

Université Paris 2 Panthéon-Assas

Ecole doctorale : droit international

Thèse de doctorat en droit soutenue le 13 octobre 2014



— Université —
PANTHÉON - ASSAS

Problèmes de base du droit des entreprises en difficulté

Etude comparée droit français – droit saoudien

**Auteur: Salman ben Abdel Aziz ben Salman ben
Mohammad Al Saud**

Sous la direction de : Professeur Georges Khairallah

Membres du jury :

Monsieur Jacques Foyer, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas
(Paris 2)

Monsieur Philippe Delebecque, Professeur à l'Université Panthéon –
Sorbonne (Paris 1)

Monsieur François Améli, Maître de conférences à l'Université Panthéon –
Sorbonne (Paris 1)

Monsieur Georges Khairallah, Professeur à l'Université Panthéon-Assas
(Paris 2)

Avertissement : *L'Université Panthéon-Assas (Paris 2) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur*

Résumé et mots-clés

Si l'on reste dans les généralités, le droit français et le droit saoudien consacrent des solutions analogues aux entreprises en difficulté : ils prévoient l'un et l'autre la possibilité d'un traitement non contentieux des difficultés par le recours à un accord entre le débiteur et ses créanciers ; si ce traitement n'aboutit pas, une procédure collective sera mise en place. Mais la philosophie des deux systèmes est loin d'être la même : la principale préoccupation du droit français est de parvenir à sauver l'entreprise qu'il considère comme créatrice de richesses et d'emplois, alors que le droit saoudien n'a pour l'essentiel qu'une seule préoccupation, celle de sauvegarder les droits des créanciers. Pour réaliser les objectifs qu'il recherche, le droit français multiplie ses interventions en la matière, alors que le droit saoudien en reste à son règlement du 2 juin 1931 sur la faillite et à son décret sur la conciliation préventive de la faillite du 24 janvier 1996. A la complexité du système français du traitement des entreprises en difficulté correspond la simplicité du système saoudien. L'examen des problèmes de base en la matière conduit à s'interroger sur l'existence d'une troisième solution.

Mots-clés : *Entreprise en difficulté – Faillite – Traitement non contentieux – Procédure collective – Sauvegarde – Redressement et liquidation judiciaires – Problèmes de base.*

Title and Abstract

At a general level, French law and Saudi law provide similar solutions to companies facing financial difficulties: they both provide for the possibility of a non-contentious treatment of the difficulties through an agreement between the debtor and its creditors; if this process fails, an insolvency procedure will be initiated. However, the philosophy of the two systems is far from being the same: the main concern of French law is to achieve save the company, that it considers being creative of wealth and jobs, whereas Saudi law has essentially the concern of securing the creditors' rights. To achieve its objectives, French law has been very active in this area, while the Saudi law remains in its Regulation of 2 June 1931 on bankruptcy and its decree on preventive conciliation of bankruptcy dated 24 January 1996. Where the French insolvency system is complex, the Saudi one is simple. The analysis of the basic issues in this area leads to wonder whether a third route could be considered.

Keywords : *Bankruptcy - Non-contentious treatment - Insolvency - Safeguard - Judicial administration and liquidation - Basic issues.*

Introduction générale

- 1- Le droit des « entreprises en difficulté » aurait pu être désigné par bien d'autres vocables ou expressions : la faillite ; les procédures collectives ; les procédures d'insolvabilité ou encore les expressions qui désignent les diverses procédures mises en place (conciliation, mandat ad hoc, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires). Rarement matière porte tant de noms. Mais ces noms ne sont pas le fruit du hasard. Ils reflètent la conception que l'on se fait de la matière et montrent l'évolution des idées qu'elle a connue. L'exposé de l'évolution historique (Section 1) permet de comprendre les orientations actuelles du droit en la matière (Section 2) et de dégager les problèmes de base du droit des entreprises en difficulté qui feront l'objet de cette étude (Section 3).

Section 1 -

L'approche traditionnelle du droit **des entreprises en difficulté**

- 2- Pendant de longs siècles, le droit français était marqué par la conception que le droit romain se faisait de ce que nous appelons aujourd'hui le droit des « entreprises en difficulté ». Le droit musulman a très tôt fixé sa propre conception de la matière. Nous exposerons successivement l'évolution du droit français (§ 1) et la position du droit musulman (§ 2).

§ 1 - Du droit romain au droit français du milieu du XX^e siècle

- 3- De tout temps, il a existé des débiteurs et des créanciers et, de tout temps aussi, il a existé des débiteurs qui ne peuvent plus faire face à leurs dettes. Le droit a toujours réagi à cette situation. A l'origine, sa réaction était entièrement tournée en faveur du créancier et au détriment du débiteur.

Dans l'ancien droit romain, la procédure de la *manus injectio* permettait au créancier de saisir la personne même du débiteur et d'en disposer à sa guise, notamment en le réduisant à l'esclavage ou en le vendant¹. Très vite, a été mise en place une autre procédure en vertu de laquelle les biens du débiteur étaient saisis par le créancier et étaient vendus (la *venditio bonorum*). Cette vente était faite sous le contrôle d'un personnage désigné par les tribunaux et que l'on surnommait le *magister bonorum*². L'idée générale qui prévalait à l'époque était déjà l'égalité entre les créanciers en ce sens que le produit de la vente des biens était partagé à égalité entre les créanciers en présence. La procédure était plus proche de l'exécution forcée sur les biens du débiteur plutôt que du droit de la faillite tel qu'on l'entend aujourd'hui. Le débiteur était sanctionné, même pénalement. Il était aussi exclu de sa corporation ou de son milieu professionnel. On disait que son banc était rompu, c'est la fameuse *banca rotta* qui était à l'origine l'actuelle banqueroute³. Cette description simple de l'état du droit à l'époque permet d'en comprendre les caractéristiques : le débiteur qui ne pouvait plus faire face à ses engagements était considéré comme un « failli » et ce mot, qui provient du latin *fallere*, signifie « tromper ». Puisqu'il trompait ses créanciers, le débiteur devait être sanctionné pénalement. Il devait aussi être exclu de son milieu professionnel et, à la clé, il y avait la nécessité de payer tant soi peu les créanciers, ce qui nécessitait la réunion des biens du débiteur sous le contrôle d'une personne désignée par le juge, la vente de ses biens et le partage nécessairement égalitaire entre les créanciers.

¹ Guillon, Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroute avant 1793, th., Rennes, 1904.

² Percerou et Desserteaux, Traité des faillites, banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2^e éd., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, n° 8.

³ Percerou et Desserteaux, op. cit., n° 6 et s.

4- Sous l'ancien droit, ces mêmes idées devaient continuer à prévaloir et l'on retrouve le même esprit de la réglementation dans les ordonnances de François I^{er} de 1536, de Charles IX de 1560 et même dans l'ordonnance de Colbert de 1673. Cette dernière consacrait trois des douze Titres qu'elle comprenait à la faillite. Elle régleme toutes les questions relatives à la faillite : son ouverture, les nullités des actes accomplis par le débiteur, les sanctions auxquelles ce dernier était soumis et la protection de ses créanciers. Elle donnait compétence aux juges royaux, mais une déclaration du Roi du 10 juin 1715 a donné compétence aux juges consuls⁴.

5- Le Code de commerce de 1807 n'a pas beaucoup innové dans ce domaine. La règle dominante était toujours celle de la répression du débiteur failli. Ce débiteur devait déposer son bilan dans les trois jours qui suivaient le moment où il cessait ses paiements et tous les actes postérieurs à ce moment étaient frappés de nullité. Le failli était emprisonné et les créanciers choisissaient parmi eux un personnage qu'on devait appeler le syndic, qui était chargé de réunir les biens du débiteur, de les vendre et de partager le prix entre les créanciers. Une seule procédure était prévue, celle de la faillite⁵.

La loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps, ce qui devait profiter au débiteur failli, mais, rien n'est échangé sur les autres points. Une loi du 4 mars 1889 a introduit pour la première fois une procédure particulière réservée aux débiteurs de bonne foi. La philosophie de cette loi était de parvenir à l'apurement du passif et non pas à la sanction du débiteur lui-même. L'apurement du passif se faisait par une liquidation judiciaire des biens du débiteur. On était ainsi arrivé à la coexistence de deux procédures : d'une part, la faillite classique, avec son aspect répressif et, d'autre part, la liquidation judiciaire, plus souple pour les débiteurs et qui prévoyait la possibilité de solutions comme le concordat. Plus tard, le décret-loi du 8 août 1935 a cherché à adapter les procédures antérieures,

⁴ V. Jousse, Commentaire de l'ordonnance de commerce de mars 1673, éd. Pars, 1755.

⁵ Renouard, Traité des faillites et banqueroutes, 1^{re} éd., 1842, Tome 1, p. 132.

notamment au cas des faillites des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée. Ce décret-loi est surtout caractérisé par les sanctions qu'il prévoyait à l'encontre des dirigeants de ces sociétés et dont certaines subsistent jusqu'à nos jours.

§ 2 - Le droit musulman

- 6- La faillite est désignée en langue arabe par le mot « *Iflas* ». Le « *Taflis* » est précisément la déclaration de faillite. Etymologiquement, ces mots se réfèrent au « *Fels* » qui était une monnaie de très faible valeur et la référence à cette monnaie servait à désigner celui qui est privé d'argent, autrement dit celui qui ne dispose pas de dirhams, la monnaie de référence à l'époque. Juridiquement, le failli (« *Al Muflis* ») est celui dont l'argent ne suffit pas à payer les dettes.

Au départ, la religion musulmane abordait la faillite sur le plan moral. Selon un *Hadith*, le Prophète Mohammad avait demandé à ses Compagnons s'ils savaient ce qu'était un failli. Ils lui répondirent : « *le failli est celui qui ne dispose pas d'un Dirham ni autres biens* ». Le Prophète leur a alors dit : « *le failli est celui qui se présente le Jour Dernier avec de la prière, du jeun et de l'aumône, mais aussi en ayant insulté un tel, spolié un autre, tué un troisième et frappé encore un. Le bien qu'il aurait fait sera alors comptabilisé et le mal qu'il aurait fait sera comptabilisé aussi. Si le mal est supérieur au bien, il sera jeté dans le feu* »⁶.

Mais le droit musulman consacre une approche évidemment juridique de la faillite. Après avoir distingué celle-ci des notions qui lui sont voisines (A), nous exposerons la manière dont la faillite a été abordée dans les diverses Ecoles de droit musulman (B).

⁶ Hadith rapporté par Bukhari, Kitab al Adab, p. 1066, n° 6114.

A - La faillite et les notions voisines

La faillite doit être distinguée des difficultés financières que le débiteur peut connaître et du déficit.

1 - Faillite et difficultés financières du débiteur (Al I'hsär)

- 7- Al I'hsär exprime la gêne ou la difficulté financière dans laquelle le débiteur peut se trouver. On pourrait le traduire par « déconfiture ». Mais cette traduction a ses limites en raison de la dimension religieuse que l'on attache à l'Ihsär. L'Islam considère avec mansuétude le débiteur qui se trouve dans un tel état : *« Si votre débiteur se trouve dans la gêne, attendez qu'il soit en mesure de vous payer. Si vous faites l'aumône en abandonnant vos droits, c'est préférable pour vous, si vous saviez »*⁷. Dieu promet aussi que l'état de gêne puisse prendre fin : *« Que celui qui se trouve dans l'aisance paye selon ses moyens. Que celui qui ne possède que le strict nécessaire paye en proportion de ce que Dieu lui a accordé. Dieu n'impose quelque chose à une âme qu'en proportion de ce qu'il lui a accordé. Dieu fera succéder l'aisance à la gêne »*⁸, ou encore : *« N'avons-nous pas ouvert ton cœur ? Ne t'avons-nous pas débarrassé de ton fardeau qui pesait sur ton dos ? N'avons-nous pas exalté ta renommée ? Le bonheur est proche du malheur, oui le bonheur est proche du malheur »*⁹.

La personne en état d'I'hsär n'est pas le débiteur « mauvais payeur » qui, tout en disposant de biens, refuse de respecter ses engagements. Selon un Hadith, *« l'homme riche qui ne respecte pas ses engagements est un homme injuste »*, ce qui signifie que le créancier peut le poursuivre devant les tribunaux et l'obliger à payer au risque d'être emprisonné. Ibn Taymiyya a écrit : *« Celui qui ne paye pas ce qu'il doit en biens ou en argent alors qu'il a les moyens de remplir ses engagements mérite d'être puni jusqu'à ce qu'il montre son argent ou indique le lieu où il se trouve ; si on trouve l'argent, les créanciers seront payés et si le débiteur refuse d'indiquer où se trouve son argent, il doit être frappé jusqu'à ce*

⁷ Coran, Sourate II, La Vache, verset 280.

⁸ Coran, Sourate LXV, ou la Répudiation, verset 7.

⁹ Coran, Sourate XCIV, L'Ouverture, versets 1 à 6.

qu'il exécute son obligation ... L'homme injuste mérite d'être puni. L'homme riche qui ne paye pas ses dettes doit être emprisonné et s'il persiste dans son comportement, il mérite d'être frappé jusqu'à ce qu'il remplisse son engagement »¹⁰. La personne en état d'I'hsär n'est donc pas le « mauvais payeur » puisque, par hypothèse, le non-respect de ses engagements est dû à l'état financier dans lequel il se trouve et non à une volonté délibérée de ne pas respecter ses engagements. La mansuétude que l'Islam manifeste à son égard signifie qu'il ne faut pas saisir ses biens ou le condamner à l'emprisonnement.

- 8-** En revanche, la distinction est plus difficile à caractériser entre la personne en état d'I'hsär et le failli. On peut penser que la différence entre ces deux situations réside dans le fait que le failli peut, malgré l'état d'endettement dans lequel il se trouve, disposer encore de certains biens qui pourraient servir à désintéresser ses créanciers. Mais ce critère n'est pas suffisant, car la personne en état d'I'hsär peut se retrouver dans une situation analogue. En réalité, le Fiqh semble réserver la faillite à celui dont la situation paraît définitivement compromise avec, probablement, l'idée que ce débiteur ne mérite aucune mansuétude.

Il en va différemment dans les droits positifs actuels qui réservent la faillite aux seuls commerçants et l'I'hsär aux non-commerçants. L'article 249 du Code civil égyptien décide que le tribunal peut déclarer l'I'hsär d'un débiteur dont les biens ne suffisent pas à payer les dettes. L'article 251 du même Code précise que le tribunal doit dans tous les cas vérifier, avant de déclarer l'I'hsär, toutes les circonstances qui concernent le débiteur, que ces circonstances soient générales ou personnelles, il doit prendre en considération ses revenus futurs et ses capacités personnelles ainsi que sa responsabilité dans les causes qui ont été à l'origine de l'I'hsär.

¹⁰ Ibn Taymiyya, Recueil des Fatawas, Tome 28, p. 279. V. aussi Tome 35, p. 402.

2 - Faillite et déficit (ou perte)

- 9- Le déficit se rapproche de la perte subie par une personne pour être défini en référence à la situation comptable du débiteur. Plusieurs raisons peuvent être à l'origine du déficit ou de la perte : exploitation défectueuse ; mauvaises affaires faites par quelqu'un ; poids des règles de la libre concurrence ; perte du capital d'une personne morale ... L'Ecole malékite définit le déficit comme la perte subie par le capital utilisé à une fin particulière. Une définition analogue est retenue dans l'Ecole hanbalite qui explique la perte ou le déficit comme la diminution subie par le capital pour quelque raison que ce soit, comme le dépérissement de la chose ou la diminution dans le prix d'un objet.

Le déficit se distingue de la faillite en ce que cette dernière caractérise un état général dans lequel se trouve la personne dont les dettes dépassent l'actif dont elle peut disposer alors que le déficit peut être lié à une situation passagère et peut être maîtrisé, soit avec l'actif dont le débiteur dispose, soit par suite de bénéfices réalisés à l'occasion d'un nouvel exercice. Pour les personnes morales, en particulier les sociétés commerciales, le déficit peut avoir des conséquences sur la situation des associés puisque ces derniers se partagent les bénéfices et les dettes résultant d'un exercice de la société. Ces associés subissent ainsi les conséquences du déficit sans que celui-ci impose que la société soit déclarée en faillite.

La faillite est ainsi distinguée de l'I'hsär et du déficit. Il convient de vérifier maintenant comment elle a été appréhendée dans les diverses Ecoles de droit musulman.

B - La faillite dans les diverses Ecoles de droit musulman

- 10- L'Islam aborde la question de la faillite à la fois sous l'angle religieux et sous l'angle juridique¹¹.

¹¹ V. W. Al Zuhāily Al Fiqh, Al Islami Wa Adellatouhou, Tome V, p. 455 et s.

Sur le plan religieux, nous avons déjà vu le hadith sur la manière dont le Prophète considère le « failli »¹². Ce hadith montre que, même sur le plan religieux ou moral, une comparaison est faite entre le bien et le mal et le failli est celui dont les mauvaises actions sont supérieures aux bonnes¹³.

C'est précisément à une comparaison analogue que se livrent les juristes pour définir la faillite dans son aspect juridique. Les diverses Ecoles de droit musulman établissent toutes un lien entre la faillite et la notion de « Hajr ». Cette notion, difficile à traduire, pourrait signifier l'emprisonnement ou la saisie des biens. Mais elle correspond davantage à la notion d'interdiction au sens large qui peut alors englober tour à tour l'incapacité ou le défaut de pouvoir d'une personne et la saisie de ses biens afin de l'empêcher d'en disposer et porter ainsi atteinte à ses propres intérêts ou à ceux des tiers. L'Ecole hanéfite définit le Hajr comme l'interdiction de conclure des contrats ou de s'engager verbalement. La sanction en est que l'« interdit » ne sera pas lié par un quelconque engagement. Tout en reprenant la même définition, l'Ecole malékite considère que le Hajr est de plein droit et cette Ecole procède à une distinction fondée sur l'état précis dans lequel se trouve l'interdit : la personne atteinte de la maladie de la mort peut se livrer à des actes de vente ou d'achat, mais ne peut disposer par libéralité de plus du tiers de son patrimoine ; en revanche, pour le mineur, la personne atteinte dans ses facultés mentales ainsi que le failli, il leur est interdit de conclure un quelconque acte comme la vente, l'achat et la libéralité même si ces dernières sont inférieures au tiers de leur patrimoine. L'Ecole hanbalite considère, elle aussi, que le Hajr est l'interdiction de conclure des opérations patrimoniales, mais les personnes placées sous le Hajr peuvent se livrer à des actes extrapatrimoniaux comme la répudiation ou l'aveu, sauf pour les mineurs et les personnes atteintes dans leur faculté mentale.

¹² V. supra, n° 6.

¹³ Sur les diverses écoles de droit musulman, v. en particulier, Kazouini, Ibn Maja, Les règles de Ibn Maja, Dar al Fikr, 275 H. ; Darakteni Ali Ben Omar, Dar al Mahasen, 1386 H. ; Makhlouf M. Ben., Etude des enseignements du hanéfisme, Dar al Fikr, 1489 H. Zarkeshi al Masri, C.D.M., Exposé des enseignements de l'école Hanbalite, 772 H. ; Dardir, A.B., Explications des enseignements de l'école malékite, Dar al Maref, Egypte, 1393 H.

- 11- Cette notion de Hajr se retrouve en matière de faillite mais elle joue des rôles différents selon les Ecoles de droit musulman.

Abu Hanifa, le fondateur de l'Ecole hanéfite, écrit : « *Je ne prononce pas d'interdiction à l'encontre du failli car la fortune dépend de la volonté de Dieu* ». Pour lui, le Hajr porte atteinte à la liberté et à la capacité de la personne, ce qui constitue un dommage supérieur à celui que subit le créancier. Les biens du débiteur ne seront pas vendus contre sa volonté, mais il sera condamné à payer ses dettes. S'il ne s'exécute pas, il sera emprisonné jusqu'à ce qu'il s'exécute ou vende lui-même ses biens pour payer ses créanciers. En un mot, pour Abu Hanifa, le juge ne peut pas prononcer le Hajr du failli ni ordonner lui-même la vente de ses biens. Son seul pouvoir est de le condamner à l'emprisonnement jusqu'à ce qu'il exécute ses engagements.

