursuites de règlement judiciaire et de liquidation des biens, Colloque sur la sous-traitance des marchés de travaux et services, U.E.R. Droit des Affaires, Paris I, 23-24 février 1978.

HEREIL et MELLER.- "La masse en matière de faillite", R.G.D.C. 1938, p.72.

HONORAT (A.).- La continuation des contrats en cours, J. Class. com., art. 437 à 614²⁶, Fasc. F10.

HONORAT (A.).- "La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire" in Mélanges Audinet, p.227.

HONORAT (A.).- "La situation des créanciers d'indemnités contractuelles et délictuelles dans la faillite ou le règlement judiciaire", R.T.D.Co.1961, p.19.

HOUIN (R.).- "La reprise des affaires en difficulté. Généralités", Rev. Franç. de Compta., juillet-août 1981, p.394.

HUBRECHT (G.).- "Réforme de la faillite et institution d'un concordat préventif", G.P. 1967.II., doct. 148.

ITHUBIRDE (R.).- "La loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes", Rev. de Jur. com., 1968, p.3.

JACOB (N.).- "Le contrat de factoring", Vie judiciaire, 15-21 mai 1972.

JEANTIN (M.).- "La cession de créance en période suspecte", D. 1980 309.

KAYSER.- "Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé en cas de faillite de l'acheteur", Ann. Droit com. 1932, p.270 et 271.

LALLEMANT (R.).- Le factoring, J. Class. Banque et Bourse, Fasc. 58 D.

LAMBERT (G.).- "La personnalité juridique de la masse", J.C.P. 1961.I.1643, n°31.

LEJOINDRE (J.).- "Les décisions susceptibles ou non d'appel en matière de procédures collectives", G.P. 1979.I.157.

LEPARGNEUR.- "De la compétence du tribunal de la faillite", *Jal des Faillites*, 1924 283.

LE ROUX-COCHERIL (R.).- "La garantie du salaire par l'A.G.S.", *Dr. soc. n° spécial février 1978*, p. 115 et s.

LE ROUX-COCHERIL (R.).- "La faillite et l'article L. 122-12 du Code du travail", *Dr. soc. février 1978*, p. 93 et s.

LUCAS (H.J.).- "Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens", *R.T.D.Co. 1969*, p. 891.

LYON-CAHEN (G.).- "Les travailleurs et les risques économiques", *D.1974, chron. 47*.

LYONNET (B.).- "Autorité du contrat et autorité du jugement déclaratif de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. Incidence sur les clauses résolutoires expresses et sur la continuation du contrat par le syndic", *Rev. de Jur. com., 1973*, p. 175.

MARTIN (J.F.).- "La reprise des affaires en difficulté", *Rev. Franç. de Compta., juillet-août 1981*, p. 351.

MARTIN (R.).- "Le sort du bail en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", *Ann. des loyers, 1969*, p. 794.

MARTIN-SERF (A.).- "Réflexion sur la nature contractuelle du concordat", *Rev. de Jur. com. 1981*, p. 1.

MASSIN (E.).- "Le leasing dénommé crédit-bail", *Rev. des Syndics, 1973*, p. 73.

MASSIN (E.).- "La nature juridique de la masse et la nature juridique du mandat du syndic", *Rev. des Syndics, 1973*, p. 73.

MASSIN (E.).- "Les droits du vendeur de meubles impayé en cas de cessation des paiements de l'acheteur", *Rec. Gén. des lois 1969*, p. 317.

MASSIN (E.).- "Réflexions et observations sur la nouvelle législation concernant la cessation des paiements", *Rec. Gén. des lois 1969*, p. 317.

MAZEAUD (H.).- "Les obligations extra-contractuelles de la masse dans la faillite", Rev. Crit. 1926, p.126.

MERA (B.).- "Le leasing en France", R.T.D.Co. 1966, p.49.

MEURISSE (R.).- "Du sort des créances contractuelles ou délictuelles sur lesquelles il n'a pas encore été statué...", J.C.P. 1964 1836.

MOREL.- "La clause compromissoire en matière commerciale", Rev. Crit. 1926, p.486 et s.

MOULY (J.).- "Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise", Dr. soc. 1982, p.735.

MOUSSERON (J.M.).- "La durée dans la formation du contrat", Etudes offertes à A. JAUFFRET 1974, p.509.

NAYRAL de PUYBUSQUE (J.).- "Les divers modes de rupture des contrats de travail à durée indéterminée et leurs conséquences", D. 1980 317.