Cependant, les disciples de l'Ecole hanéfite ainsi que les disciples des autres Ecoles de droit musulman se sont éloignés de cette opinion. Pour eux, le Hajr du débiteur failli est permis afin de préserver les droits des créanciers. Les divers auteurs se fondent sur un Hadith selon lequel le Prophète a ordonné le Hajr contre un débiteur et a fait vendre ses biens en en partageant les revenus entre ses créanciers ; comme chacun d'eux n'a reçu qu'une quote-part de sa créance, le Prophète leur a dit : « *Vous n'aurez que cela* ».

Les diverses Ecoles ont traité de deux séries de questions : la nécessité de l'intervention du juge pour ordonner le Hajr et les effets de celui-ci.

1 - Sur l'intervention du juge pour ordonner le Hajr

- 12- Sur ce point, l'Ecole malékite se distingue des enseignements des autres Ecoles.

a) L'Ecole malékite

13- L'Ecole malékite envisage trois cas de figure :

- Avant la déclaration de faillite, les créanciers ont le droit d'interdire à leur débiteur de disposer de ses biens sans contrepartie et de faire annuler les actes conclus en ce sens et cela que leur créance soit exigible ou à terme. Ils peuvent ainsi s'opposer à tout acte comme la donation, l'aumône, le wakf, le cautionnement, l'emprunt ou la reconnaissance de dette au profit d'une personne dont il sera démontré qu'elle n'est pas créancière. En revanche, une reconnaissance de dette non déclarée irrégulière est valable, de même que la vente par le débiteur d'un bien qui lui appartient.

- Le deuxième cas est celui dans lequel le débiteur se dérobe à ses créanciers, ce qui permet à ces derniers de se saisir de ses biens et de lui interdire l'établissement de tout acte de disposition comme la vente ou la donation. Les créanciers pourront, dans ce cas, se partager les biens du débiteur, chacun proportionnellement à sa créance.

- Le troisième cas est celui dans lequel le juge déclare la faillite du débiteur, ce qui emporte dessaisissement de ce dernier et saisie de ses biens au profit de ses créanciers. Cette procédure ne peut être menée que sur demande des créanciers ou de certains d'entre eux et à condition que leur créance soit exigible. Il n'est donc pas permis de déclarer la faillite pour une dette à terme. Le Hajr sera alors décidé et il aura pour conséquence d'interdire au débiteur de consentir toute libéralité ou de conclure tout acte patrimonial. Il lui sera interdit même d'épouser plus d'une femme. Les créances à terme deviennent exigibles et les créanciers peuvent demander au juge qu'ils le condamnent à l'emprisonnement.

b) Les autres Ecoles

14- En règle générale, les autres Ecoles considèrent que toute restriction aux droits du débiteur nécessite l'intervention du juge. Les actes accomplis par le débiteur avant le jugement sont valables et exécutoires. Mais, une fois le jugement

rendu et le Hajr décidé, le débiteur ne pourra plus se livrer à des actes qui pourraient porter atteinte aux droits de ses créanciers comme les donations ou la reconnaissance de dettes. Le juge fait vendre les biens du débiteur et partage le produit de la vente entre les divers créanciers.

2 - Les effets du Hajr

- 15-** Le Hajr produit trois séries d'effets : une restriction du droit du débiteur de s'absenter ; une protection des droits des créanciers sur les biens du débiteur et, enfin, la liquidation des biens du débiteur.

a) La restriction du droit du débiteur de s'absenter

- 16-** Les auteurs de droit musulman ont envisagé cette question de la restriction du droit du débiteur de s'absenter sous l'angle des voyages qu'il entend entreprendre.

Dans les Ecoles hanéfite et chaféite, les créanciers ne peuvent pas interdire au débiteur de voyager tant que leur créance n'est pas exigible, et cela que l'exigibilité soit proche ou lointaine. Pour ces Ecoles, les créanciers n'ont pas le droit de réclamer leur créance tant qu'elle n'est pas exigible. Si elle l'est, ils pourront empêcher le débiteur de partir en voyage tant qu'il n'a pas réglé sa dette. Dans l'Ecole malékite, le créancier peut empêcher le débiteur d'entreprendre un voyage si la créance est exigible ou si elle deviendra exigible pendant l'absence du débiteur, même si les biens de ce dernier suffisent pour payer la dette, sauf si le débiteur désigne un mandataire pour payer la dette pendant son absence ou si un tiers solvable donne son cautionnement. L'Ecole hanbalite rejoint les opinions exprimées dans l'Ecole malékite et ajoute que si le départ du débiteur est motivé par sa volonté de participer à une guerre sainte, le créancier pourra l'en empêcher sauf si le débiteur offre un cautionnement ou un gage garantissant le paiement de la dette.

L'Ecole malékite et l'Ecole hanbalite se montrent ainsi soucieuses de protéger les droits du créancier alors que l'Ecole hanéfite et l'Ecole chaféite se montrent plus soucieuses de la liberté du débiteur.

b) Les droits des créanciers sur les biens du débiteur

- 17- La déclaration de faillite et le Hajr qui en découle ont pour effet de protéger les tiers dans la mesure où, connaissant sa situation, ils ne traiteront avec lui qu'en connaissance de cause. Le Hajr a pour effet que les biens du débiteur deviennent le gage des créanciers et le débiteur ne peut plus en disposer si les actes auxquels il se livre leur portent préjudice. Comme nous l'avons vu précédemment, les actes à titre gratuit accomplis par le débiteur seront annulés et, dans leur majorité, les auteurs de droit musulman sont d'accord pour dire qu'une reconnaissance de dette faite, notamment, en faveur d'une personne proche du débiteur (un enfant, une épouse, un frère, ...) sera, elle aussi, frappée de nullité. De même, dans l'Ecole hanbalite ainsi que pour la majorité des auteurs de l'Ecole chaféite, le débiteur ne peut plus disposer de ses biens même à titre onéreux, alors que dans l'Ecole hanéfite, le débiteur peut vendre ses biens pour un juste prix, alors que la vente pourra être annulée si elle est lésionnaire.

Les auteurs se sont divisés sur l'exigibilité, en cas de faillite, des créances stipulées à terme. Dans l'Ecole hanéfite et pour la majorité des auteurs de l'Ecole malékite, de telles créances doivent devenir exigibles alors que dans l'Ecole chaféite, et pour la majorité des auteurs de l'Ecole hanbalite, la créance à terme ne devient pas exigible en raison de la faillite du débiteur.

- 18- La doctrine de droit musulman était d'accord pour permettre aux créanciers de demander au juge qu'il ordonne l'emprisonnement du débiteur failli.

L'Ecole hanéfite enseigne que le juge peut ordonner l'emprisonnement du débiteur, qu'il soit un homme ou une femme, s'il n'exécute pas un engagement quelconque qu'il aurait pris alors qu'il a les moyens d'exécuter son engagement.

Si deux ou trois mois après l'emprisonnement, il apparaît que le débiteur a des biens, le juge pourra ordonner sa libération tout en appréhendant ses biens. Si la preuve est apportée que le débiteur est démuné, le juge ordonnera aussi sa libération sans plus jamais le menacer en raison de son endettement et sans l'obliger à comparaître devant lui en présence de ses créanciers. Mais l'Ecole hanéfite impose la réunion de trois conditions pour ordonner l'emprisonnement du débiteur : la première est que la dette soit exigible immédiatement et aucun emprisonnement ne sera ordonné pour une dette à terme, non échue car l'emprisonnement est fait pour supprimer l'injustice provenant du retard dans l'exécution des engagements et aucune injustice n'est subie par un créancier dont la créance n'est pas exigible. La deuxième condition est relative aux capacités financières du débiteur d'exécuter ses engagements et à condition aussi que le débiteur ne soit pas un ascendant des créanciers. La troisième condition est que le créancier demande formellement au juge d'ordonner l'emprisonnement du débiteur puisque cet emprisonnement est destiné à obliger ce dernier à exécuter ses engagements et si le créancier n'en forme pas la demande, on présume qu'il a renoncé, ne serait-ce que provisoirement, à réclamer le paiement de sa créance.

L'Ecole malékite préconise elle aussi l'emprisonnement du débiteur s'il a les capacités financières d'exécuter ses engagements ou si les apparences laissent présumer qu'il a de telles capacités. Dans ce dernier cas, il lui revient de prouver qu'il est démuné et si cette preuve est apportée, il sera libéré.

Dans les Ecoles chaféite et hanbalite, on enseigne que le débiteur qui a les capacités financières d'exécuter ses engagements peut être emprisonné s'il ne les exécute pas et, dans ce cas, si les biens dont il dispose sont de même nature que la créance (créance de telle quantité de blé et le débiteur possède cette denrée), le créancier sera directement payé sur ces biens ; si ces derniers sont de nature différente, le juge en ordonnera la vente et le créancier sera payé sur le prix ainsi obtenu.

c) La liquidation des biens du débiteur

19- La doctrine de droit musulman est d'accord pour considérer que les biens du débiteur failli doivent être vendus et le produit de la vente sera distribué entre les créanciers à concurrence de leurs créances respectives. La doctrine préconise que la vente se fasse très rapidement par le Hajr afin de limiter les effets de ce dernier à l'égard du débiteur et le libérer de ses dettes. Une partie importante de la doctrine préconise que le débiteur failli ou son représentant soit présent au moment de la vente afin qu'il puisse donner son opinion sur les conditions de cette dernière. On préconise aussi que les créanciers soient présents pour surveiller eux aussi les conditions dans lesquelles la vente sera faite. Dans tous les cas, on laisse au débiteur failli les objets nécessaires à sa vie courante (par exemple, ses vêtements) et l'argent nécessaire à sa subsistance et à l'entretien des personnes qui sont à sa charge.

20- Le droit musulman classique tel qu'il a été fixé dans les diverses Ecoles formées à partir du IIe siècle de l'Hégire (800 de l'ère chrétienne) procédait à une nette distinction entre la personne qui se trouve dans l'état d'I'hsär et celle qui se trouve en état de faillite sans qu'elle puisse établir son I'hsär. La première bénéficiait de toute mansuétude : son emprisonnement était interdit et ses créanciers devaient attendre qu'elle revienne à meilleure fortune. En revanche, le débiteur en faillite sans être dans un état d'I'hsär devait être condamné à exécuter ses engagements allant jusqu'à la liquidation de ses biens, leur vente et le partage du produit de la vente entre les créanciers. Sur ce dernier point, le droit musulman rejoignait fondamentalement le droit français tel que celui-ci a perduré jusqu'au milieu du XXe siècle. C'est alors que les deux systèmes juridiques ont connu un véritable tournant.

Section 2 - Le tournant

§ 1 - Le droit français

21- Jusqu'au milieu du XXe siècle, toute la réglementation était caractérisée par une idée de répression et d'exclusion du débiteur. L'explication en était que celui-ci, s'il n'exécute pas ses engagements, porte atteinte à l'équilibre social et à l'ordre économique. En effet, un débiteur qui n'exécute pas ses engagements risque de mettre en péril à son tour ses propres créanciers qui comptaient sur le paiement de leur créance. Soit une entreprise qui fournit des produits à une autre entreprise. Si cette dernière ne paye pas, le vendeur pourra lui-même se retrouver menacé et risque à son tour de ne pas exécuter ses propres engagements. C'est d'ailleurs ce que l'on appelle l'ordre public économique et social qui a pour but notamment d'assurer une stabilité du marché économique. La réaction de cet ordre public, économique et social devrait donc consister à éliminer les entreprises qui ne remplissent pas leurs engagements.

Cependant, on devait s'apercevoir que l'entreprise débitrice ne devait pas, pour autant, être systématiquement éliminée du marché. Cette entreprise est elle-même créatrice d'emplois et sa disparition aura pour conséquence un licenciement des salariés et une aggravation de l'acquis social. De là est venue l'idée de rechercher la possibilité de redresser l'entreprise qui se trouve en difficulté ou, au moins, d'essayer de la redresser.

22- C'est cette prise de conscience du rôle de l'entreprise débitrice et de la nécessité de chercher à la sauver qui constitue le tournant auquel on a assisté vers le milieu du XXe siècle.

On dit généralement que ce tournant a été consacré par la loi du 13 juillet 1967, ce qui est vrai, sauf à préciser que cette loi a été précédée de quelques tentatives allant dans le même sens.

Il en est ainsi du décret du 20 mai 1955 « relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation »¹⁴. Ce texte crée donc une nouvelle procédure, celle du « règlement judiciaire » qui avait pour objectif de parvenir à un concordat. L'exposé des motifs précise que la faillite est « une mesure d'élimination, appliquée aux commerçants cessant leurs paiements et qui ne méritent pas d'échapper aux déchéances attachées à cette procédure ». Nous retrouvons dans cette définition l'idée d'assainissement du marché accompagnée du caractère répressif de la réglementation. Mais le décret introduit aussi la procédure de règlement judiciaire « ouverte à tous les commerçants cessant leurs paiements mais dont l'entreprise est susceptible d'être poursuivie à la faveur d'un concordat et, plus précisément, à tous ceux auxquels la mesure de rigueur que constitue désormais la faillite n'a pas lieu de s'appliquer ». Le décret du 20 mai 1955 devait même aller encore plus loin et considérer le règlement judiciaire comme la solution de principe à laquelle on doit recourir et dans laquelle le débiteur est assisté seulement du syndic, sans pour autant être dessaisi de ses droits et de ses biens. S'agissant des créanciers, une nette distinction était faite, pour toutes les procédures en présence, entre les créanciers chirographaires et les créanciers privilégiés. Les créanciers chirographaires étaient soumis à l'ensemble des règles procédurales, en particulier à la nécessité de produire leurs créances, c'est-à-dire de les faire connaître par le syndic. Les créanciers privilégiés, titulaires de sûretés, restaient en dehors de la procédure. Ils n'étaient pas obligés de produire au passif et conservaient leurs droits de poursuites individuelles contre le débiteur.

- 23-** Ce système a trouvé une consécration plus complète dans la loi du 13 juillet 1967 intitulée « loi sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes ». L'idée sous-jacente à cet intitulé est que la procédure de règlement judiciaire devrait permettre de redresser l'entreprise, autrement dit, de la sauver de la faillite. A cette fin, le législateur a dû distinguer

¹⁴ R. Houin, « *La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire* », RTDCom. 1955.481. V. aussi du même auteur, D. 1956.7.

encore plus nettement la personne du débiteur de l'entreprise elle-même. Le débiteur peut encourir des sanctions au cas où il a commis une faute. Mais l'entreprise doit être redressée si ce redressement est possible, sinon il faudra la liquider¹⁵.

Ces idées nouvelles ont amené le législateur à élargir le champ d'application de la loi. Auparavant, la procédure s'appliquait seulement aux commerçants personnes physiques et aux personnes morales commerçantes. La loi du 13 juillet 1967 va s'appliquer aux personnes physiques commerçantes et à toutes les personnes morales de droit privé, même non commerçantes, comme, par exemple, les sociétés civiles. De même, avant la loi de 1967, les créanciers chirographaires participaient à toutes les étapes de la procédure. Avec la loi de 1967, les créanciers chirographaires participent seulement au vote du concordat¹⁶.

24- De nombreux textes sont intervenus dans les prolongements de la loi du 13 juillet 1967. D'abord, l'ordonnance du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises. Cette ordonnance institue la procédure de suspension provisoire des poursuites applicable à certaines entreprises qui se trouvent en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise¹⁷. L'ordonnance prévoit un délai de trois mois qui est imposé aux créanciers et au cours de ce délai, le débiteur, assisté d'un curateur, va tenter d'élaborer un projet de plan de redressement économique et financier de l'entreprise, plan qui est accompagné d'un autre qu'on appelle le plan d'apurement collectif du passif. Le projet de plan est soumis au tribunal et non pas aux créanciers et il revient au tribunal, s'il le juge sérieux, de l'homologuer. D'autres textes sont venus compléter le dispositif mis en place par la loi du 13 juillet 1967 : ainsi, une loi du 27 décembre 1973 a créé l'association de garantie des salaires (AGS) qui permet de procéder à des avances de salaires dans l'hypothèse de la défaillance du chef d'entreprise. Une loi du 15 octobre 1981

¹⁵ V. R. Houin, « *Permanence de l'entreprise à travers la faillite* », Liber amicorum, Baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609 écrivant : « *Le législateur ne s'est pas aperçu, semble-t-il, qu'en éliminant « le débiteur », il éliminait aussi l'entreprise, même dans les hypothèses où celle-ci était susceptible d'être redressée et était économiquement utile* ».

¹⁶ V. M.-J. Reymond de Gentile-Campana, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, Sirey, Bibl. dr. com., Tome 25.

¹⁷ V. A.-M. Baudron, La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967, Paris, 1972.

donne des pouvoirs plus étendus au ministère public dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens. Le ministère public devient ainsi un organe de la procédure et, à travers l'accroissement de ses pouvoirs, il y a une idée de protection de l'intérêt général qu'il est censé représenter.

25- Dans les faits, l'application de l'ensemble de ces textes, y compris la loi du 13 juillet 1967, s'est avérée assez décevante dans la mesure, surtout, où les règlements judiciaires aboutissaient rarement et les procédures étaient très longues et souvent très coûteuses. Mais, au moins, la philosophie générale de cette loi était consacrée et devait continuer à marquer l'évolution législative.

La réforme du système a eu lieu en 1984 et 1985. La loi du 1^{er} mars 1984 est relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Cette loi a pour objet de détecter le plus tôt possible les difficultés des entreprises et essayer de mettre en place une procédure de résolution amiable de ces difficultés. La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises affirme, dès son article 1^{er}, l'orientation essentielle que le législateur donne à sa réforme : « il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Ces objectifs signifient que le souci essentiel est de sauver l'entreprise et, avec elle, les emplois. Bien entendu, il y a toujours l'objectif de l'apurement du passif. Mais, cet objectif vient en dernier. On a ainsi parlé d'une loi « volontariste »¹⁸.

Dans l'organisation générale du redressement, le législateur permet une cession de l'entreprise du débiteur par un plan. Les créanciers ne participent pas aux décisions relatives à ce plan. Ils n'ont plus à voter un concordat qui conditionne la survie de l'entreprise. Le tribunal arrête le plan et toutes les parties en présence, créanciers compris, sont obligées de respecter ce plan. De même, l'activité de l'entreprise est poursuivie dans l'intérêt de cette entreprise et non plus dans l'intérêt des créanciers. Une autre loi du même 25 janvier 1985 définit les fonctions et les statuts des mandataires de justice qui interviennent dans le redressement et la liquidation judiciaires qui vont remplacer les anciens syndics.

¹⁸ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, n° 46.

Les fonctions de ces mandataires sont distinctes : l'administrateur judiciaire a pour mission de parvenir à la sauvegarde de l'entreprise alors que le liquidateur, comme son nom l'indique, est celui qui liquide les biens de cette entreprise si elle ne peut pas être redressée. Pour marquer encore plus sa volonté, le législateur a élargi le domaine d'application de la loi. Celle-ci concerne toutes les entreprises autres que publiques. Sont soumis à la procédure même les artisans et les agriculteurs. En fait, toutes les entreprises étaient soumises au nouveau dispositif mais non celles qui ont pour fonction l'exercice individuel des professions libérales.

26- Le système ainsi mis en place a eu nécessairement pour résultat l'affaiblissement de la situation des créanciers, qu'il s'agisse des créanciers chirographaires ou des créanciers privilégiés. Le paiement de ces créanciers n'était pas le souci majeur du législateur. C'est, notamment, par là que la loi du 25 janvier 1985 a manifesté ses faiblesses et a été critiquée. Le problème est resté le même : plus on sacrifie les intérêts des créanciers, plus on les expose eux-mêmes à des difficultés financières. De plus, il s'est avéré que le redressement des entreprises restait un objectif lointain et difficilement réalisable puisque, dans la plupart des cas, on parvenait à la liquidation et non pas au redressement. On a même parlé à propos de la loi du 25 janvier 1985 d'un acharnement thérapeutique inutile.

27- Le législateur est intervenu une fois de plus avec sa loi du 10 juin 1994 dont la préoccupation principale était d'introduire un équilibre entre le redressement de l'entreprise et le droit des créanciers, en particulier des créanciers privilégiés. Ainsi, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, en cas de cession de l'entreprise, le repreneur de cette entreprise n'était plus tenu par les sûretés qui grevaient les biens qui lui étaient transmis, sauf quelques exceptions, comme le nantissement portant sur le matériel et l'outillage. La loi du 10 juin 1994 a renforcé la transmissibilité de toutes les sûretés au repreneur, et c'est ainsi que le sort des créanciers privilégiés a été considérablement amélioré puisque leurs sûretés devaient subsister même en cas de cession de l'entreprise.

Mais, la loi du 10 juin 1994 devait elle aussi avoir ses inconvénients. Les plans de cession sont devenus de plus en plus rares au profit des procédures de liquidation. De nouveau, une intervention législative était nécessaire.

- 28- La loi du 26 juillet 2005, suivie du décret du 28 décembre 2005, ont voulu maintenir les objectifs des textes de 1985 et de 1994, mais en renforçant l'efficacité de ces objectifs et en améliorant les procédures existantes. La loi élargit le domaine du traitement non judiciaire des difficultés des entreprises comme elle élargit aussi le domaine du traitement judiciaire. Une procédure de conciliation est mise en place, de même qu'une nouvelle procédure collective, la sauvegarde. La loi du 26 juillet 2005 a été complétée par une ordonnance du 18 décembre 2008, elle-même suivie d'un décret du 12 février 2009 et de plusieurs autres interventions législatives plus ponctuelles comme l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, la loi du 22 octobre 2010 sur la sauvegarde financière accélérée. Enfin, le législateur est intervenu d'une manière tout aussi substantielle avec l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives suivie de son décret d'application n° 2014-736 du 30 juin 2014. Conformément à son article 116, l'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 et n'est pas applicable aux procédures en cours au jour de son entrée en vigueur¹⁹. Le rapport présenté au Président de la République sur cette réforme²⁰ précise que les principaux objectifs de cette réforme sont de « *faciliter l'anticipation de l'aggravation des difficultés ; renforcer l'efficacité des procédures en adaptant leurs effets à l'égard des*

¹⁹ Sur ces nouveaux textes, v. « *Prévention et procédures collectives : nouvelles réformes* », Dir. F. Pérochon, Bull. Joly Entreprises en difficulté, mai-juin 2014, p. 170 ; F. Macorig-Venier, « *La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme* », Coll. Université de Toulouse I, D. 2014.73, Dossier ; Ph. Pétel, « *Entreprises en difficulté : encore une réforme* », JCP E et A, mai 2014, p. 20 ; Ph. Roussel, Galle, « *La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014* », Rev. Soc., 2014.351 ; P.-M. Le Corre, « *Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté* », D. 2014, n° 12, p. 733 ; F.-X. Lucas, « *Restructuration des sociétés en difficulté – L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés* », Bull. Joly Sociétés, juin 2014, p. 403.

²⁰ V. JO 14 mars 2014, p. 5243.

créanciers, du débiteur et des associés, ainsi que le rôle dévolu à ceux-ci ; adapter le traitement des situations irrémédiablement compromises à la réalité en respectant à la fois le droit des créanciers et ceux du débiteur ; améliorer les règles de procédure plus de sécurité, de simplicité et d'efficacité ».

La multiplication des lois sur les entreprises en difficulté ont eu pour conséquence de rendre complexe le système mis en place par le législateur. Cette complexité rejaillit sur la notion même d'entreprise en difficulté à laquelle les textes donnent des contenus différents. Ainsi, ils la définissent tantôt comme une entreprise en état de cessation des paiements, tantôt comme une entreprise où sont constatés des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cette notion d'entreprise en difficulté a un contenu hétérogène : il peut s'agir d'une entreprise qui connaît des difficultés de nature économique, juridique ou financière ; ces difficultés peuvent être déjà avérées ou simplement prévisibles ; il peut s'agir aussi d'une entreprise en cessation des paiements ou encore d'une entreprise qui rencontre des difficultés de nature à conduire à la cessation de ses paiements.

§ 2 - Le droit saoudien

29- Le droit saoudien de la faillite n'a pas suivi la même évolution législative qu'en France. Le texte fondamental reste le règlement n° 32 du 15 Moharram 1350 H., correspondant au 2 juin 1931, relatif au tribunal de commerce dont les articles 103 à 149 se trouvent sous un chapitre 10, intitulé « Des matières de faillite » (articles 103 à 135) et sous un chapitre 11, intitulé « Pénalités » (articles 136 à 149).

Ces textes ne s'appliquent qu'aux seuls commerçants et il est certain que, dans l'esprit du législateur de l'époque, les dispositions du règlement n° 32 ne devraient trouver application qu'aux personnes physiques commerçantes.

Cependant, la doctrine²¹ et la jurisprudence considèrent que les mêmes règles trouvent application à la faillite des personnes morales, notamment les sociétés commerciales, même si la doctrine classique de droit musulman n'avait pas envisagé une telle faillite dans la mesure où les sociétés qui pouvaient exister à l'époque et qui étaient essentiellement des sociétés de personnes, n'avaient pas la personnalité morale. Le non-commerçant ne peut pas être déclaré en faillite. Il est soumis aux règles sur l'I'hsār, la raison en est que le droit saoudien reste attaché au particularisme de l'exercice de l'activité commerciale, rouage essentiel de l'activité économique et qui appelle l'application d'une réglementation spéciale. Pour le droit saoudien, il doit en être d'autant plus ainsi que les règles sur la faillite sont, comme nous le verrons, assez sévères à l'égard du débiteur, appelant une réalisation de ses biens et leur liquidation dans l'intérêt des créanciers. Une telle réglementation n'est pas nécessairement adaptée à la situation d'une personne qui se trouve en état d'I'hsār à l'égard de laquelle le droit doit montrer compréhension et générosité si la personne qui se trouve dans un tel état est de bonne foi.

L'article 103 du règlement définit le failli comme la personne dont les dettes excèdent les biens et qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à toutes ses dettes. L'article 104 distingue trois catégories de faillites : la faillite « réelle », la faillite par négligence et la faillite frauduleuse.

- 30-** Les textes suivants définissent ce qu'ils entendent par chacune de ces faillites. Ainsi, l'article 105 précise que la faillite « réelle » est celle qui est prononcée à l'égard d'un commerçant ayant un capital connu et que l'usage considère comme suffisant, qui a travaillé avec ce capital, qui tenait régulièrement les livres de commerce desquels il résulte qu'il ne dépensait pas inutilement l'argent et, malgré cela, son passif a épuisé tous ses biens le mettant dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements. La situation dans laquelle le débiteur se retrouve peut résulter d'une perte subie par le commerçant, personne physique

²¹ Abd Al Majid Ben Saleh Ben Abd Al Aziz Al Mansour, La faillite des sociétés et ses effets dans le Fiqh et le règlement (en langue arabe), 2 volumes, 1433 H. (2012). Sur la jurisprudence, on peut citer Trib. Doléances, jugement n° 155-D-TJ-9-1415 H. sur une décision prise par un comité de résolution des litiges commerciaux, Djeddah n° 303/1405 H. et n° 159/1406 H. sur la déclaration de faillite d'une société ainsi que de son principal actionnaire et le frère de celui-ci.

ou morale, ou un développement des conditions du marché non adapté à son activité. Sa situation peut résulter aussi d'un événement fortuit comme l'incendie, la perte en mer de ses biens ou de ses productions ou encore d'un arrêt de son activité qui résulte d'une grève ou d'une grave crise économique. Cette présentation permet de comprendre que le commerçant placé dans une faillite « réelle » est de bonne foi et n'a pas voulu porter atteinte aux intérêts de ses créanciers.

- 31-** L'article 106 précise que la faillite par négligence est celle du commerçant qui, même s'il tient régulièrement ses livres de commerce, s'est montré prodigue dans ses dépenses et de mauvaise foi dans la mesure où il n'a pas révélé son véritable état en temps utile mais l'a dissimulé à ses créanciers et a continué à exercer le commerce jusqu'à la disparition de tout son capital. Même si le texte la surnomme faillite « par négligence », cette procédure est dirigée contre le commerçant qui, sans nécessairement être de parfaite mauvaise foi, a un comportement incompatible avec l'exercice d'une activité commerciale saine. Une partie de la doctrine est allée au-delà de la définition légale de la faillite par négligence et a procédé à une distinction fondée sur une différence de degrés dans l'appréciation du comportement répréhensible du débiteur²². Cette doctrine se montre sévère à l'égard du débiteur en faillite qui avait dépensé des sommes d'argent importantes dans le jeu ou dans des opérations virtuelles, comme les opérations boursières ; qui, après la cessation de ses paiements, se livre à des actes de nature à tromper les tiers, comme l'achat de biens et leur revente à perte ou encore en remboursant certains créanciers dans le but de porter atteinte à d'autres créanciers. En revanche, cette doctrine se montre moins sévère à l'égard du débiteur qui se trouve en état de faillite parce qu'il se serait porté garant, sans raison valable, des obligations d'un autre débiteur, s'il ne déclare son état de cessation des paiements dans un délai de vingt jours ou encore s'il n'a pas tenu régulièrement des livres de commerce et rempli une comptabilité suffisante.

²² En ce sens, Mustapha Kamal Taha, Principes de droit commercial - Les effets du commerce et la faillite, en langue arabe, Ed. Halabi, Beyrouth, 2012, p. 343. Dans le même sens, v. aussi Nassif E., Traité de droit commercial, Tome 4, sur la faillite, Ed Oueidate, Beyrouth, 1999, p. 241 ; A. Baroudi, Droit commercial, Ed. de l'université Beyrouth, 1985, p. 142 ; Faqqi M.S., Droit commercial (faillite, contrats commerciaux), Ed. Halabi, Beyrouth, 2005, n° 102 ; Sami M.F., Explications du droit commercial jordanien, Tome 1, Ed. Education, Beyrouth p. 324.

- 32-** Enfin, l'article 107 considère frauduleuse la faillite du commerçant de mauvaise foi qui se livre à une activité qui ne correspond pas à celle d'un commerçant honorable et le texte ajoute que ce débiteur n'est qualifié de failli que dans le seul but de distribuer ses biens à ses créanciers. En somme, il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une véritable faillite, mais d'une application des règles de la faillite sur la liquidation des biens du débiteur. Le comportement de ce dernier est qualifié de délit intentionnel dans le but de porter atteinte à ses créanciers et qui justifie la condamnation du débiteur et de ses complices. Ce cas se rencontre lorsque le débiteur ne mentionne pas dans ses registres des dettes auxquelles il est tenu, qui rédige des lettres de change ou des billets à ordre mensongers, qui dissimule ses biens ou se livre à des ventes apparentes dont il tire un profit personnel.
- 33-** Dans les trois cas de faillites énumérées par le législateur, les mesures prévues à l'égard du débiteur sont des mesures répressives. Dans le premier cas, celui de la faillite « réelle », le débiteur ne sera pas condamné à des peines pénales, sauf circonstances exceptionnelles. Mais il devra être écarté du marché. Dans les deux autres cas, en plus de cette sanction, le débiteur sera condamné à des peines pénales, notamment d'emprisonnement, étant précisé que dans la faillite frauduleuse, le débiteur peut être condamné à un emprisonnement accompagné de travaux forcés²³.
- 34-** Pour autant, le législateur saoudien ne limite pas la réglementation de la matière aux seuls cas de la faillite. Il a accompagné un mouvement qui s'est développé dans de nombreux pays arabes en faveur de mesures préventives destinées à éviter l'ouverture d'une faillite. Il en est ainsi du Liban qui, dans son Code de commerce du 24 décembre 1942, organise le concordat ou la conciliation préventive dans ses articles 459 et suivants. En Syrie, le Code de commerce promulgué par décret législatif n° 149 du 22 juin 1949 consacre ses articles 576 et suivants à la conciliation préventive aussi. Il en est de même de l'Egypte avec sa

²³ Sur le droit saoudien de la faillite et de la conciliation préventive, v. Abd Al Rahman Al Sayed Karman, Les effets de commerce, la faillite et le règlement préventif de faillite, selon les règlements du royaume d'Arabie saoudite, en langue arabe, 1433 H. (2012), p. 299 et s. ; v. aussi, Zureiki J.M., Les règles sur la faillite dans le Fiqh musulman, Ed. Centre des Etudes de Droit Musulman, 1999, p. 121 ; Ali A.S., Les règles sur la liquidation des sociétés dans le Fiqh et le règlement, Djeddah, 1417 H., p. 23.

loi n° 56 de 1945 dont les dispositions ont été reprises dans le nouveau Code de commerce n° 17/1999 (*articles 550 et suivants*). La même procédure figure dans le Code koweïtien du commerce n° 68/1980.

- 35- En Arabie saoudite, le règlement n° 16 du 04.09.1416 H., correspondant au 24 janvier 1996, a introduit le système de « la conciliation préventive de la faillite ». Son article 1^{er} énonce que tout commerçant, personne physique ou société, qui connaît des difficultés financières de nature à provoquer une impossibilité de faire face à ses engagements, peut présenter une demande de conciliation amiable avec ses créanciers et cette demande sera présentée au comité constitué à cet effet auprès des chambres de commerce et d'industrie. Si on ne parvient pas à la conclusion d'une telle conciliation ou si le commerçant le juge dans son intérêt, il peut demander la mise en place d'un règlement préventif de la faillite, conciliation préventive de la faillite. Dans ces cas, le commerçant devra accompagner sa demande d'un exposé relatif aux causes qui ont été à l'origine de la dégradation de sa situation financière et des conditions qu'il propose pour parvenir à un accord ainsi que des moyens permettant l'exécution d'un tel accord en cas de sa conclusion.

Le droit saoudien met ainsi en place une procédure destinée à éviter la procédure collective et celle-ci ne sera mise en place que si la première ne s'avère pas réalisable.

Section 3 -

Les problèmes de base du droit

des entreprises en difficulté

- 36- L'évolution historique du droit des entreprises en difficulté a montré que, dans les deux systèmes, français et saoudien, le législateur met en place une procédure destinée à permettre au débiteur de parvenir à un accord avec ses créanciers dans le but d'éviter l'ouverture d'une procédure collective, de crainte

que cette procédure emporte dans ses prolongements la disparition de l'entreprise. Celle-ci signifiera aussi la disparition de la richesse que l'entreprise représente et des emplois qu'elle crée. Mais, la procédure collective doit-elle nécessairement emporter la disparition de l'entreprise ? En droit français, sur les trois procédures collectives mises en place par la loi du 26 juillet 2005, deux, la sauvegarde et le redressement judiciaire, sont destinées à sauver l'entreprise. Dans ces conditions, quelle est la raison d'être des procédures préalables qui cherchent à éviter l'ouverture de la procédure collective ? Et si ces procédures préalables se révèlent nécessaires, les procédures collectives doivent-elles tendre elles aussi à sauver l'entreprise de la faillite ? De même pour quelles raisons devrait-on multiplier le nombre des procédures collectives qui ont pour objectif de sauver l'entreprise ? Est-il possible de sauver l'entreprise en même temps que les emplois ou ne faut-il pas faire sacrifier les emplois pour sauver l'entreprise ?

Les difficultés que l'entreprise peut connaître sont de même nature que celles que connaissent tous les débiteurs, quels qu'ils soient. Il revient donc au législateur de déterminer les personnes qui sont soumises à la réglementation des entreprises en difficulté. Le droit comparé révèle l'extrême diversité des solutions dans ce domaine : certains systèmes, comme le système anglais, soumettent à ce droit toutes les personnes, qu'elles soient physiques ou morales, qu'elles exercent ou non une activité professionnelle, tandis que, à l'autre extrémité, certains systèmes, et c'est le cas du droit saoudien, réservent les règles sur les entreprises en difficulté à une catégorie limitée de débiteurs, à savoir les commerçants. Entre ces deux solutions, d'autres systèmes, et c'est le cas du droit français, optent pour une solution intermédiaire : ils élargissent le domaine d'application des règles pour leur soumettre tous ceux qui exercent une activité professionnelle, mais sans les appliquer à ceux qui n'exercent pas une telle activité.

Le droit des entreprises en difficulté met directement en cause les intérêts du marché économique. Il est dominé par l'ordre public. De là vient la nécessité de vérifier le degré de l'intervention de l'Etat dans son organisation. Quelles sont les manifestations de l'intervention étatique en la matière et quelles formes prennent-elles ?

Quoi qu'il en soit, chaque personne qui peut être soumise à une procédure collective présente une spécificité. S'il n'est ni envisageable ni, peut-être, opportun, de prévoir une procédure collective pour chaque catégorie de débiteurs, le droit des procédures collectives ne doit-il pas prendre en considération cette spécificité pour prévoir, ne serait-ce que partiellement, son adaptation à tel ou tel débiteur ? Mais, dans la mesure où le droit des procédures collectives est dominé par la nécessité de respecter l'ordre public, la réglementation générale doit prévoir les conditions d'ouverture de la procédure non seulement quant aux personnes qui peuvent lui être soumises, mais quant aux qualités qu'elles doivent remplir et l'état dans lequel elles se trouvent. De même, il faut déterminer les personnes qui ont qualité pour demander la mise en place de la procédure. Une fois celle-ci ouverte à l'égard d'un débiteur, il reste à vérifier si elle doit être limitée à lui ou si d'autres personnes ne seraient pas placées dans la même situation que le débiteur.

Si le traitement des difficultés que connaît l'entreprise doit permettre de lui éviter l'ouverture d'une procédure collective, le législateur devra définir les conditions qui doivent être réunies pour parvenir à cet objectif : le degré d'intervention du pouvoir judiciaire dans la mise en place et l'organisation de la procédure préventive ; les qualités que doit présenter le débiteur - tels sa bonne foi et les moyens dont il dispose pour redresser sa situation ; les précautions qui doivent être prises pour laisser au débiteur toutes les chances de redresser sa situation. Il en est ainsi, par exemple, de la confidentialité qui doit entourer sa situation ainsi que les mesures prises à son égard en vue de redresser sa situation, tant il sera difficile de trouver des tiers qui acceptent de traiter avec un débiteur se trouvant dans une situation difficile et cette méfiance pourra avoir des conséquences très graves sur le développement de son activité.

37- Pour autant, il ne faut pas non plus négliger les intérêts des créanciers et les laisser dans l'ignorance de la situation du débiteur, continuant à traiter avec une entreprise qui peut se retrouver dans une situation telle qu'elle ne puisse pas remplir ses propres engagements. Si la situation du débiteur s'aggrave et que la mise en place d'une procédure collective devient inéluctable, il faudra définir avec

la plus grande précision les droits respectifs de l'entreprise débitrice et de ses créanciers avec la perspective de trouver un équilibre entre ces deux séries d'intérêts. Est-il aisé de trouver cet équilibre ou faudra-t-il accepter de sacrifier les droits des uns pour sauvegarder ceux des autres ?

Comment le droit français et le droit saoudien envisagent-ils ces problèmes de base des entreprises en difficulté et quelles solutions leur apportent-ils ? Même si les deux droits cherchent à prévenir l'ouverture d'une procédure collective et définissent les objectifs de celle-ci si elle se révèle inéluctable, ils paraissent en réalité trop éloignés l'un de l'autre, même au stade de la prévention.

Avertissement

Les divergences profondes qui existent entre le droit français et le droit saoudien imposent de les étudier distinctement, la synthèse ne pouvant être faite que dans les conclusions qui accompagneront les développements et qui feront ressortir les spécificités de chacun des deux systèmes.

Cette étude sera menée à partir de l'examen en droit positif dans chacun des deux pays. Il devient ainsi nécessaire d'exposer ce droit au risque de paraître se livrer à un exposé schématique des règles en présence. Cependant, il s'est révélé réducteur d'éviter une telle méthode au risque cette fois que notre étude reste cantonnée dans des généralités qui ne rendent pas compte des spécificités de chaque système. Cette considération explique à son tour les limites de l'étude qui sera faite du droit positif puisque cette étude ne portera que sur les questions qui permettront de caractériser les problèmes de base et de répondre aux interrogations qu'ils suscitent.