PARLEANT (G.).- "Le contrat de lease-back", R.T.D.Co. 1973, p.699.

PEDAMON (M.).- "Des clauses résolutoires expresses pour cause de faillite dans les ventes mobilières", D. 1963, chron. 145.

PERINET-MARQUET (H.).- "Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri", J.C.P. 1982, doct. n°3075.

PENFORMIS et GUYENOT.- "Régime juridique et pratique du crédit-bail", Les Petites Affiches, 1979, n°99.

PERCEROU (J.).- "Effets de la faillite pour les créanciers ayant un droit de rétention ou de compensation", Jai des Faillites, 1909, p.444 et s.

PERNOT (A.).- "Procédures collectives et reprise de l'entreprise", Rev. Franç. de Compta., juillet-août 1981, p.356.

PIROVANO (A.).- "La situation de la Sécurité Sociale en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entreprise", Dr. soc. février 1978, p. 138, n°9.

PLAISANT (R.).- "L'application de la loi du 13 juillet 1967", Rev. des Syndics, 1969, p. 74.

PLAISANT (R.).- "La loi sur les faillites n°67-563 du 13 juillet 1967", Rev. des Syndics 1967, p. 313, 1968, p. 61.

PROMPT (P.) et REBOUL (A.).- "Le leasing ou crédit-bail", Rev. de Jur. com. 1966, p. 360.

R.D.- "La location-gérance des fonds de commerce", J.C.P. éd. C.I., 1959, 65816.

RIEG (A.).- Cession de créances, Encyclopédie Dalloz.

RIVES-LANGE (J.L.).- "Le factoring", Bull. Transports 1973.314.

ROBINOT (P.).- "L'exercice d'un nouveau commerce par le failli", R.T.D.Co. 1951, p. 679.

ROQUETTE (R.).- "Le factoring", Rev. de Jur. com. 1970, p.203.

ROUSSEL (G.).- "Du louage d'effets mobiliers et des effets de la faillite, et de la liquidation judiciaire sur les contrats", Rev. Crit. 1930, p.561.

SARAMITO (F.).- "Droit du travail et procédures d'exécution collectives", D.O. 1974, p. 151.

SARAMITO (F.).- "Les droits du salarié en cas de difficultés financières de l'entreprise", D.O. 1968, p. 229.

SAYAG (A.) et SERBAT (H.).- "L'application du droit de la faillite - Eléments pour un bilan", Etudes du Centre de Recherches sur le droit des affaires de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

SCHAEFFLER (E.).- "L'envers de l'article 23 al.8 du Code du travail", J.C.P. 1963.I.1753.

SEBAG.- "L'enrichissement sans cause dans la faillite", R.G.D.C. 1938, p. 436.

SIMLER (Ph.).- "L'article 1134 et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée", J.C.P. 1971, doct. 2413.

SINAY (H.).- "Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise", J.C.P.1961, I.1647.

SOINNE (B.).- "La nouvelle réforme du droit de la faillite - Continuité ou changement", J.C.P. C.I. 1981, études et commentaires 13613, p. 505.

SOINNE (B.).- "Problématique de la continuation d'exploitation dans les procédures collectives de droit commercial", in La refonte du droit de la faillite.

SOINNE (M.).- "Le leasing : solution des procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens", Quot. Jur. journal spécial société 1970,n°11.

SOINNE-BARRAT (M.F.) et DANSET (O.).- "La location-gérance des entreprises en état de règlement judiciaire et de liquidation des biens", D.1973,chron. 71.

SOINNE-BARRAT (M.F.).- "Les conditions de la gérance de l'entreprise en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", D. 1974, chron. 295.

SOLAL (C.).- "Les modifications apportées au droit du bailleur par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le nouveau régime des faillites", A.J.P.I. 1969, p. 16.

SOLAL (C.).- "Le sort du bail en cas de faillite du locataire", A.J.P.I. 1969, p. 7.

SORTAIS (J.P.).- "La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives", R.T.D.Co. 1976, p. 267.

STRANART-THILLY (A.M.).- "L'opposabilité à la masse de la dation en paiement par voie de cession de créance consentie antérieurement à la période suspecte mais signifiée ou acceptée au cours de celle-ci", Rev. Crit. de Jur. belge 1971, p. 240 et s.