On aura remarqué que le droit saoudien, même s'il est relativement récent dans la réglementation de la prévention, est particulièrement ancien dans le domaine de la faillite proprement dite. La réglementation même de cette matière apparaît parfois insuffisante et lacunaire. En même temps, la non publication des décisions rendues, sauf rares exceptions, rend souvent difficile non seulement la connaissance de la jurisprudence mais aussi, et surtout, engendre une relative divergence entre les tribunaux saoudiens dans l'interprétation et l'application des

textes. Ces difficultés ont eu pour conséquence que la doctrine et la pratique saoudiennes, se réfèrent souvent aux législations d'autres pays arabes, notamment les droits égyptien et libanais, et à la jurisprudence de ces deux pays pour interpréter les textes saoudiens et les compléter. Pour cette raison, l'étude du droit saoudien sera systématiquement accompagnée d'une référence aux droits des autres pays arabes, quitte à préciser pour quelle raison telle solution retenue dans ces pays ne peut pas l'être en droit saoudien.

L'étude sera faite en trois parties :

Première partie - La prévention de la procédure collective.

Deuxième partie - Les règles communes aux procédures collectives.

Troisième partie – Le déroulement de la procédure.

Première partie :

La prévention de la procédure collective

38- Toute l'évolution législative en la matière montre la nécessité à la fois pour le droit français et pour le droit saoudien d'éviter qu'une entreprise soit liquidée.

En droit français, on pose comme point de départ du raisonnement que l'entreprise est créatrice d'emplois et sa liquidation signifie que ces emplois seront perdus ; elle est créatrice de richesses et sa liquidation signifie qu'elle va cesser toute création de richesses. Pour ces raisons, le législateur tente de prévenir la liquidation et même de prévenir l'ouverture d'une véritable procédure collective. Cette volonté de prévention est celle du législateur français et du législateur saoudien. Cependant, les préoccupations de ce dernier sont d'une autre nature : si l'on cherche à éviter au commerçant les conséquences difficiles pour sa personne ainsi qu'aux membres de sa famille et pour son patrimoine des conséquences de la faillite, on cherche surtout à éviter que ce commerçant, pressentant la situation difficile dans laquelle il se trouvera si sa faillite est déclarée, dissimule sa situation à ses créanciers avec tous les préjudices que ces derniers subiront.

Même sur cette question précise, le droit saoudien et le droit français paraissent trop éloignés. Il convient de les étudier distinctement et de laisser à la conclusion de cette première partie le soin de présenter une synthèse de leur comparaison.

Titre 1 - Le droit français.

Titre 2 - Le droit saoudien.

Titre 1 - Le droit français

39- Il est admis depuis longtemps que le débiteur puisse conclure des accords avec ses créanciers afin d'éviter qu'il soit placé dans une procédure collective. Déjà, le Code de commerce, modifié par la loi du 28 mai 1838, avait admis la conclusion d'une convention entre le débiteur et ses principaux créanciers²⁴. C'était les débuts du « concordat » qui devait connaître une existence « saccadée » en droit français. Le concordat de l'époque n'exigeait pas que la convention soit conclue entre le débiteur et tous ses créanciers. La majorité d'entre eux était suffisante. Mais, la contrepartie en était l'obligation d'homologation de la convention afin que les tribunaux vérifient que le concordat ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers qui n'en étaient pas signataires. Cependant, la plupart du temps, cette précaution n'était pas suffisante. Des intérêts étaient lésés et, disait-on, les concordats servaient davantage les intérêts de certains créanciers et parfois ceux du débiteur que l'intérêt général²⁵. Le décret du 20 mai 1955, reprenant le projet primitif de la loi du 4 mars 1889, n'autorisait le concordat que dans la seule hypothèse où le débiteur était soumis au règlement judiciaire. Le concordat n'était pas compatible avec la mise en place d'une faillite²⁶. Cette solution devait être conservée par la loi du 13 juillet 1967 qui affirmait, elle aussi, que le concordat ne pouvait être consenti qu'en cas de règlement judiciaire et le tribunal ne devait prononcer cette mesure que si le débiteur proposait un « concordat sérieux » (*art. 7, al. 2*). Si le débiteur ne pouvait pas proposer un « concordat sérieux », le tribunal devait convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens.

Dans la pratique, le concordat se révélait fort décevant. La plupart du temps, les concordats n'étaient pas exécutés, ce qui avait incité les tribunaux à examiner de plus près la possibilité de l'exécution du concordat avant d'en prononcer l'homologation. Ce concordat judiciaire coexistait avec le concordat amiable qui résultait de l'accord du débiteur avec ses créanciers unanimes sans l'intervention

²⁴ Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, n° 1271 et s.

²⁵ Percerou et Desserteaux, *ibid.*

²⁶ A. Honorat, *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, thèse, Alger, 1958, n° 264.

du pouvoir judiciaire²⁷. Ce concordat amiable se distingue du concordat préventif que le droit français a consacré, mais de manière temporaire seulement²⁸. Ce concordat préventif est conclu avec la majorité des créanciers avant la procédure de liquidation et il est soumis à l'homologation judiciaire. Le décret de 1955 ne l'a pas consacré²⁹. L'ordonnance du 23 septembre 1967 a consacré la suspension provisoire des poursuites que l'on pensait être proche du concordat préventif. Mais, en réalité, il n'en est rien, puisque cette suspension provisoire des poursuites est nécessairement une mesure judiciaire, prise sans la participation ou l'acceptation des créanciers.

40- Depuis la loi du 1^{er} mars 1984, le législateur a cherché à « formaliser » l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers, même si le « règlement amiable des difficultés des entreprises » n'occupait pas une place importante dans cette loi³⁰. Celle du 26 juillet 2005 l'a amplifié tout en lui donnant le nouveau nom de « conciliation ». Celle-ci emprunte à ses précédents les caractéristiques essentielles : il s'agit d'un contrat, tout comme le concordat amiable et le règlement amiable ; mais il est subordonné à l'intervention du pouvoir judiciaire comme c'était le cas auparavant de la suspension provisoire des poursuites. C'est cette conciliation qui nous occupera (Chapitre 2), dans la mesure où elle constitue le modèle actuellement le plus achevé du traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise. Le législateur de 1984 a voulu aussi améliorer le système d'information sur la situation du débiteur³¹. Cette information est l'œuvre des structures « internes » de l'entreprise et l'objectif qu'elle poursuit dans notre matière est d'alerter sur la situation de cette entreprise. Dans la loi du 1^{er} mars 1984, cette procédure d'alerte n'était pas dotée d'un domaine vaste puisqu'elle ne concernait que les seules entreprises dotées d'un commissaire aux comptes ou d'un comité d'entreprise. Le domaine d'application de l'alerte a été élargi dans la loi du 10 juin 1994. Le système a été repris par la loi du 26 juillet 2005 dont

²⁷ V. G. Toujas, « *Du concordat amiable* », J.C.P. 1942.I.255 ; R. Nowina, « *Le pacte d'atermoiement* », Rev. Syndics et admin. jud. 1969.215.

²⁸ C'est le cas du règlement transactionnel de la loi du 2 juill. 1919, du règlement amiable homologué du décret-loi du 31 août 1937.

²⁹ F. Derrida, « *Concordat préventif et droit français* », Mélanges Hamel, p. 489.

³⁰ Chaput, « *Le règlement amiable* », JCP E1985.II.14455 ; Y. Guyon, « *Le règlement amiable des difficultés des entreprises* », Dr. des soc., 1985.267.

³¹ V. P. Le Cannu, « *L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise* », R.J. com., 1986, n° spéc. févr. 1986, p. 8 ; Y. Guyon, « *L'information prévisionnelle* », JCP E 1985.I.14608.

l'apport essentiel a consisté à améliorer l'information du président du tribunal sur la situation de l'entreprise. Sans être un préalable nécessaire à la conciliation, l'alerte, par l'information des autorités judiciaires qu'elle assure, contribue à inciter le débiteur à admettre la nécessité de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde d'entreprise, voire de recourir à cette conciliation ou au règlement amiable.

Le système a été encore plus renforcé avec l'ordonnance du 12 mars 2014 et son décret d'application du 30 juin 2014. Ces nouveaux textes tendent, comme l'écrit le Rapport au Président de la République³² à faciliter l'anticipation de l'aggravation des difficultés.

Chapitre 1 - L'alerte

Chapitre 2 - Le traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise : la conciliation et le règlement amiable.

Chapitre 1 - L'alerte

- 41- L'idée de mettre en place un système d'alerte est apparue surtout au début des années 1980. Au cours de la préparation de ce qui devait devenir la loi du 1^{er} mars 1984, un rapport avait suggéré la nécessité de détecter le plus tôt possible les problèmes que l'entreprise rencontre et pour les détecter, le rapport suggérait de reconnaître aux diverses parties qui constituent une entreprise le droit de mettre en œuvre une procédure spéciale lorsqu'elles ont des éléments d'information concordants et sérieux qui laissent présager l'existence de difficultés pouvant être lourdes de conséquences.

³² JO 14 mars 2014.5243.

Dans cet ordre d'idées, la loi du 1^{er} mars 1984 a mis en place plusieurs procédures qu'on a appelées justement les « procédures d'alertes », destinées à révéler l'existence de dangers qui menacent l'entreprise. La loi du 10 juin 1994 a cherché à améliorer l'efficacité de ces procédures d'alerte. Ainsi, alors que la loi du 1^{er} mars 1984 écartait l'entreprise individuelle, commerciale ou artisanale, du domaine de la détection, la loi de 1994 a fait bénéficier ces entreprises du système ; cette loi a également simplifié les diverses alertes qui avaient été mises en place. La loi du 26 juillet 2005 a repris le système des lois de 1984 et de 1994³³.

Le système actuel de l'alerte est donc composé de textes qui sont issus à la fois de la loi du 1^{er} mars 1984, de la loi du 10 juin 1994 et de la loi du 26 juillet 2005 auxquels il faut ajouter les dispositions de la loi du 17 mai 2011 et de l'ordonnance du 12 mars 2014 qui ont profondément réformé le système. Pour comprendre celui-ci, il faut commencer par déterminer le critère qui permet le déclenchement de l'alerte et vérifier ensuite les procédures d'alertes proprement dites.

Section 1 -

Le critère du déclenchement du système d'alerte

- 42- Pour déclencher le système d'alerte, un critère unique est pris en considération et ce critère se vérifie dans toutes les entreprises, quelles qu'elles soient. En effet, il est nécessaire de déterminer la cause essentielle de nature à engendrer des difficultés et le moment auquel cette cause se réalise. La cause et le moment se retrouvent dans tous les cas de figure et sont pratiquement les mêmes dans toutes les entreprises. La cause est celle des signes indéniables de difficultés

³³ Sur ces points, v. A. Couret, « *Prévention et traitement amiable des difficultés, les nouvelles règles* », in *La réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 115 ; v. aussi P. Fournié, « *Le traitement non judiciaire des difficultés* », *ibid.*, p. 63.

réelles ou potentielles que l'entreprise connaît et le moment est celui auquel ces signes apparaissent. A partir de là, on peut comprendre en quoi consiste le critère permettant de déclencher le système d'alerte. Ce critère n'est autre que la menace qui pèse sur la continuité de l'exploitation.

Comment détecter cette menace ? Plusieurs éléments sont pris en considération et tous ces éléments se rapportent au fonctionnement de l'entreprise elle-même : celle-ci procède-t-elle toujours au paiement de ses charges fiscales et sociales ? Procède-t-elle à des licenciements importants de son personnel ? Connaît-elle des déficits répétés ? Voilà quelques exemples à partir desquels on peut vérifier s'il y a une menace sérieuse sur la continuation de l'exploitation.

- 43- Ce critère de la continuation de l'exploitation se retrouve dans de nombreux textes. Ainsi, parmi les règles communes aux diverses sociétés commerciales (*art. L. 231-1 et suivants du C. com.*) tout un chapitre est intitulé « De la procédure d'alerte » (*art. L. 234-1 et suivants du C. com.*). Cet article L. 234-1 décide que le commissaire aux comptes qui « *relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* », doit en informer le président du conseil d'administration ou du directoire et, à défaut de réponse, toute une procédure de transmission au président du tribunal de commerce de l'affaire est mise en place. Des dispositions analogues se retrouvent dans l'article L. 234-2 du C. com. à propos des autres sociétés que les sociétés anonymes et, dans ce texte, on retrouve aussi une référence à des événements qui compromettent « la continuité de l'exploitation ». Le même système est prévu aux articles L. 612-1 et suivants du C. com. qui se trouvent dans un chapitre portant « Dispositions applicables aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ». En dehors du C. com., la référence est faite aussi au même critère de continuité de l'exploitation même si ces mots ne se retrouvent pas tels quels dans les textes. Ainsi, l'article 2323-78 du Code du travail se réfère à des « faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ». Ici aussi, c'est certainement à la continuité de l'exploitation que le législateur a songé. Cette unicité du critère qui

permet de déclencher le système d'alerte permet de comprendre qu'il serait très difficile de mettre en place un critère plus précis. L'essentiel est qu'une fois que l'on a des doutes sur cette continuité, des procédures devront être mises en place. Il s'agit précisément des procédures d'alerte.

Section 2 - **Les procédures d'alerte**

- 44- Dans tous les exemples qui ont été donnés dans la première section pour illustrer le critère qui permet le déclenchement de système d'alerte, on remarque que les textes se réfèrent à la forme de l'entreprise et, en même temps, aux personnes qui prennent l'initiative de déclencher l'alerte. Cette procédure dépend donc à la fois des personnes qui doivent alerter et de la forme ou de la nature de l'entreprise dont la continuité de l'exploitation est menacée.

Cette double référence aux personnes qui déclenchent l'alerte et à la nature ou à la forme de l'entreprise a pour résultat que nous nous retrouvons en présence de procédures d'alerte bien complexes. Pour s'y retrouver, le mieux serait de déterminer la personne qui déclenche la procédure d'alerte, ce qui nous permet de vérifier par le fait même comment se déroule la procédure déclenchée par cette personne et à quelle entreprise la procédure est destinée. En se référant à la personne qui déclenche la procédure d'alerte, nous pouvons distinguer trois séries de cas : la procédure déclenchée par le président du tribunal ; la procédure déclenchée par le commissaire aux comptes et, enfin, la procédure déclenchée par le comité d'entreprise.

§ 1 - La procédure déclenchée par le président du tribunal

45- L'article L. 611-2 du C. com. porte sur toutes les sociétés commerciales, groupements d'intérêt économique, entreprises individuelles, commerciales ou artisanales lorsque ces personnes connaissent des difficultés de nature, ici aussi, à compromettre la continuité de l'exploitation. L'article L. 611-2 précise que lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure concernant ces personnes qu'il y a un risque sur la continuité de l'exploitation, le président du tribunal de commerce peut mettre en place le système d'alerte.

Ce président convoque les dirigeants de l'entreprise pour un entretien confidentiel³⁴. Les modalités de cette convocation sont fixées aux articles R. 611-10 et suivants du C. com. modifiés par le décret du 30 juin 2014 qui exposent dans le détail les modalités et l'objet de la convocation et de l'entretien. Le greffier envoie la convocation au dirigeant de l'entreprise et dans la convocation, il reproduit les principales dispositions législatives accompagnées d'une note du président du tribunal exposant les faits qui ont motivé son initiative. L'objet de l'entretien lui-même est précisé par les textes : le président ne donne pas un conseil au dirigeant. Son devoir est de lui faire prendre conscience des difficultés qui planent sur l'entreprise afin de susciter une réaction de sa part. A l'issue de l'entretien, un procès-verbal est rédigé. Si le dirigeant est convoqué et qu'il ne se rend pas à la convocation, un procès-verbal de carence est cette fois rédigé. Dans le mois qui suit la date prévue pour l'entretien, que le dirigeant se rende ou ne se rende pas à cet entretien, le président peut compléter son analyse de la situation économique et financière du débiteur en s'adressant à divers personnages comme le commissaire aux comptes, les membres du personnel, les administrations publiques. Si le président le juge utile, il peut, à l'issue de ces nouvelles informations qu'il aura recueillies, convoquer de nouveau le chef de l'entreprise pour un nouvel entretien.

³⁴ Les tribunaux veillent sur la nécessité de cette confidentialité et c'est ainsi que le juge saisi en matière de référé ne peut pas s'attribuer les pouvoirs propres du président de la juridiction et procéder à l'entretien prévu à l'article L. 611-2 ; il ne peut pas faire convoquer, dans ce but, le représentant légal de la personne morale à une audience publique, l'entretien devant conserver une certaine confidentialité : Versailles, 26 janv. 1995, Gaz. Pal. 1995.1. Somm. 71 ; JCP E 1995. Pan. 326 ; RJDA 1995, n° 884.

La loi du 26 juillet 2005 avait interdit au Président du tribunal de grande instance de déclencher la procédure d'alerte laissant cette mission au seul juge du tribunal de commerce, en sachant que celui-ci n'a compétence qu'à l'égard des personnes qui se livrent à une activité commerciale ou artisanale. L'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit un nouvel article L. 611-2-1 aux termes duquel les dispositions de l'article L. 611-2 sont applicables, dans les mêmes conditions, aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Le président de ce tribunal exerce les mêmes pouvoirs que ceux qui sont conférés au président du tribunal de commerce.

L'intervention de l'autorité judiciaire est ainsi élargie. Compétence est donnée au président du tribunal de commerce comme au président du tribunal de grande instance et ainsi le pouvoir judiciaire pourra intervenir à l'égard de tous les débiteurs qui peuvent être mis dans une procédure collective.

§ 2 - La procédure déclenchée par le commissaire aux comptes

- 46- Le commissaire aux comptes a pour mission de contrôler la régularité et la sincérité des comptes sociaux et des informations qui sont données par les dirigeants aux associés ou aux actionnaires. On peut donc comprendre que le commissaire aux comptes soit bien placé pour connaître la situation précise de l'entreprise et cette connaissance peut s'avérer précieuse pour procéder au déclenchement de la procédure d'alerte. Sur le plan procédural, il existe des différences sensibles selon la nature ou la forme de la personne qui fait l'objet de l'alerte. La réglementation est particulièrement développée quand on est en présence de sociétés anonymes. Mais, le commissaire aux comptes donnera aussi l'alerte même pour les sociétés autres que les sociétés anonymes.

A - L'alerte dans les sociétés anonymes

47- Cette procédure est prévue à l'article L. 234-1 précité du C. com. Comme nous l'avons vu, le commissaire aux comptes doit informer le président du conseil d'administration ou du directoire des faits qu'il estime de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'article L. 234-2 du même Code ajoute qu'il peut demander des explications sur les faits visés dans l'article L. 234-1. En réalité, il s'agit d'une demande d'explication à laquelle l'interlocuteur de ce commissaire aux comptes doit répondre dans les quinze jours. S'il n'y a pas de réponse ou si la réponse n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes passe à une seconde phase dans laquelle il invite par écrit le président du conseil d'administration ou du directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits qu'il a relevés. Les textes prévoient qu'il sera lui-même convoqué à cette séance. Le commissaire aux comptes informe le président du tribunal de l'existence des faits.

Si cette demande de réunion du conseil d'administration ou du conseil de surveillance n'est pas satisfaite ou si les résultats ne sont toujours pas satisfaisants, une troisième étape commence au cours de laquelle une assemblée générale est convoquée et le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui sera présenté à cette assemblée. Ce rapport doit être communiqué au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel. Si la réunion de l'assemblée générale ne permet pas de dégager des solutions satisfaisantes, le commissaire aux comptes devra informer de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui communiquer les résultats de son travail.

B - L'alerte dans les autres personnes morales

48- Dans les autres personnes morales, la procédure de l'alerte est moins lourde que dans les sociétés anonymes. Pour celles-ci, quatre étapes sont prévues. En revanche, pour les autres personnes morales, il n'y en a pas autant. Cette procédure quelque peu allégée est définie par les textes qui visent les sociétés autres que les sociétés anonymes (*art. L. 234-2 du C. com.*) et le groupement

d'intérêt économique (*art. L. 251-15 C. com.*). La première phase consiste à demander des explications au gérant et la réponse du gérant devra être communiquée au comité d'entreprise et au comité de surveillance de la société ou du groupement s'il en existe un. En même temps qu'il demande ces explications, le commissaire aux comptes informe le président du tribunal. En l'absence de réponse ou si la réponse n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation est compromise et établit un rapport spécial. Ensuite, il invite le gérant à faire délibérer l'assemblée générale. Le rapport lui-même est communiqué au comité d'entreprise ou au délégué du personnel. Si rien n'est fait ou si l'inquiétude du commissaire aux comptes persiste, il en informe le président du tribunal de ses démarches et de ses résultats.

§ 3 - La procédure déclenchée par le comité d'entreprise

49- Il est aisé de comprendre pour quelle raison le comité d'entreprise se voit attribuer une compétence pour déclencher l'alerte : les salariés sont évidemment intéressés par la survie de l'entreprise et il est normal qu'ils veillent à la pérennité de cette entreprise. L'article L. 2323-78 du Code du travail permet au comité d'entreprise, ou, s'il n'y en a pas un, aux délégués du personnel, de déclencher l'alerte. La procédure dans cette alerte comporte trois phases :

- la première phase consiste en une demande d'explication qui est adressée à l'employeur et ce comité d'entreprise communiquera sa demande au commissaire aux comptes ;

- si la réponse du chef d'entreprise n'est pas satisfaisante, le comité d'entreprise établira un rapport qui sera adressé au commissaire aux comptes et à l'employeur. Ce rapport donne un avis sur la suite qui devrait être donnée à l'alerte ;

- si, au vu de ce rapport, le comité d'entreprise décide que la procédure doit se poursuivre, il saisira les organes chargés de l'administration ou de la surveillance ou bien les membres du groupement d'intérêt économique.

En cas de refus par l'employeur de respecter la procédure d'alerte, des sanctions pénales sont prévues. Mais, ces sanctions ne sont prévues que si l'employeur refuse de se plier à la procédure et non pas s'il ne prend pas de mesures. Ces dernières sont à sa libre appréciation.

L'alerte est destinée essentiellement à trouver une solution non contentieuse aux difficultés que rencontre l'entreprise.

Chapitre 2 -

Le traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise : la conciliation et le règlement amiable

- 50-** Si les difficultés que rencontre l'entreprise sont détectées, encore faut-il qu'elles soient traitées, en ce sens que des remèdes soient apportés afin de prévenir l'ouverture d'une véritable procédure collective. Le législateur a prévu trois modes de traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise. Deux d'entre eux ne méritent pas de longs développements : il s'agit du mandat *ad hoc* et de l'intervention des pouvoirs publics ; nous les évoquerons dans l'introduction de ce chapitre puis nous nous consacrerons au mode de traitement qui semble recueillir les faveurs du législateur : la conciliation et le règlement amiable.

1 - Le mandat *ad hoc*

51- Ce mandat *ad hoc* est prévu à l'article L. 611-3 du C. com. aux termes duquel « le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission ». Le texte prévoit que le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* et le texte précise le tribunal compétent dont le président désigne le mandataire : le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas. L'article L. 611-15 du Code de commerce soumet le mandataire *ad hoc* à l'obligation de confidentialité³⁵.

La réglementation proprement dite du mandat *ad hoc* se trouve dans les articles R. 611-18 à R. 611-21 du Code de commerce. Ces textes expliquent que la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* est présentée par écrit ; elle est adressée au président du tribunal par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique. Le président du tribunal fait convoquer le débiteur en difficulté pour recueillir ses observations. Il doit rendre une décision motivée sur la désignation du mandataire *ad hoc* et s'il en désigne un, il définira sa mission et fixera les conditions de sa rémunération. La décision qui statue sur la décision du mandataire *ad hoc* est notifiée au demandeur et à la personne désignée comme mandataire.

Ce mandataire assistera le débiteur dans la gestion de l'entreprise. En particulier, il l'aidera à obtenir des créanciers certaines facilités, comme des délais pour le paiement de la créance. Si, alors qu'un mandataire *ad hoc* a été désigné, la situation du débiteur s'aggrave et qu'il se trouve en cessation des paiements, il devra faire une déclaration en ce sens : la désignation d'un mandataire *ad hoc* ne le dispense pas de cette obligation³⁶.

³⁵ V. Paris, 2 avr. 1999, Bull. Joly 1999.1084, note Couret, RTDCom. 2000.714, obs. Macorig-Venier, qui décide que la confidentialité peut être levée à la demande de l'entreprise bénéficiaire lorsqu'il s'agit d'obtenir la communication d'un document adressé par un garant de la société au président du tribunal de commerce.

³⁶ En ce sens, Com. 10 mai 2005, Dr. soc. 2005, n° 174, note Legros.

L'ordonnance du 12 mars 2014 n'a pas modifié les conditions d'accès au mandat ad hoc. Cependant, voulant favoriser ce mode de traitement des difficultés de l'entreprise, le législateur est allé jusqu'à décharger le débiteur du paiement des honoraires des conseils auxquels il est fait appel dans le cadre de cette procédure. L'article L. 611-16 prévoit désormais dans son 2^{ème} alinéa qu'est réputée non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3, les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de cette procédure.

2 - L'intervention des pouvoirs publics

52- L'intervention des pouvoirs publics, l'Etat et les collectivités locales, s'explique par la volonté de rechercher le maintien de l'activité de l'entreprise et de l'emploi. L'intervention de ces pouvoirs soulève des difficultés très importantes. Si elle s'accompagne d'aides qui sont attribuées aux entreprises, la question se posera de savoir si une aide publique ainsi apportée à une entreprise privée ne constitue pas une méconnaissance du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques. De même, cette intervention peut constituer une atteinte au libre jeu de la concurrence. Il n'en reste pas moins que le droit européen autorise que des aides soient apportées aux entreprises en difficulté, même si cette autorisation reste très limitée tant les autorités européennes tiennent au principe d'interdiction des aides publiques aux entreprises. C'est la raison pour laquelle le législateur décide, dans l'article L. 626-6 du Code de commerce, que les créanciers publics, comme les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage ... peuvent consentir des remises de dettes à une entreprise privée et le texte prend soin de préciser que ces remises de dettes peuvent être accordées « *dans des conditions similaires à celles que lui octroierait dans des conditions normales de marché un opérateur économique privé placé dans la même situation* ».

En ce qui concerne toujours les difficultés auxquelles ces aides donnent lieu, on peut craindre les conséquences dans l'octroi des aides, notamment tant à la création d'une situation artificielle de solvabilité de l'entreprise, alors qu'en réalité celle-ci est dans une situation désespérée. Si des tiers traitent avec l'entreprise en se fiant à cette apparence de solvabilité, ils pourront par la suite mettre en cause la responsabilité de l'Etat et des collectivités locales pour soutien abusif à l'entreprise.

Le mandat *ad hoc* et l'intervention des pouvoirs publics sont des modes de traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise. Le mode le plus important reste la conciliation et le règlement amiable.

53- Avant la loi du 26 juillet 2005, le traitement non contentieux des difficultés passait par une procédure que l'on appelait le règlement amiable. La loi du 26 juillet 2005 a préféré remplacer cette procédure par une autre qu'elle a appelée la procédure de conciliation. Mais, le règlement amiable existe toujours dans un domaine particulier, celui des entreprises, personnes physiques ou personnes morales, de droit privé qui exercent une activité agricole (article L. 351-1 du Code rural et de la pêche). Le droit français consacre donc une procédure générale qui est celle de la conciliation et, parallèlement, une procédure de règlement amiable qui concerne uniquement le monde agricole. Mais, les règles qui régissent ces procédures sont très proches. Pour cette raison, nous exposerons essentiellement les règles qui régissent la procédure de conciliation en mentionnant les caractéristiques de la procédure de règlement amiable là où celui-ci se distingue de la conciliation.

54- La procédure de conciliation, profondément reprise par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et par le décret du 12 février 2009, se retrouve dans les articles L. 611-1 et suivants du C. com. qui sont eux-mêmes sous un chapitre intitulé « De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation ». Ces textes ont connu de profondes modifications dans l'ordonnance du 12 mars 2014 dont le souci, ici encore, est d'encourager ce mode de traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise. L'article L. 611-4 prévoit l'institution devant le tribunal de commerce d'une procédure de

conciliation dont peuvent bénéficier les personnes qui exercent une activité commerciale ou artisanale et qui éprouvent une difficulté. L'article L. 611-5 prévoit que cette même procédure est applicable aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire et dont le titre est protégé.

Le but de cette procédure est de parvenir à la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers. La conclusion de cet accord se fait par l'intervention d'un conciliateur qui est nommé par le juge et l'objet de l'accord est de parvenir à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Nous examinerons successivement la mise en place de la conciliation et du règlement amiable (Section 1) et leurs effets (Section 2).

Section 1 - **La mise en place de la conciliation** **et du règlement amiable**

- 55- Cette mise en place qui aboutit à la désignation du conciliateur est subordonnée à la réunion de certaines conditions que nous exposerons en premier (§ 1). Nous verrons ensuite la mission qui est confiée au conciliateur (§ 2).

§ 1 - Les conditions de nomination du conciliateur

- 56- Le législateur prévoit deux séries de conditions qui se rapportent à la nomination du conciliateur : des conditions qui sont relatives au débiteur et des conditions relatives à la procédure.

A - Les conditions relatives au débiteur

57- En ce qui concerne le débiteur, deux séries de questions doivent être envisagées : la détermination des débiteurs qui bénéficient de cette procédure et la situation dans laquelle ils doivent se trouver. Sur le premier point, nous avons déjà vu que les articles L. 611-4 et L. 611-5 du C. com. ont élargi le domaine d'application de la loi sur les entreprises en difficulté puisque celle-ci s'applique non seulement aux personnes qui exercent une activité commerciale ou artisanale ainsi qu'aux personnes morales de droit privé, mais aussi aux personnes physiques qui exercent une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé.

Pour pouvoir bénéficier de la procédure de conciliation, il est nécessaire que ces personnes, autrement dit les débiteurs, se retrouvent dans une situation financière et juridique déterminée. L'article L. 611-4 décide que les personnes qu'il énumère doivent « *éprouver une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus quarante-cinq jours* ». L'article L. 611-5 précise lui aussi que les débiteurs qu'il énumère doivent se trouver « dans les mêmes conditions » que ceux qui sont visés à l'article L. 611-4.

58- Il résulte de ces textes que les débiteurs doivent réunir plusieurs conditions pour bénéficier de la conciliation et du règlement amiable :

- D'abord, il faut qu'ils éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible. Auparavant, sous l'empire de la loi de 1984, la procédure qui était donc le règlement amiable était réservée aux débiteurs dont les comptes prévisionnels révélaient un besoin de financement qui était insatisfait.

Désormais, l'existence de tels comptes n'est plus une condition et les difficultés auxquelles le débiteur doit être exposé peuvent être de divers ordres, même non économiques ou financières, notamment, il peut s'agir de difficultés d'ordre juridique, par exemple une impossibilité de se restructurer alors que la conjoncture impose une telle restructuration.

- Ensuite, la difficulté ne doit pas nécessairement être avérée, elle peut aussi être prévisible. Cette référence à une difficulté prévisible a été critiquée par la doctrine qui trouve qu'elle élargit considérablement le champ d'application de la conciliation et qui trouve aussi qu'il est difficile de savoir quand une difficulté peut être prévisible³⁷. Il reste que l'on comprend le souci du législateur : les prévisions envisagées peuvent révéler une situation qui risque de s'aggraver, par exemple, au cas où un contentieux est en cours et dont l'issue sera, selon les prévisions, défavorables au débiteur.

- Enfin, le débiteur peut bénéficier de la conciliation même s'il se trouve en état de cessation des paiements, c'est-à-dire qu'il ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Mais, il est nécessaire que cet état de cessation des paiements n'existe pas depuis plus de quarante-cinq jours. S'il dure depuis plus de quarante-cinq jours, le débiteur devra être placé dans une procédure collective. Cependant, dans la mesure où il est en état de cessation des paiements depuis un temps relativement court, on le fait bénéficier de la procédure de conciliation dans l'espoir qu'il y ait là une dernière chance de sauver l'entreprise sans passer par l'ouverture d'une procédure collective³⁸.

³⁷ J.-F. Barbiéri, « *Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires* », Rev. proc. coll. 2005.346.

³⁸ V. Martineau-Bourgninaud, « *Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises* », D. 2005. Chron. 1356.

B - Les conditions relatives à la procédure

59- Il résulte de l'article L. 611-6 du C. com. réécrit par l'ordonnance du 12 mars 2014, que la procédure est mise en place « à la requête du débiteur » qui expose sa situation financière, sociale et patrimoniale ainsi que ses besoins de financement et les moyens d'y faire face. Il revient donc au représentant de l'entreprise débitrice de présenter la requête. Celle-ci est présentée au président du tribunal de commerce ou de grande instance, selon les cas. Dans sa rédaction initiale, l'article L. 611-6 décidait que le président du tribunal, une fois saisi, convoque le représentant de l'entreprise pour recueillir ses explications. Il peut demander des renseignements à d'autres personnes, comme les établissements bancaires, les commissaires aux comptes et les représentants du personnel. Le président du tribunal peut aussi demander à un expert d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur. Ces tiers auxquels le tribunal peut s'adresser sont tenus à un devoir de confidentialité. Une fois le président du tribunal éclairé sur la situation de l'entreprise, il prendra une décision : soit il rejette la demande qui lui est présentée et, dans ce cas, le débiteur peut faire appel de cette décision de rejet ; soit le président désigne un mandataire *ad hoc*, soit il estime qu'en réalité, l'état de cessation des paiements dure depuis plus de quarante-cinq jours, ce qui signifie qu'une procédure collective doit être mise en place ; soit, enfin, le président ouvre la procédure de conciliation³⁹. Le nouvel article L. 611-6 ne fait plus état de ces pouvoirs reconnus au président du tribunal. Il énonce dans son alinéa 2 : « *La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal qui désigne un conciliateur ...* ». Est-ce à dire que l'ouverture de cette procédure est désormais automatique ? Ce serait une véritable innovation en droit français que de priver le président du pouvoir d'appréciation avant de prendre sa décision. Toujours est-il que le nouvel article L. 611-6 décide, dans son dernier alinéa, qu'« après ouverture de la conciliation », le président peut nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication de tous renseignements lui permettant d'apprécier la situation

³⁹ Les tribunaux considèrent que la tierce opposition contre la décision de recourir à la conciliation est ouverte aux créanciers qui n'ont pas participé à cette décision d'ouverture : Douai, 27 mars 2007, JCP E 2008.1433, note Lebel ; RTDCom. 2008.413, obs. Macorig-Venier ; Rev. proc. coll. 2008, n° 104, obs. Delattre.

économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et ses perspectives de règlement, notamment par les commissaires aux comptes, les expert-comptables, les notaires, les membres et représentants du personnel, les administrations et organismes publics, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement. Il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur. Ce n'est donc qu'après l'« ouverture » de la procédure que le président du tribunal peut obtenir communication de ces renseignements.

- 60-** Le président désigne un conciliateur. Il le choisit lui-même en sachant que le débiteur « peut » proposer le nom d'un conciliateur. Le texte ajoute que le débiteur « peut récuser » le conciliateur désigné par le président. Dans tous les cas, il faut respecter les incompatibilités afin que ce conciliateur puisse exercer son activité en toute indépendance. A propos de cette incompatibilité, l'article L. 611-13 du C. com. donne des indications. Ainsi, il énonce que le conciliateur ne peut pas être une personne qui a perçu au cours des derniers vingt-quatre mois une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle. Celui qui est désigné en qualité de conciliateur doit attester sur l'honneur au moment où il accepte sa mission qu'il se conforme aux interdictions prévues par le texte. Il revient au débiteur de rémunérer le conciliateur.

§ 2 - La mission du conciliateur

61- L'article L. 611-7 du Code de commerce précise que la mission essentielle du conciliateur est de favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers⁴⁰ ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels. L'ordonnance du 12 mars 2014 a prévu que le conciliateur peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Cet accord amiable est destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Le conciliateur peut également présenter toute proposition destinée à assurer la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi. Dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 611-6 prévoyait que le conciliateur dispose d'un délai de quatre mois pour parvenir à une conciliation. Ce délai pouvait être prorogé d'un mois. Mais il paraissait très court. En réalité, la raison d'être de ce délai était qu'il fallait éviter que les débiteurs puissent profiter de délais plus longs alors qu'ils sont dans une situation de déroute irréversible. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L. 611-6 maintient le même délai de quatre mois qui peut être prorogé d'un mois. Le même délai a été maintenu par l'ordonnance du 12 mars 2014. Il y a quand même un petit changement introduit dans le nouveau texte. Nous verrons plus loin qu'une demande d'homologation de l'accord peut être formée dans les conditions de l'article L. 611-8. Alors, l'article L. 611-6 prévoit désormais que si une demande d'homologation a été formée avant l'expiration du délai de quatre mois et d'un mois, « *la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du président ou du tribunal* ».

⁴⁰ La Cour de cassation rappelle que le texte n'impose pas que l'ensemble des dettes du débiteur fasse l'objet d'un accord, le créancier restant libre de s'engager dans les liens de la procédure pour partie seulement de ses créances (sur l'application des articles L. 611-1 et suivants de la loi du 1^{er} mars 1984, Com. 13 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 235 ; Dr. aff. 1998.1817, obs. A.L. ; RTDCom., 1999.185, obs. Macorig-Venier ; Dr. soc. 1999, n° 10, obs. Chaput.

Donc, il y a ici une possibilité d'une petite prorogation. A défaut de demande d'homologation, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent.

62- Le texte prévoit que le conciliateur, en vue d'exécuter sa mission, peut obtenir du débiteur tous renseignements utiles. De même, le président du tribunal lui communique les renseignements dont il dispose. S'il y a une expertise, les résultats de cette expertise lui seront communiqués. Le conciliateur doit également rencontrer les créanciers et recueillir leurs observations tout en leur proposant les concessions qui lui paraissent nécessaires pour parvenir au rétablissement de la situation du débiteur.

A cet effet, le conciliateur peut proposer des remises de dettes de la part des créanciers, notamment les créanciers publics, comme l'administration fiscale et les diverses administrations sociales. Quant au président du tribunal, il peut épauler le conciliateur en accordant lui-même des délais de grâce au débiteur. En effet, l'article L. 611-7 énonce que si, au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur, et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil⁴¹.

Bien entendu, il y a toujours l'éventualité que le conciliateur ne parvienne pas à un résultat positif, autrement dit à un accord. Alors, il présente sans délai un rapport au président du tribunal et celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation.

⁴¹ Les tribunaux veillent à ce que le juge qui a ouvert la procédure de conciliation ne prenne, en faveur du débiteur, les mesures prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil que dans le seul cas de poursuite du débiteur par un créancier (Orléans, 22 févr. 2007, RJA 2007, n° 638). De même la Cour de cassation décide que la procédure de conciliation instituée par les articles L. 611-4 et suivants du C. com. n'entraîne pas la suspension des poursuites individuelles (Civ. 3, 10 déc. 2008, Bull. civ., III, n° 199 ; JCP E 2009.1229, note P.-H. Brault ; Gaz. Pal. 26-28 avr. 2009, p. 8, note Le Corre). Sur le fondement de ce motif, la Cour de cassation a censuré la Cour d'appel qui avait accordé de nouveaux délais de paiement au débiteur sur le fondement de l'article L. 611-7, alors que l'ordonnance ayant déjà accordé des délais et suspendu les effets de la clause résolutoire du bail était passée en force de chose jugée, et donc que cette clause était acquise à la date de la première échéance non respectée.

Section 2 -

Les effets de la conciliation et du règlement amiable

- 63-** L'accord amiable est conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers. En droit, il s'agit d'une convention, soumise à toutes les règles qui régissent celle-ci. En particulier, le principe de l'effet relatif des contrats trouve application et c'est ainsi que l'article L. 611-8 du Code de commerce décide clairement que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. L'accord produit donc ses effets entre les parties, c'est-à-dire le débiteur et les créanciers qui ont bien accepté la conciliation ou le règlement amiable. Mais, entre les parties, l'accord reçoit pleine exécution renforcée par sa constatation (§ 1) ou son homologation (§ 2) judiciaire.