TEYSSIE (B.).- "Les clauses de résiliation et de résolution", Cah. dr. entrepr. 1975.I, p. 13.

TOUJAS (G.).- Liquidation des biens, Règlement judiciaire, Destruction du concordat, annulation, résolution, J. Class. com., art. 434 à 614²⁶, Fasc. I 10, n° 65.

TOUJAS (M.G.).- "La masse en matière de faillite", Rev. de Jur. com. 1960, p. 39.

TRASBOT.- "Commentaire de la loi du 13 juillet 1930", D.P. 1931.IV.14.

TUBIANA (A.).- "Faillite et résolution des ventes mobilières", G.P.1964.II. doct. 64.

VALERY.- "Des effets de la faillite sur le louage d'effets mobiliers", Ann. 1902, p. 300.

VIATTE (J.).- "La résiliation des baux commerciaux en vertu de la convention", Rev. des loyers 1982, p. 58.

VIATTE (J.).- "La clause de résiliation de plein droit dans les baux commerciaux", G.P. 1981.I., doct. p. 314.

VIATTE (J.).- "Les droits du bailleur en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", Rev. des loyers, 1971, p. 487.

VIATTE (J.).- "Les clauses de résiliation de plein droit dans les baux", Rev. des loyers 1978, n° 589, p. 349.

VIATTE (J.).- "Règlement judiciaire - Liquidation des biens - Faillite personnelle", Rec. Gén. des lois 1967, p. 593.

VIATTE (J.).- "Les rapports entre bailleurs et locataires en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", Rev. des loyers, 1967, p. 363 et s.

VIATTE (J.).- "L'exploitation du fonds de commerce et le renouvellement du bail", Rev. des loyers, 1980, p. 526.

VOISSET (M.).- "Droit du travail et crise", Dr. soc. 1980, p. 287.

VOULET (J.).- "La loi du 13 juillet 1967 portant réforme de la faillite", L'informateur du chef d'entreprise 1967, p. 823.

ZENNER (A.).- "Le cadre juridique du factoring", Centre d'Etudes Bancaires Bruxelles 1972, n° 197.

SECTION 2 : LE CONTRAT DE TRAVAIL	93
§ 1 : La jurisprudence et l'utilisation de l'article L. 122-12	95
§ 2 : La nécessité d'exclure tout recours à l'article L. 122-12	104
SECTION 3 : LE CONTRAT D'ASSURANCE	111
TITRE 2 : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION	122
CHAPITRE 1 : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION EN CAS DE GES- TION DIRECTE ET DE LOCATION-GÉRANCE	123
SECTION 1 : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION EN CAS DE GES- TION DIRECTE	125
§ 1 : Les conditions d'exercice du droit d'option	125
A) Le titulaire de l'option	126
B) La durée de l'option	130
§ 2 : Le mode d'expression de la volonté du syndic	133
SECTION 2 : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT D'OPTION EN CAS DE LOCATION-GÉRANCE	140
§ 1 : Les particularités du régime de la location-gérance en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du loueur	142
A) L'inopposabilité à la masse des clauses interdisant la location-gérance dans le bail d'immeuble	142
B) L'harmonisation du droit de la location-gérance et du droit de la faillite	150
§ 2 : Le sort des contrats au jour de la conclusion de la location-gérance	154
A) Le locataire gérant bénéficie-t-il de l'option ins- taurée par l'article 38 ?	156
B) Le sort des contrats de travail	161
§ 3 : Le sort des contrats en cours au moment de la dispa- rition de la location-gérance	169
A) Le droit commun	172
B) Le sort des contrats de travail	174
CHAPITRE 2 : LA QUALIFICATION DE L'ARRIERE EXISTANT AU JOUR DU JUGEMENT DECLARATIF	179
SECTION 1 : LA JUSTIFICATION DU REFUS DU PAIEMENT PREFERENTIEL DE L'ARRIERE	180