§ 1 - La constatation de l'accord

- 64-** La constatation de l'accord est prévue à l'article L. 611-8 du Code de commerce qui énonce, dans son I que le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord. Le texte précise aussi que le président du tribunal statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ou qui atteste que cet accord met fin à la cessation des paiements dans laquelle il se trouvait. Le texte précise aussi que la décision qui constate l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours ; elle met fin à la procédure proprement dite de conciliation. Elle donne à l'accord la force exécutoire.

Il doit donc être exécuté comme doit l'être tout contrat. Ainsi, s'il y a une remise de dettes partielle qui a été consentie par un créancier, celui-ci ne pourra pas demander le paiement de la totalité de sa créance. S'il a consenti un délai, il devra le respecter. L'accord doit aussi être respecté par le débiteur. En somme, nous avons un ensemble d'obligations interdépendantes les unes des autres. Le débiteur est donc tenu d'exécuter les obligations qui lui incombent, comme, par exemple, le paiement dans tel délai d'une dette à laquelle il est engagé.

- 65-** Il y a toujours le risque que l'accord constaté par le président du tribunal ne soit pas exécuté. La plupart du temps cette inexécution est le fait du débiteur. Dans tous les cas, si l'une des parties n'exécute pas les obligations qui lui incombent, l'accord s'exposera à une résolution pour inexécution. Et ici, de deux choses l'une : ou bien l'accord contient une clause résolutoire, laquelle est d'ailleurs assez fréquente dans la pratique, et, dans ce cas, la clause résolutoire va trouver application. Si l'accord ne contient pas une clause résolutoire, il faudra demander au tribunal de prononcer sa résolution.

Celle-ci opère comme dans le domaine des contrats, c'est-à-dire avec son effet rétroactif. L'accord est anéanti à compter du moment de sa conclusion. S'il y a eu des remises de dettes ou des délais de paiement qui ont été consentis au débiteur, ces remises et ces délais vont disparaître. Mais, s'il y a eu entre temps paiement de la part du débiteur au profit de ses créanciers, ces paiements sont considérés comme étant causés et ils ne sont pas sujets à répétition, même si une procédure collective a été ouverte à l'égard du débiteur. Cette solution est expressément prévue à l'article L. 611-12 du C. com. : l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues.

§ 2 - L'homologation de l'accord

66- L'article L. 611-8 du C. com. prévoit, dans son II, que, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu. Cette fois, ce n'est plus le président du tribunal qui est compétent comme pour la constatation de l'accord, mais le tribunal lui-même.

Comme le précise l'article L. 611-8, c'est le débiteur lui-même qui demande au tribunal d'homologuer l'accord. L'ordonnance du 12 mars 2014 ajoute à l'article L. 611-8 un III aux termes duquel lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue celui-ci, il peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de cette exécution. En cas de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission, le mandataire désigné présente sans délai un rapport, selon le cas, au président du tribunal ou au tribunal, qui peut mettre fin à sa mission par décision notifiée au débiteur. Ce dernier peut également, à tout moment, solliciter la fin de cette mission. L'homologation est subordonnée à la réalisation de certaines conditions que le même texte énumère.

1 - La première condition est que le débiteur ne se trouve pas en cessation des paiements ou que l'accord conclu y met fin. Le tribunal sera donc amené à vérifier la situation précise du débiteur. Si celui-ci est en état de cessation des paiements ou si, étant en cessation des paiements, l'accord n'y met pas fin, l'homologation ne pourra pas être prononcée puisque l'ouverture d'une procédure collective devient inéluctable.

2 - La deuxième condition : les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise. Il s'ensuit que si l'accord ne paraît pas permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés, le tribunal ne devra pas prononcer l'homologation. Cette mesure sera inutile puisque, ici aussi, la mise en place d'une procédure collective sera inéluctable.

3 - Enfin, il faut que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. En effet, l'accord n'est pas nécessairement conclu avec tous les créanciers du débiteur. Les textes se réfèrent aux « principaux créanciers ». Donc, il faut veiller à ce que les autres créanciers, ceux qui ne sont pas intervenus à la conclusion de l'accord, ne voient pas leurs intérêts lésés. Par exemple, si l'accord prévoit un paiement prioritaire des créanciers avec lesquels il a été conclu, le tribunal estimera que les intérêts des autres créanciers sont lésés et devra normalement refuser l'homologation. Dans sa rédaction initiale, le texte réservait à cet égard l'application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil. Cette réserve signifiait que, même si les autres créanciers n'avaient pas participé à la conclusion de l'accord, le tribunal pourrait néanmoins faire bénéficier le débiteur de délais. La jurisprudence estimait que ce texte couvrait toutes les créances, y compris les créances fiscales⁴². Mais, l'ordonnance de 2008 a supprimé les mots « sans préjudice de l'application peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ». Le texte nouveau marque, sur ce point, un certain recul, mais il limite l'application des articles 1244-1 et suivants à l'homologation de l'accord.

67- Les effets de l'homologation sont prévus aux articles L. 611-10 et suivants du Code de commerce. Pour l'essentiel, l'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle. Dans sa rédaction initiale, le texte prévoyait que si le débiteur est interdit bancaire, l'homologation de l'accord emporte une levée de l'interdiction. C'est toujours l'article L. 611-10 qui énonçait que l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques. S'il y a des coobligés à la dette ou des cautions, l'homologation de l'accord pourra leur profiter et ces coobligés ou cautions pourront se prévaloir des dispositions de l'accord homologué. Autrement dit, les créanciers ne pourront pas consentir des délais ou

⁴² V. Y. Chaput, « *Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable* », LPA 1985, n° 110, p. 35 ; du même auteur, « *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés* », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, p. 93.

des remises partielles de dettes et oublier ensuite que ces délais ou ces remises partielles ne leur interdisent pas de poursuivre les débiteurs coobligés ou les cautions. Le texte précisait aussi que ces mêmes avantages bénéficiaient à ceux qui ont accordé une garantie autonome, comme la garantie à première demande. Tout ce dispositif qui était prévu à l'article L. 611-10 a été supprimé par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Mais cette ordonnance a introduit de nouveaux textes, les articles L. 611-10-1 à L. 611-10-3 modifiés par l'ordonnance du 12 mars 2014 qui décident en substance que, pendant la durée de son exécution, l'accord emporte arrêt des poursuites individuelles pour les créanciers parties à cet accord en ce qui concerne les créances qui en font parties. De même, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle peuvent se prévaloir de l'accord.

Ici aussi, il y a toujours la possibilité que l'accord ne soit pas exécuté. Dans ce cas, le tribunal en prononcera la résolution et la déchéance de tout délai de paiement qui aurait été accordé au débiteur. De même, l'ouverture d'une procédure collective met fin de plein droit à l'accord homologué comme d'ailleurs à l'accord constaté.

Titre 2 - Le droit saoudien

68- Accompagnant le mouvement qui s'était développé dans de nombreux pays arabes⁴³, le législateur saoudien a mis en place des procédures tendant, elles aussi, à éviter l'ouverture d'une procédure collective. Un décret royal (*Marsoum Malaki*) n° M/16 du 04.09.1416 H. (24 janvier 1996) a homologué un décret (*Qarär*) du conseil du ministre n° 129 du 02.09.1416 H. (22 janvier 1996) relatif au « règlement préventif de faillite », mais qui introduit en réalité dans le Royaume d'Arabie Saoudite deux systèmes : la « conciliation amiable » (*As Solh Al Widdi*) et le « règlement préventif de la faillite » (*Attaswiya Al Wäqiya men al Eflas*). Un décret ministériel n° 12 du 14.07.1425 H. (30 août 2004) réformé par décret ministériel n° 267/8/1/1814 a fixé les mesures d'application du décret n° 129.

Ces procédures sont réservées aux seuls commerçants - personnes physiques ou sociétés commerciales. Aux termes du 1^{er} alinéa de l'article 1^{er} du décret n° 129, si ce commerçant connaît des difficultés financières de nature à le conduire à ne pas honorer ses engagements à l'égard de ses créanciers, il pourra présenter une requête auprès du comité constitué à cet effet dans les chambres de commerce et d'industrie demandant la conclusion d'une conciliation amiable avec ses créanciers. Si on ne parvient pas à la conclusion de cette conciliation amiable ou si le commerçant ne souhaite pas recourir à cette procédure, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du décret n° 129 prévoit qu'il peut présenter une demande au tribunal en vue de la mise en place d'un « règlement préventif de la faillite ».

Le commerçant qui connaît des difficultés a donc le choix entre la conciliation amiable et le règlement préventif de la faillite. Le recours à ce dernier ne suppose pas nécessairement qu'une requête en vue d'une conciliation amiable ait été préalablement présentée. Il résulte donc de l'article 1^{er} du décret n° 129 que le commerçant peut recourir à la conciliation amiable et, en cas d'échec de cette dernière, il peut demander la mise en place du règlement préventif de la faillite.

⁴³ Supra, n° 34.

Mais il peut aussi opter pour recourir directement au règlement préventif de la faillite sans passer par la procédure de la conciliation amiable⁴⁴.

Nous exposerons successivement :

Chapitre 1 : La mise en place de la conciliation amiable et du règlement préventif de la faillite.

Chapitre 2 : Le régime de la conciliation amiable et du règlement préventif de la faillite.

⁴⁴ Dans les autres législations arabes, comme au Liban et en Egypte, une seule procédure est mise en place, surnommée la « conciliation préventive » (As Solh al wāki) et souvent traduite par « concordat amiable ».

Chapitre 1 -
La mise en place de la conciliation amiable
et du règlement préventif de la faillite

69- Nous avons vu⁴⁵ que les textes, sous un intitulé unique qui est le « règlement préventif de la faillite » organisent en réalité deux procédures distinctes : ce règlement préventif et la conciliation amiable. Mais il est vrai aussi que l'essentiel de la réglementation porte sur le règlement préventif de la faillite. Nous serons donc amenés dans les développements qui suivent à traiter des deux procédures mises en place même si l'organisation législative est surtout consacrée au règlement préventif de la faillite.

⁴⁵ Supra, n° 68.

Section 1 -
Les conditions de fond de la mise en place
de la conciliation amiable et du règlement
préventif de la faillite

70- Les articles 1 et 2 du décret n° 129 réservent aux seuls commerçants la possibilité de recourir à la conciliation amiable ou au règlement préventif de la faillite. L'article 5 du décret d'application n° 12 du 14.7.1425 H. (30 août 2004) énonce que le commerçant qui recourt à la conciliation amiable ou au règlement préventif de la faillite doit présenter les conditions de fond que le texte énumère. Il résulte de ces textes que les conditions de fond de la mise en place de la conciliation amiable ou du règlement préventif de la faillite sont les mêmes. Elles portent sur la qualité de commerçant, sur sa moralité et sur la situation dans laquelle il se trouve.

Cette observation permet de corriger certaines imperfections dans la rédaction des textes. Ainsi, si l'article 5 du décret d'application prévoit dans son alinéa 1^{er} les conditions que doit remplir celui qui demande la mise en place « de la conciliation amiable et du règlement préventif de la faillite », certaines conditions qu'il énumère se réfèrent parfois à une seule de ces deux procédures alors qu'aucune raison ne justifie que ces conditions ne soient pas imposées à l'autre procédure. Nous pensons quant à nous qu'il s'agit là d'une simple imperfection de rédaction et nous pensons que les conditions énumérées par les textes s'appliquent aux deux procédures sauf si une raison impérieuse exige qu'une condition ne soit exigée que pour l'une des procédures à l'exclusion de l'autre.

Quant au critère qui permet de déclencher ces deux procédures, il est le même dans la conciliation amiable et le règlement préventif : il s'agit de difficultés financières de nature à conduire le débiteur à ne pas payer ses dettes.

Ce n'est donc pas le critère de la continuation de l'exploitation que l'on retrouve en droit français⁴⁶, même si l'on peut penser que le non-paiement des dettes conduira inéluctablement à la faillite, autrement dit à la cessation de l'activité.

§ 1 - La qualité de commerçant

71- Nous verrons plus loin les raisons pour lesquelles le droit saoudien réserve, comme le font les droits des autres pays arabes, la faillite aux seuls commerçants⁴⁷. Dans la mesure où la conciliation amiable et le règlement préventif de la faillite sont destinés précisément à éviter l'ouverture d'une procédure collective, il apparaît normal de réserver ces deux procédures aux seuls commerçants aussi. Les législations des autres pays arabes consacrent la même solution⁴⁸. Mais, toute personne qui exerce une activité commerciale ne peut pas recourir à la conciliation amiable et au règlement préventif de la faillite. Le législateur prévoit des conditions supplémentaires. La première est relative à l'exercice de l'activité commerciale. La question se pose en second de savoir si un commerçant qui bénéficie ou qui a bénéficié déjà de l'une de ces deux procédures peut encore y recourir.

A - Les conditions d'exercice du commerce

72- Aux termes de l'article 5, a) du décret n° 12, le commerçant qui a recours à ces deux procédures doit exercer l'activité commerciale depuis au moins trois ans. Le droit égyptien se contente, quant à lui, d'un délai de deux ans⁴⁹.

⁴⁶ V. supra, n° 42 et s.

⁴⁷ Infra, n° 131 et s.

⁴⁸ V. article 459 C. com. libanais et article 725 du C. com. égyptien.

⁴⁹ L'article 731 C. com. égyptien impose que la demande de « conciliation préventive » soit accompagnée, notamment, « d'une attestation délivrée par le Service du registre de commerce confirmant que le commerçant remplit les obligations que lui impose la réglementation dans les deux années qui précèdent la présentation de la demande » (v. aussi sur le délai de deux ans, art. 726 du même Code). Au Liban, la doctrine déduit de l'art. 460 C. com. libanais que la loi n'impose aucun délai d'exercice de l'activité commerciale pour bénéficier de la conciliation préventive.

L'explication qui est généralement donnée de cette condition est que celui qui se livre à une activité commerciale sans pouvoir affronter les risques de cette activité pendant un certain délai doit en être écarté afin qu'il ne constitue pas un danger ou un risque pour le marché économique et commercial. En pratique, les difficultés qu'il éprouve sans remplir la condition de délai vont provoquer l'ouverture directe de sa faillite.

Dans son b), l'article 5 du décret n° 12 exige que le commerçant concerné exerce l'activité commerciale au moment où il présente sa demande de mise en place de la conciliation amiable ou du règlement préventif de la faillite. Un commerçant qui a abandonné l'exercice de sa profession ou une société qui a déjà pris fin pour une raison quelconque ne peut donc pas recourir à ces procédures. La raison en est que ces dernières sont réservées aux seuls commerçants, ce qui suppose qu'ils exercent l'activité commerciale au moment d'y recourir.

Dans le silence des textes, on se demande s'il est possible de recourir à la conciliation amiable et au règlement préventif de la faillite en cas de décès du commerçant. Le droit égyptien prévoit ce cas. L'article 727 du Code égyptien de commerce permet aux héritiers de recourir à cette procédure dans un délai de trois mois qui suit le décès s'ils décident eux-mêmes de continuer l'activité commerciale du défunt. La même solution est admise par le droit libanais et la doctrine la fonde sur l'article 494 du C. com., alors que ce texte ne la prévoit pas formellement⁵⁰.

⁵⁰ V. Said Youssef Al Boustani, Les règles de la faillite et de la conciliation préventive dans les législations arabes, Ed. Halabi, Beyrouth 2007, en langue arabe, p. 47. V. aussi, Mohammad Sayyed Al Faqqi, Droit commercial (Faillite, contrats commerciaux, opérations bancaires), Ed. Halabi, Beyrouth, 2005, en langue arabe, p. 24.

En Arabie Saoudite, la doctrine préconise l'adoption de la même solution, mais sans pouvoir fixer un délai au cours duquel les héritiers peuvent recourir à ces procédures puisque ces dernières ne sont pas prévues par le législateur en cas de décès du commerçant. Il semble donc nécessaire que la demande soit formulée dans un délai raisonnable⁵¹ dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des autorités administratives ou judiciaires chargées de superviser ces procédures.

B - Le commerçant qui a déjà eu recours à la conciliation amiable ou au règlement préventif de la faillite

73- L'article 2 du décret n° 129 du 04.09.1416 H. énumère les documents que le commerçant qui a recours au procédé du règlement préventif de la faillite doit présenter. Parmi ces documents, figure celui par lequel il reconnaît qu'il n'a pas bénéficié auparavant d'un règlement préventif qui se trouve en cours d'exécution. La même condition n'est pas imposée au commerçant qui présente une requête en vue de la mise en place d'une conciliation amiable. Mais, la doctrine saoudienne se prononce en faveur de la possibilité pour le commerçant qui bénéficie déjà d'une conciliation amiable de demander la mise en place d'un règlement préventif de la faillite⁵². La raison que la doctrine donne à l'appui de son opinion est que, comme nous le verrons, la conciliation amiable ne lie que les créanciers qui l'ont acceptée alors que le règlement préventif suppose l'accord des créanciers titulaires des deux tiers des créances non contestées. Cette opinion étend encore plus le champ d'application des textes puisque, comme nous l'avons vu, l'article 2 du décret n° 129 prévoit seulement la possibilité de recourir au règlement préventif de faillite au cas où l'on n'a pas pu parvenir à la conciliation amiable (en plus de la décision de recourir directement au règlement préventif), alors qu'avec cette opinion le recours au règlement préventif sera possible même si une conciliation amiable a été mise en place et qu'elle est en cours. Mais il est nécessaire de concilier cette opinion avec les exigences législatives. Nous avons vu⁵³ que

⁵¹ Sur le délai raisonnable, v. Georges Khairallah, « *Le raisonnable en droit privé français* », RTDCiv. 1984.439.

⁵² V. Karman, op. cit., p. 367.

⁵³ Supra, n° 68.

l'article 1^{er} du décret n° 129 permet au créancier qui bénéficie d'une procédure de conciliation amiable de recourir à la procédure de règlement préventif si la première connaît l'échec. Il faut donc présumer qu'au cas où le commerçant qui bénéficie d'une procédure de conciliation amiable qui est en cours et qui demande la mise en place d'une procédure de règlement préventif admet que la première procédure est vouée à l'échec ou qu'il considère qu'elle a déjà échoué.

De même, on considère que le commerçant peut recourir au règlement préventif de la faillite dans l'hypothèse où il aurait présenté auparavant une demande de mise en place d'une conciliation amiable ou d'un règlement préventif et que cette demande a été rejetée. On considère aussi qu'il peut y recourir même s'il avait déjà bénéficié auparavant d'une mesure analogue qui aurait été exécutée ou qui aurait épuisé ses effets.

§ 2 - La moralité du commerçant

- 74- Aux termes de l'article 5, j), le commerçant doit présenter une certaine moralité (A) dont il convient de préciser le contenu (B).

A - La condition de moralité

- 75- Cette condition est prévue à l'article 5, j) du décret d'application. La conciliation amiable et le règlement préventif sont des mesures généreuses en faveur du débiteur et, pour que celui-ci puisse en bénéficier, il est nécessaire que l'on s'assure qu'il présente une certaine moralité. La condition est prévue dans d'autres législations, comme le Code de commerce égyptien dont l'article 725 prévoit que le règlement préventif ne peut profiter qu'au commerçant « *qui n'a commis aucune fraude ou faute que ne commettrait pas un commerçant moyen* ».

En droit libanais, les textes ne retiennent pas formellement cette condition, mais la doctrine libanaise la retient comme telle et la déduit d'un texte comme l'article 460 du C. com. qui impose que le commerçant tienne correctement ses livres et qu'il expose les motifs qui l'amènent à demander la conciliation. De même, l'article 461 du Code libanais impose que le tribunal rejette la demande de conciliation présentée par un commerçant qui a été précédemment condamné pour faillite frauduleuse, pour vol, pour faux, pour abus de confiance ou escroquerie⁵⁴.

Enfin, la doctrine est unanime pour considérer qu'il revient au commerçant qui présente une demande de conciliation amiable ou de règlement préventif de prouver lui-même qu'il remplit les conditions de moralité. Ces conditions ne se présument pas et la charge de la preuve lui incombe.

B - Le contenu de la notion de moralité

- 76- L'article 5, j), du décret d'application est ainsi rédigé : Le commerçant qui présente une requête en vue de la conciliation amiable et du règlement préventif de faillite doit « *présenter des qualités de loyauté, de probité et de bonne foi, qu'il respecte les règles du commerce et les usages de l'activité commerciale ; il sera considéré de mauvaise foi s'il ne tient pas les livres de commerce, s'il émet des chèques sans provision, s'il dissimule une partie de ses dettes, s'il n'est pas inscrit au registre du commerce et s'il se livre à une activité frauduleuse ou dolosive* ».

Cette énumération, en elle-même claire, permet de comprendre que la condition de la moralité ne sera pas remplie s'il s'avère impossible d'être fixé sur la situation précise du commerçant, si celui-ci dissimule totalement ou partiellement ses avoirs, s'il établit des effets de commerce de complaisance ou encore s'il contracte des emprunts à des taux d'intérêt très élevés⁵⁵. La doctrine considère que le commerçant ne doit pas être a priori considéré de mauvaise foi si,

⁵⁴ V. M. K. Taha, op. cit., p. 585 ; Boustani, op. cit., p. 51.

⁵⁵ Sur les décisions qui ont retenu ces faits en les considérant comme exclusifs de la condition de la moralité, v. M. K. Taha, op. cit., p. 594 ; v. aussi Elias Nassif, Traité de droit commercial, tome 4, Sur la faillite, Ed. Oueïdate, en langue arabe, Beyrouth 1999, p. 30 ; Ahmad Mahmoud Khalif, la faillite commerciale et l'I'hsâr civil, Ed. Al Maaref, en langue arabe, Alexandrie, 1987, p. 261.

au moment où il présente sa demande, il se trouve poursuivi pour faillite frauduleuse. Dans ce cas, elle estime que l'autorité chargée d'examiner sa demande de conciliation amiable ou de règlement préventif doit surseoir à statuer en attendant l'issue de l'action pénale sur la faillite frauduleuse. De même, ne sera pas non plus considéré de mauvaise foi le commerçant qui achète avec ses deniers personnels un bien immobilier tant que ce bien existe toujours dans son patrimoine⁵⁶.

- 77- La mauvaise fortune que le commerçant peut connaître ne signifie pas que la condition de la moralité n'est pas remplie. La mauvaise fortune est due aux événements que le commerçant subit du fait d'événements imprévisibles et qu'il lui était impossible d'éviter. A titre d'exemple, on cite le cas d'I'hsār dans lequel se trouveraient ses propres débiteurs et qui les empêche de remplir leurs obligations à son égard. On cite aussi la baisse de prix qui affecte ses marchandises et ses biens ou le cas de perte de ses marchandises par suite d'incendie ou de guerre. De même, la mauvaise fortune peut être due aux difficultés que le commerçant éprouve d'écouler sa marchandise ou le refus des banques de lui consentir des crédits par suite d'événements comme ceux qui viennent d'être énumérés⁵⁷. En revanche, ne sont pas assimilés à une mauvaise fortune les événements qui sont dus à la négligence ou à un usage inapproprié de ses biens dont le commerçant serait responsable. Dans un tel cas, il ne pourra pas bénéficier de la conciliation amiable ou du règlement préventif de faillite.

Il revient au Comité⁵⁸ qui reçoit la demande de conciliation amiable ou au tribunal⁵⁹ chargé de statuer sur le règlement préventif d'apprécier la bonne foi du débiteur. Il appréciera notamment les raisons pour lesquelles ses affaires connaissent un trouble grave et s'il constate que le comportement du débiteur ne correspond pas au comportement d'un commerçant placé dans les mêmes conditions, sa demande sera rejetée.

⁵⁶ M. K. Taha, op. cit., p. 594-595 ; Bustani, op. cit., p. 52 et 53.

⁵⁷ En ce sens, M. K. Taha, op. cit., p. 595.

⁵⁸ V. infra, n° 79.

⁵⁹ V. infra, n° 82.

Section 2 -
La procédure de conciliation amiable et de
règlement préventif de faillite

- 78- Le décret n° 129, tout en prévoyant les deux procédures, consacre l'essentiel de ses dispositions au règlement préventif de la faillite. Le décret d'application organise les deux procédures, même si, lui aussi, se consacre davantage au règlement préventif.

§ 1 - La conciliation amiable

- 79- L'article 1^{er} du décret n° 129 prévoit que la requête tendant à instituer une conciliation amiable avec les créanciers doit être présentée par le débiteur auprès des comités institués à cet effet dans les chambres de commerce et d'industrie. Le décret d'application précise, dans son article 1^{er}, que ces comités sont constitués sur décision du ministre du commerce et de l'industrie. Chaque comité est formé de trois membres et d'un autre serait appelé à jouer le rôle de suppléant. L'un d'eux sera désigné président et doit avoir des connaissances précises en la matière. Le siège du comité sera la chambre de commerce et d'industrie. Le président désigne un secrétaire qui sera chargé des questions administratives. Les frais du comité seront supportés par le commerçant.

Selon l'article 2 du décret d'application, le commerçant demandeur doit présenter au comité une requête en vue de la mise en place d'une conciliation amiable. La chambre de commerce et d'industrie compétente est celle dans le ressort de laquelle se trouve le centre principal des affaires du commerçant. Dans sa requête, celui-ci doit apporter la preuve des éléments suivants :

- sa situation financière fondée sur ses bilans des deux dernières années précédant la requête en clarifiant les raisons pour lesquelles sa situation financière a été perturbée et quelles propositions il formule pour régler ses dettes ;

- le montant des dettes exigibles avec les noms et les adresses des créanciers ;

- le montant de ses propres créances à l'égard de tiers et les mesures qu'il a prises pour réclamer les paiements ;

- les garanties qu'il offre en vue de régler ses dettes ;

- les réclamations, les procès et les mesures d'exécution engagés à son encontre. Il doit présenter tous documents attestant le bien-fondé de ses prétentions.

Aux termes de l'article 3 du décret d'application, le comité se réunit à l'initiative de son président. Tous les membres du comité doivent être présents et ses décisions sont prises à la majorité. Un procès-verbal de ses discussions et des décisions qu'il prend sera établi et signé par le président et les membres du comité ainsi que par le commerçant et ses créanciers. Le membre du comité qui ne sera pas présent sans excuse valable pendant trois réunions du comité sera considéré démissionnaire.

80- La procédure en vue de la mise en place de la conciliation amiable est précisée à l'article 4 du décret d'application. Elle se résume à ce qui suit :

- le président du comité fixe la date de la réunion dans les deux semaines qui suivent la présentation de la requête et la réunion du comité se déroulera dans la chambre dont ce comité dépend sauf si le président décide d'un autre lieu de réunion en cas de besoin ;

- le secrétaire du comité informe le commerçant débiteur et ses créanciers de la date de la réunion au cours de laquelle la requête sera examinée ;

- le comité peut convoquer le commerçant pour une réunion privée destinée à discuter sa requête. Il peut aussi l'obliger à présenter des documents qui lui paraissent nécessaires pour s'assurer du caractère sérieux de la requête ;

- le comité peut se déplacer pour expertiser les biens du commerçant et vérifier les garanties qu'il présente comme il peut déléguer à l'un de ses membres de le représenter à cet effet ;

- la conciliation amiable peut prévoir l'échelonnement des dettes du commerçant ou leur paiement par fractions ou encore de différer leur exigibilité. L'accord peut aussi remettre une partie des dettes ou prendre des mesures sur lesquelles les diverses parties s'entendent en vue d'administrer les affaires du commerçant demandeur ou encore de surveiller la gestion ;

- la conclusion de l'accord auquel les parties parviendraient sur la conciliation amiable et ses modalités sera consignée dans un procès-verbal signé du président du comité et de ses membres ainsi que du commerçant débiteur et de ses créanciers. Ce procès-verbal oblige toutes les parties signataires et chacune de ces dernières en aura une copie ;

- à défaut d'accord entre les parties sur la conciliation amiable, un procès-verbal sera également établi à cet effet et il doit exposer les raisons du désaccord ainsi que les arguments présentés de part et d'autre. Ce procès-verbal sera lui aussi signé du président du comité, de ses membres et de toutes les parties présentes ;

- le président du comité transmet les documents de l'affaire au ministère du commerce et de l'industrie dans un délai de deux semaines suivant la fin des travaux du comité. Le ministre peut renvoyer ces documents au comité afin qu'il prenne des mesures complémentaires qu'il jugerait utile en vue de parvenir à une conciliation entre les parties.

Les textes ne prévoient pas de publicité pour la conciliation amiable. Une telle publicité est imposée en cas de règlement préventif de faillite.

Au cours des négociations entre le débiteur et ses créanciers, le débiteur continue à administrer son entreprise, mais le comité saisi à la demande d'un créancier peut convoquer le débiteur pour discuter avec lui de certaines opérations qu'il aurait conclues, comme il peut lui ordonner de ne pas se livrer à des actes qui pourraient être préjudiciables à ses créanciers.

§ 2 - Le règlement préventif de la faillite

- 81-** Contrairement à la procédure suivie en vue de la conciliation amiable, la procédure du règlement préventif de la faillite se déroule devant le tribunal. C'est ainsi que l'article 2 du décret n° 129 prévoit que si la requête en vue d'une conciliation amiable n'aboutit pas ou si le commerçant trouve qu'il est de son intérêt de demander directement la mise en place d'un règlement préventif, il présente à cet effet une demande au tribunal des doléances. Ici aussi, comme pour la conciliation amiable, la demande est faite par le débiteur lui-même. Lui seul peut décider de recourir à cette mesure, ce qui distingue ces deux procédures de l'ouverture d'une procédure de faillite puisque, comme nous le verrons par la suite, cette dernière peut être ouverte, non seulement à la demande du débiteur mais aussi à la demande d'un créancier.

A - La présentation de la demande

- 82-** La demande en vue de l'instauration d'un règlement préventif de la faillite est réglementée à la fois dans le décret n° 129 et dans son décret d'application. L'article 2 du décret n° 129 précise que le commerçant débiteur demande au tribunal des doléances de convoquer ses créanciers afin de leur proposer la mise

en place de ce règlement préventif. Le même décret précise aussi que le commerçant doit démontrer les raisons pour lesquelles sa situation financière est perturbée, les conditions qu'il propose pour la mise en place d'un règlement préventif et les moyens, s'il y en a, de parvenir à son exécution.

Le commerçant qui forme la demande doit présenter les mêmes conditions que celui qui demande la conciliation amiable⁶⁰.

83- Le décret n° 129 et son décret d'application énumèrent les documents que le commerçant doit présenter et qui rejoignent en grande partie les documents qui doivent être présentés pour la conciliation amiable :

- une description détaillée de ses biens mobiliers et immobiliers et leur évaluation réelle au moment de la présentation de la demande ;

- la liste des créanciers et des débiteurs avec leurs adresses ainsi que le montant de leurs droits ou obligations et, le cas échéant, les sûretés qui les garantissent ;

- la reconnaissance par le commerçant qui n'a pas bénéficié auparavant d'un règlement préventif qui soit en cours d'exécution ;

- au cas où le débiteur est une société commerciale, il est nécessaire de présenter une autorisation donnée par tous les associés dans une société en commandite ou par l'assemblée générale ordinaire dans les autres sociétés ;

- la liste de ses propres créances à l'égard des tiers et des mesures qu'il aurait prises pour réclamer leur paiement ;

- les bilans des deux dernières années qui précèdent la présentation de la demande afin de pouvoir examiner sa situation financière et être fixé sur les orientations de son activité ainsi que des dangers qui la menacent et des perspectives d'amélioration de sa situation au cas où le règlement préventif est mis en place ;

- la liste des actions en justice exercées à son encontre, des réclamations et des voies d'exécution prises à l'initiative de ses créanciers ;

⁶⁰ V. supra, n° 73 et s.

- la preuve de son inscription au registre du commerce, ce qui permet de s'assurer non seulement de la régularité de l'exercice de l'activité commerciale, mais aussi de vérifier les divers événements qui le concernent et qui seraient mentionnés sur le registre ;

- une copie des actes constitutifs de la société ainsi que de ses statuts ;

- un exposé détaillé des dépenses engagées par le commerçant et des actes de disposition qu'il a conclus durant les deux années qui précèdent la demande, ce qui permet de vérifier si son comportement correspond à celui d'un commerçant raisonnable ;

- ses livres de commerce ou leur équivalent numérique afin de vérifier qu'il tient régulièrement ses livres dans le respect de la réglementation applicable ;

- les garanties réelles ou personnelles qu'il peut offrir à ses créanciers dans le cadre du règlement préventif si celui-ci est mis en place ;

- un engagement de payer les frais de la mise en place du règlement préventif, y compris les frais du contrôleur et de l'expert qui seraient désignés par le tribunal.

Ces documents sont destinés non seulement à vérifier la situation du débiteur, l'état de son patrimoine et les raisons qui ont été à l'origine de sa déroute, mais aussi à vérifier si le règlement préventif peut être mis en place. En effet, en plus des vérifications précédentes auxquelles la formation judiciaire doit se livrer, elle doit vérifier aussi si un éventuel règlement est susceptible de recueillir la majorité requise des créanciers qui l'acceptent. L'article 7 du décret n° 129 prévoit que le règlement préventif ne peut être conclu que s'il recueille l'accord de la majorité des créanciers à la condition que cette majorité représente au moins deux tiers des créances non contestées. C'est le seuil que le législateur a trouvé nécessaire pour assurer à un éventuel règlement préventif la possibilité de parvenir à l'apurement du passif et à sauver l'entreprise de la faillite.

Quant aux créances contestées, elles ne peuvent pas être concernées par le règlement préventif. L'article 18 du décret d'application prévoit que la formation du tribunal chargée de ce règlement peut donner aux titulaires de ces créances un délai ne pouvant pas dépasser un mois pour qu'ils exercent une action en justice tendant à déterminer leurs créances. Si l'action n'est pas exercée dans le délai imparti, la procédure de mise en place du règlement préventif sera poursuivie sans que l'on tienne compte de ces créances.

B - L'examen de la demande

- 84-** L'article 3 du décret n° 129 prévoit que le tribunal des doléances examine par voie de référé la demande qui lui est faite. S'il constate qu'elle est accompagnée des documents nécessaires, il rend une décision d'ouverture de la procédure de règlement préventif. Il ne s'agit donc pas déjà de la mise en place du règlement préventif. Il s'agit d'une phase préparatoire qui peut aboutir à la mise en place de ce règlement. Il désigne à cet effet l'un de ses membres pour superviser les opérations relatives à la mise en place du règlement préventif ainsi qu'un ou plusieurs contrôleurs qui entament les opérations à cet effet. Le même article 3 du décret n° 129 laisse au décret d'application le soin de préciser les modalités de la convocation des créanciers à la réunion, les mesures nécessaires à la mise en place du règlement préventif, les modalités de la publicité dont elle doit faire l'objet et les conditions que doivent présenter les contrôleurs ainsi que le mode de leur désignation et la fixation de leur mission. Une formation du tribunal sera désignée pour prendre en charge le dossier.

Le juge chargé de superviser le règlement préventif est un membre du tribunal et doit lui-même superviser les mesures qui seront prises par le contrôleur. C'est lui qui fixe la date de la réunion du commerçant avec ses créanciers et cette réunion se déroule sous sa présidence et donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal.

85- Quant au contrôleur, il peut être choisi parmi ceux qui figurent sur la liste des contrôleurs établie par le ministère du commerce et de l'industrie. En effet, l'article 11 du décret d'application prévoit que ce ministère établit une liste de ces contrôleurs et cette liste doit être adoptée par le ministre. Sera rayé de cette liste le nom du contrôleur qui décède ou qui se retire pour quelque raison que ce soit ou encore celui qui contrevient aux règles morales et disciplinaires.

Pour figurer sur la liste des contrôleurs, certaines conditions doivent être remplies : le requérant doit être de nationalité saoudienne, capable, ayant une expérience dans le domaine commercial, connaissant les règles et usages applicables dans ce domaine, qu'il soit de bonne moralité, n'ayant pas été condamné pour crime ou délit contraire à l'honneur et la loyauté et n'ayant pas non plus été interdit ou déclaré lui-même en faillite, sauf, dans ce dernier cas, s'il a été réhabilité.

La formation du tribunal chargée de l'affaire choisit donc le (ou les) contrôleur sur la liste ainsi établie. Mais, si elle l'estime nécessaire, elle pourra choisir un contrôleur sans tenir compte de la liste. L'article 14 du décret d'application prévoit les mesures qui peuvent être prises par le contrôleur :

- dans les 24 heures, si possible, de sa désignation par le tribunal des doléances, il doit établir une liste des biens mobiliers et immobiliers du commerçant et la liste sera établie en présence de ce dernier ;

- l'accomplissement des formalités de publicité sur lesquelles nous reviendrons plus loin ;

- l'établissement dans un délai de quinze jours avant la réunion avec les créanciers d'un rapport sur la situation financière du débiteur et les raisons pour lesquelles il se retrouve dans cette situation. Il donne son avis sur les propositions de règlement. Toute partie intéressée peut consulter ce rapport sur autorisation du juge désigné pour superviser les opérations de règlement.

L'article 4 du décret n° 129 prévoit que le tribunal des doléances peut ordonner de prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation des biens du débiteur ou à leur administration jusqu'à la décision statuant sur sa demande de mise en place du règlement préventif. De même, le tribunal peut désigner un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur la situation financière du débiteur et les raisons qui ont amené celui-ci à présenter la demande.

Deux séries de questions méritent ici d'être davantage approfondies : les effets de l'examen de la demande et la décision sur le règlement préventif.

1 - Les effets de l'examen de la demande

- 86-** Dans la période durant laquelle la demande de mise en place du règlement préventif, les textes organisent les pouvoirs du débiteur à l'égard de ses biens et prévoient l'arrêt des poursuites engagées à son encontre.

a) Les pouvoirs du débiteur à l'égard de ses biens

- 87-** L'article 5 du décret n° 129 pose le principe selon lequel après l'ouverture de la phase préparatoire à la mise en place du règlement préventif, le commerçant continue à gérer ses biens, mais sous la surveillance du contrôleur. Le même texte ajoute qu'il peut accomplir les actes courants qu'impose son activité commerciale. La surveillance exercée par le contrôleur ne signifie pas qu'il doit participer à la prise des décisions relativement aux biens et à l'activité du débiteur. C'est celui-ci qui prend les décisions nécessaires, surveillé seulement par le contrôleur désigné⁶¹.

⁶¹ La même solution est retenue au Liban et en Egypte : v. Boustani, op. cit., p. 73 ; Taha, op. cit., p. 605 ; Khalil, op. cit., p. 274.

Mais le débiteur ne peut pas accomplir tous les actes auxquels un commerçant peut se livrer. Certains actes ne peuvent être accomplis que sur autorisation du juge qui supervise la procédure. Ces actes sont énumérés à l'article 5, alinéa 2 du décret n° 129. Sont ainsi subordonnés à l'autorisation préalable du juge la transaction, l'établissement de garanties sur ces biens, le cautionnement qu'il pourrait lui-même consentir, la donation ou tout autre transfert de propriété non imposé par les exigences d'une activité commerciale normale.

Au cas où le débiteur se livre à un tel acte sans avoir obtenu l'autorisation préalable du juge, l'article 5 du décret n° 129 prévoit que l'acte est inopposable aux créanciers. En d'autres termes, l'acte n'est pas frappé de nullité et le cocontractant du débiteur peut en exiger l'exécution, sous réserve de l'inopposabilité de cet acte aux créanciers existants.