§ 1 : Le rejet d'un système s'appuyant sur la qualité d'ayant cause de la masse	181
§ 2 : L'article 38 et le principe de la force obligatoire des contrats	185
§ 3 : L'article 38 et le principe de l'égalité des créanciers.	189
SECTION 2 : LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR L'APPLICATION DE CE SYSTEME	205
§ 1 : Le problème particulier du crédit-bail	205
§ 2 : Le problème particulier des contrats administratifs	219
DEUXIÈME PARTIE : LES CONSÉQUENCES DE LA LEVÉE DE L'OPTION	229
TITRE 1 : LES MODALITES DE LA REPRISE	231
CHAPITRE 1 : LA QUALIFICATION DES PRESTATIONS POSTERIEURES AU JUGEMENT DECLARATIF MAIS ANTERIEURES A LA LEVEE DE L'OPTION	233
SECTION 1 : LA NECESSITE DE TENIR COMPTE DE "L'INTERET DE LA MASSE"	234
§ 1 : Le rejet d'un critère fondé exclusivement sur la prise de position du syndic	235
A) La critique de l'évolution doctrinale	236
B) L'analyse de la démarche jurisprudentielle	243
§ 2 : La consécration de l'intérêt de la masse par le biais de <u>de in rem verso</u>	252
A) L'application de cette notion en cas d'exécution forcée	255
B) La limite de cette solution : l'exécution spontanée du contrat	260
SECTION 2 : L'application de cette analyse aux contrats de travail	266
§ 1 : L'exécution de son préavis par le salarié	269
§ 2 : La poursuite du contrat de travail dans le cadre d'une continuation illicite d'exploitation	284
CHAPITRE 2 : L'INFLUENCE DE LA REPRISE SUR L'EXECUTION DES CONTRATS	298
SECTION 1 : LA NECESSITE D'UNE EXECUTION INTEGRALE	299
§ 1 : Le contenu du principe	299
§ 2 : Le problème des clauses compromissaires et des clauses attributives de compétence insérées dans les contrats en cours	304

SECTION 2 : LE PATRIMOINE AFFECTE PAR L'EXECUTION	320
§ 1 : La charge de l'impôt acquis après l'ouverture de la procédure collective	321
§ 2 : Le sort des droits assujettis à l'exécution des con- trats en cours mais consentis avant l'ouverture de la procédure	328
TITRE 2 : LA SITUATION DU COCONTRACTANT	341
CHAPITRE 1 : LA SITUATION DU COCONTRACTANT PENDANT LA DUREE DE LA PROCEDURE	342
SECTION 1 : LES RECOURS DU COCONTRACTANT	342
§ 1 : Le droit de poursuite individuelle des faux créan- ciers de la masse sur le patrimoine du débiteur	343
A) La controverse sur le droit de poursuite indivi- duelle	344
B) L'octroi nécessaire d'un droit de poursuite indivi- duelle aux faux créanciers de la masse	350
§ 2 : Les actions des faux créanciers de la masse en cas d'insuffisance du patrimoine du débiteur	355
A) La responsabilité personnelle du syndic	356
B) La responsabilité de la masse	364
SECTION 2 : LE DROIT DE PREFERENCE DU COCONTRACTANT	367
§ 1 : La justification du droit de préférence	368
A) L'impossibilité de justifier le droit de préférence à partir de l'existence d'un privilège ou de l'article 89 de la loi de 1967	370
B) Les justifications possibles : l'enrichissement sans cause ou recours à la personnalité morale de la masse	373
§ 2 : Le régime du droit de préférence	378
A) Le rang du droit de préférence	378
B) La classification des faux créanciers de la masse entre eux	389
CHAPITRE 2 : LA SITUATION DU COCONTRACTANT APRES LA CLOTURE DE LA PROCEDURE	397
SECTION 1 : LE PAIEMENT DU COCONTRACTANT APRES LA CLOTURE DE LA PROCEDURE	398
§ 1 : Les recours du cocontractant	398
A) L'existence d'un recours du cocontractant contre le débiteur	399

B) L'existence d'un recours du cocontractant contre les créanciers dans la masse	401
§ 2 : La survie du droit de préférence ?	406
A) L'état de la question en jurisprudence	407
B) L'appréciation des critiques présentées par la doctrine	410
SECTION 2 : LE SORT DES CONTRATS EN COURS APRES L'HOMOLOGATION DU CONCORDAT	417
§ 1 : Le sort des contrats en cours au jour de l'homologation du concordat	418
A) Le problème posé par les clauses résolutoires après le concordat	419
B) Les conditions de la reprise par le débiteur concordataire	423
§ 2 : Le sort des contrats en cas d'annulation ou de résolution du concordat	425
A) Quels sont les pouvoirs dont dispose le syndic vis-à-vis des contrats en cours au jour de l'annulation ou de la résolution du concordat ?	427
B) Les modalités de la reprise	433
CONCLUSION	437
BIBLIOGRAPHIE	446