Le même décret n° 129 va encore plus loin quant aux pouvoirs du débiteur à l'égard de ses biens durant cette période puisque son article 4 autorise le tribunal des doléances à prendre les mesures qu'il juge nécessaires à la conservation des biens du débiteur ou à leur administration en attendant qu'il soit statué sur la demande de mise en place du règlement préventif.

b) L'arrêt des poursuites et des voies d'exécution

- 88-** Aux termes de l'article 11 du décret n° 129, toutes les actions dirigées contre le débiteur et toutes les voies d'exécution sur ses biens sont arrêtées de plein droit du seul fait de l'ouverture de la phase en vue de parvenir au règlement préventif. Le texte ne fait pas bénéficier de cet arrêt ou suspension les personnes engagées solidairement avec le débiteur pas plus que ses garants. Les créanciers peuvent donc leur réclamer l'exécution des obligations qu'ils ont prises à leur égard et de prendre toutes mesures d'exécution sur leurs biens, même dans la période d'examen de la demande de mise en place du règlement préventif. On justifie cette règle par l'idée que ces débiteurs ne se trouvent pas eux-mêmes dans

une situation difficile et ne sont pas concernés par la présentation de la demande de règlement préventif. Ces mesures ne portent pas non plus atteinte à l'égalité entre les créanciers puisque les paiements qui seront faits à certains d'entre eux ne sont pas l'œuvre du débiteur mais de tierce personne. D'ailleurs, ces paiements diminueront d'autant les réclamations de certains créanciers, ce qui se révélera favorable aux autres créanciers.

- 89-** Quant aux actions exercées par le débiteur lui-même contre ses propres créanciers ou les voies d'exécution auxquelles il se serait livré, elles ne sont pas affectées par la procédure en cours. Ces actions et ces voies d'exécution sont donc maintenues, avec cette précision qu'elles doivent l'être sous la supervision du contrôleur désigné. Enfin, l'article 6 du décret n° 129 prévoit que l'ouverture de la période d'examen de la demande de règlement préventif n'a pas pour effet de rendre exigibles les dettes du débiteur. Si ces dettes sont affectées d'un terme, celui-ci devra être respecté.

2 - La décision sur le règlement préventif

- 90-** La prise de la décision sur le règlement préventif de la faillite suit tout un processus (a) dans lequel le tribunal joue un rôle déterminant (b).

a) Le processus de la prise de décision

91- Il résulte de l'article 9 du décret d'application que le juge chargé de superviser la procédure de prévention fixe la date d'une réunion entre le commerçant et ses créanciers dans un délai de trente jours à compter de la décision relative à l'ouverture de la procédure. Les règles applicables à la notification de cette réunion aux diverses parties sont celles qui sont applicables

devant le tribunal des doléances. A cette notification seront jointes les conditions de règlement proposées par le commerçant débiteur. Quant au contrôleur, il doit surveiller l'exécution de la procédure de règlement. De même, il doit veiller à l'accomplissement des formalités de publicité sur lesquelles nous reviendrons.

Les créanciers et le débiteur ainsi que le contrôleur se réunissent sous la présidence du juge chargé de superviser la procédure.

- 92- Aucun d'eux ne peut charger un tiers de le représenter à cette réunion sauf pour des raisons sérieuses et après autorisation du juge chargé de superviser la procédure. Au cours de la réunion, lecture sera faite du rapport du contrôleur et des conditions proposées pour parvenir au règlement. Chaque créancier doit préciser le montant et la nature de sa créance par écrit avec les justificatifs nécessaires à cet effet. Une fois que l'on s'assure de l'existence effective des créances, commence la discussion sur les conditions du règlement suivie du vote des créanciers chirographaires dont la créance est née avant la décision d'ouverture de la procédure en vue de parvenir au règlement préventif. L'article 15 du décret d'application prévoit que ces créances peuvent être des créances commerciales ou non. Le règlement préventif peut prévoir un échelonnement des dettes ou le report de leurs échéances ou encore la remise de certaines d'entre elles. L'article 8 du décret n° 129 prévoit que ces trois mesures peuvent être cumulées. Le même texte ajoute que l'accord peut prévoir la désignation d'une nouvelle direction de l'entreprise soit par des personnes choisies au sein de cette entreprise, soit par des tiers. Rien n'empêche que l'entreprise reste dirigée par ses anciens dirigeants tout en désignant une personne avisée et ayant les capacités et les compétences suffisantes en matière commerciale pour surveiller la marche de l'entreprise. Un procès-verbal est établi à l'issue des diverses audiences. Le juge chargé de superviser la procédure le signe ainsi que le contrôleur, le débiteur et les créanciers présents. Le juge chargé de superviser la procédure transmet ce procès-verbal à la formation du tribunal chargée de statuer sur le règlement préventif.

On aura relevé que les créanciers privilégiés, titulaires de suretés, ne sont pas invités à voter le règlement préventif. L'explication en est que leurs droits sont suffisamment protégés par la sûreté dont ils sont bénéficiaires et qui leur assure un privilège dans le paiement de leurs créances. Le règlement préventif est donc ouvert aux seuls créanciers chirographaires.

b) Le rôle du tribunal

93- Une fois que le juge chargé de superviser la procédure aura transmis les documents nécessaires à la formation du tribunal, celle-ci recueille à nouveau les observations du débiteur et des créanciers présents et s'assure du bon déroulement de la procédure. Cette formation prendra alors la décision soit d'arrêter le règlement préventif de la faillite, soit de rejeter la demande formée par le débiteur (*art. 15, h) du décret d'application*). Nous avons vu⁶² que le tribunal n'arrêtera le règlement préventif que si, en plus des conditions requises, ce règlement recueille l'accord de la majorité des créanciers qui sont titulaires au moins des deux-tiers des créances non contestées (*art. 7 du décret n° 129*).

Dans la pratique, si la formation compétente constate que la procédure s'est régulièrement déroulée, elle donne son accord sur le règlement. Si elle découvre une irrégularité dans le déroulement de la procédure, elle pourra demander que la question soit revue et corrigée.

Une fois que le jugement est rendu, soit pour arrêter le règlement, soit pour rejeter la demande formée par le débiteur, la mission du juge chargé de superviser la procédure prend fin, mais le contrôleur reste en fonction jusqu'à l'accomplissement des formalités de publicité.

⁶² Supra, n° 83.

Au cas où le tribunal refuse d'arrêter le règlement, les créanciers recouvrent leurs droits d'exercer leurs actions contre le débiteur et de prendre les mesures d'exécution sur ses biens puisque la cause de l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution aura disparu (*art. 16 du décret d'application*). De même, les créanciers pourront, dans cette hypothèse, demander l'ouverture de la faillite du débiteur.

L'article 20 du décret d'application prévoit que les jugements et les décisions relatifs au règlement feront l'objet d'une publicité au registre du commerce dans un délai de trente jours à compter de la date à laquelle ils deviennent définitifs. Une publicité sera accomplie aussi dans le registre des sociétés ainsi que dans le journal officiel et dans une publication quotidienne diffusée dans la circonscription dans laquelle le débiteur est établi.

Chapitre 2 - **Le régime de la conciliation amiable et du règlement** **préventif de faillite**

- 94- L'objet de la conciliation amiable et du règlement préventif est de mettre en place une convention entre le débiteur et ses créanciers en vue d'éviter l'ouverture d'une faillite. Si une convention est conclue, il est nécessaire que les poursuites contre le débiteur et les voies d'exécution exercées sur ses biens restent soumises à la règle de l'arrêt. Les textes ne prévoient pas expressément cette règle. Mais elle se déduit aisément de leurs dispositions. Ainsi, nous avons vu que l'article 16 du décret d'application prévoit que si la demande de règlement préventif est rejetée, les créanciers qui étaient soumis à la procédure recouvrent leurs droits d'exercer des actions contre le débiteur et de pratiquer des voies d'exécution sur ses biens. La doctrine est unanime pour interpréter ce texte *a contrario* et considérer que l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution persiste si un

règlement préventif est homologué⁶³. Il en est de même si une conciliation amiable est mise en place.

L'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers est doté de la force obligatoire (Section 1). Après avoir examiné cette force obligatoire, nous pouvons exposer le contentieux auquel la conciliation amiable et le règlement préventif donnent lieu (Section 2).

Section 1 -

La force obligatoire de la convention conclue

dans les procédures de conciliation amiable

et de règlement préventif de faillite

- 95- La convention est conclue entre le débiteur et ses créanciers. Nous avons vu que tous les créanciers ne sont pas nécessairement parties à la convention. Les textes ont donc dû définir les modalités de l'application de l'accord (§ 1) et d'organiser son exécution (§ 2).

§ 1 - Modalités d'application de l'accord

- 96- Les textes se sont essentiellement préoccupés du cas où un règlement préventif de faillite a été mis en place.

⁶³ Karman, op. cit., n° 100, p. 392 et les réf.

L'article 9 du décret n° 129 est ainsi rédigé : « *Sous réserve des dispositions de l'article 10, le règlement préventif produit ses effets à l'égard de tous les créanciers dont la créance n'est pas privilégiée et de ceux qui n'ont pas participé à sa mise en place ou qui n'ont pas consenti à ses dispositions. Le règlement ne trouve pas application aux créances alimentaires, aux créances privilégiées et aux créances qui ont pris naissance après la décision relative à la mise en place du règlement* ». Quant à l'article 10 du même décret, il énonce : « *Les créanciers qui n'ont pas consenti au règlement gardent leurs créances et la décision qui prononce le règlement fixe les dates auxquelles ces créances doivent être honorées* ».

Il résulte de ces textes que le règlement préventif s'applique à tous les créanciers, qu'ils aient ou non consenti ou participé à ce règlement. Hormis les créances auxquelles le règlement préventif ne s'applique pas, les dispositions du règlement sont donc d'application générale et concernent toutes les créances et leurs titulaires. La seule concession faite par les textes est que le créancier chirographaire, qui n'a pas participé ou qui a refusé le règlement préventif, garde l'intégralité de sa créance, mais il ne peut plus se prévaloir de l'échéance convenue puisqu'il revient au règlement préventif de fixer les dates auxquelles le débiteur doit payer.

- 97- L'article 9 précité énumère les créances auxquelles le règlement préventif ne trouve pas application. Il s'agit des créances alimentaires auxquelles le débiteur est tenu. Il s'agit aussi des créances privilégiées puisque le paiement de ces créances est garanti par des sûretés spéciales et les créanciers privilégiés ne participent pas au règlement. Enfin, il s'agit des créances qui prennent naissance après la décision de mise en place de la procédure et non seulement les créances postérieures à la décision qui arrête le règlement préventif. Pour ces créances, l'essentiel est de déterminer la date à laquelle elles prennent naissance. Pour les obligations contractuelles, cette date est celle de la conclusion du contrat. Une discussion s'est développée au sujet des créances extracontractuelles. Un fait dommageable a pris naissance avant le jugement qui a décidé de mettre en place

la procédure de règlement alors que la créance n'a été fixée par un tribunal qu'après la date de cette décision. La doctrine considère que la date qui doit être prise en considération est celle de la survenance du fait dommageable et non celle du jugement qui fixe le montant de la réparation⁶⁴.

§ 2 - L'exécution de l'accord

98- A l'origine du règlement, se trouve un accord conclu entre le débiteur et ses créanciers. Cet accord lui-même est constaté par le tribunal qui le dote de la force exécutoire et qui lui donne une grande ampleur puisqu'il fixe aussi le régime des créances qui n'avaient pas fait l'objet de l'accord. Tout converge pour donner à celui-ci une force exécutoire qui oblige le débiteur aussi bien que ses créanciers à le respecter.

Une fois l'accord exécuté, le commerçant débiteur peut présenter au tribunal des doléances une demande tendant à ce qu'il soit mis fin au règlement. Le tribunal rend sa décision dans un délai de trente jours suivant la date de la demande et s'il décide de mettre fin au règlement, l'article 13 du décret n° 129 précise que le commerçant pourra reprendre le cours de son activité comme il la pratiquait avant sa demande de mettre en place un règlement préventif. L'article 21 du décret d'application prévoit que la décision de mettre fin au règlement fera elle-même l'objet d'une publicité au registre du commerce et, le cas échéant, au registre des sociétés ainsi que dans le journal officiel et dans un quotidien de la commune du lieu d'exercice de l'activité.

Il y a, bien entendu, l'éventualité de la non-exécution de l'accord, non seulement de la part du débiteur mais aussi de la part de ses créanciers ou de l'un d'eux. Le recours à la justice sera alors nécessaire.

⁶⁴ Karman, op. cit., n° 104, p. 395.

Section 2 -

Le contentieux de la conciliation amiable et du règlement préventif de faillite

- 99- La conciliation amiable et le règlement préventif de faillite peuvent être à l'origine de deux séries de contentieux : l'une est relative à l'accord qui aurait pu être conclu entre le débiteur et ses créanciers (§ 1) et l'autre aux délits qui se rapportent à ces procédures (§ 2).

§ 1 - Le contentieux relatif à l'accord conclu sur le fondement d'une conciliation amiable ou d'un règlement préventif de faillite

- 100- L'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers peut être entaché de nullité (A). Son inexécution peut donner lieu à sa résolution (B). Enfin, des voies de recours peuvent être exercées contre les décisions relatives à l'accord (C).

A - La nullité de l'accord

- 101- Le particularisme de l'accord qui est conclu entre le débiteur et ses créanciers et l'intervention, notamment judiciaire, dans le règlement préventif, rejouent sur la nullité qui pourrait entacher cet accord, à la fois quant à la cause de la nullité (1) et à la procédure (2).

1 - Cause de nullité de l'accord

102- On aurait pu penser que, dans la mesure où l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers équivaut à un contrat, il est soumis à toutes les causes de nullité du contrat, à leur tête les vices du consentement pour erreur, violence ou dol. Mais, le législateur a refusé de suivre ce schéma et l'article 12 du décret n° 129 décide que le règlement préventif peut être annulé pour cause de dol.

Une seule cause de nullité est donc retenue et le texte prend soin de préciser que le dol qui emporte nullité du contrat est celui qui provient du fait du débiteur. Le dol d'un tiers, notamment d'un créancier, ne peut pas constituer une cause de nullité, sauf s'il est prouvé que le débiteur est complice de ce créancier.

Le dol doit donc être le fait du débiteur et cette solution est directement liée à la condition de bonne foi que l'article 5 du décret d'application impose pour que le commerçant puisse bénéficier de la conciliation amiable ou du règlement préventif de faillite. Le dol ainsi commis par le débiteur paraît exclusif de sa bonne foi ou, à tout le moins, doit le priver de la possibilité de bénéficier de mesures mises en place en sa faveur. On déduit cette règle à la lecture des exemples que l'article 12 du décret n° 129 donne pour illustrer le dol : la dissimulation d'actifs ; la présentation de créances fictives où dont la valeur est volontairement exagérée. Ces exemples montrent que le débiteur qui commet de tels faits ne peut pas être considéré de bonne foi⁶⁵.

2 - La procédure de nullité de l'accord

103- L'action en nullité de l'accord obéit à des conditions très strictes fixées par l'article 12 du décret n° 129.

⁶⁵ La cause de la nullité de l'accord en droit saoudien rejoint celle qui est retenue par les droits des autres pays arabes. Ainsi, l'art. 486 C. com. libanais, l'art. 764 C. com. égyptien et l'art. 603 C. com. syrien considèrent tous les trois que l'accord sera annulé seulement s'il est établi que le débiteur a été l'auteur d'un dol ou d'une fraude relativement à sa ses dettes.

La nullité n'est pas de plein droit. Elle doit être prononcée par le tribunal des doléances. L'action en nullité est exercée par toute personne qui y a intérêt, même s'il est permis de penser qu'il s'agira presque toujours d'un créancier. Dans le silence des textes, nous pouvons avancer que ce créancier peut avoir participé à la conclusion de l'accord ou encore avoir refusé d'être partie à l'accord. Ainsi, le créancier qui a participé à la conclusion de l'accord en ayant consenti des sacrifices, comme, par exemple, des délais accordés au débiteur pour régler sa dette ou des remises partielles de dettes, peut avoir intérêt à faire annuler un accord dolosif. Il en est de même d'un créancier qui n'est pas partie à l'accord puisque, dans le règlement préventif, le juge peut imposer des délais à ce créancier, ce qui permet de supposer que la nullité de l'accord dispensera le créancier de ces délais.

- 104-** L'article 12 du décret n° 129 impose que l'action en nullité soit exercée dans le délai d'un an suivant la découverte du dol. Il impose aussi que ce dernier soit révélé après que le tribunal ait homologué l'accord. En effet, si le dol est découvert avant cette homologation, on peut penser que le tribunal refusera de l'accorder.

Comme toute nullité, celle-ci a un effet rétroactif. Les avantages dont le débiteur aurait pu bénéficier sont anéantis et si un tiers s'est porté caution du débiteur dans le cadre du règlement préventif, ce cautionnement sera lui aussi annulé, d'autant que la caution est étrangère au dol commis par le débiteur.

L'article 12 du décret n° 129 décide que la nullité pour dol de l'accord a pour effet l'ouverture immédiate de la faillite du débiteur puisque celui-ci a fait preuve de mauvaise foi. L'article 20 du décret d'application soumet le jugement qui prononce la nullité de l'accord aux mêmes formalités de publicité que l'accord lui-même.

B - La résolution de l'accord

105- Le même article 12 du décret n° 129 décide qu'au cas où le débiteur n'exécute pas l'accord ou ne respecte pas ses conditions, toute personne qui y a intérêt peut demander au tribunal des doléances de prononcer la résolution de l'accord.

Le texte ne prévoit aucun délai pour exercer l'action en résolution. Mais, on peut penser que cette action doit être exercée dans un délai raisonnable puisqu'il appartient au tribunal des doléances d'apprécier le bien-fondé de la demande en résolution. Si une telle demande émanant d'un créancier est tardive, alors que le débiteur a exécuté entretemps d'autres obligations, le tribunal des doléances peut être amené à rejeter la demande.

Si le débiteur a offert des garanties réelles ou un cautionnement dans le cadre de la conciliation amiable ou du règlement préventif, la résolution de l'accord ne devrait pas emporter l'anéantissement de ces garanties puisqu'elles sont précisément destinées à contribuer à l'exécution par le débiteur de ses obligations résultant de l'accord⁶⁶.

Le jugement prononçant la résolution de l'accord fera, lui aussi, l'objet des mesures de publicité prévues à l'article 20 du décret d'application.

C - Les voies de recours contre les décisions relatives à l'accord

106- L'article 17 du décret d'application énonce que toutes les décisions prises par la formation chargée de la demande de règlement préventif et qui ne font pas l'objet d'une voie de recours deviennent immédiatement définitives. En revanche, tout intéressé peut exercer une voie de recours tendant à demander au tribunal de

⁶⁶ Au Liban, l'art. 487 C. com. décide que « si le débiteur n'exécute pas intégralement ses obligations concordataires, tout créancier après que les cautions auront été discutées et qu'on aura fait valoir les droits concédés à titre de garantie, pourra résoudre le concordat et faire prononcer la faillite du débiteur ». Il en est de même dans l'art. 765 du C. com. égyptien.

vérifier à nouveau les éléments sur lesquels il avait fondé sa décision. Le texte précise que la procédure à suivre à cet effet est celle de l'opposition. En d'autres termes, c'est le même tribunal qui est saisi de la demande de vérification.

Le paragraphe b) de l'article 17 donne à toute personne « concernée » le droit de demander au tribunal de vérifier les décisions rendues en relation des articles 12, 14 et 15 du décret n° 129. Nous avons vu que l'article 12 est celui qui porte sur la résolution et la nullité de l'accord. Les articles 14 et 15 sont ceux qui réglementent les délits en la matière.

§ 2 - Les délits en rapport avec la conciliation amiable et le règlement préventif

107- Deux séries de délits sont prévus par la réglementation saoudienne : ceux qui concernent le débiteur (A) et ceux qui concernent les personnes qui participent au règlement préventif (B).

A - Délits commis par le débiteur

108- L'article 14 du décret n° 129 prévoit que le débiteur sera condamné à une peine d'emprisonnement ne pouvant pas dépasser cinq ans dans les cas suivants :

- s'il dissimule ses biens ou certains d'entre eux ou s'il les surévalue, et cela dans le but de parvenir à un règlement préventif ;

- s'il ne mentionne pas volontairement certaines dettes ou s'il fait en sorte de laisser participer au vote et aux discussions un créancier imaginaire ou interdit de participer au règlement préventif ou dont la créance est surévaluée ;

- si, volontairement, il omet de mentionner un ou plusieurs de ses créanciers.

Le texte précise que si le débiteur est une société, la peine pénale s'appliquera à ses propres dirigeants.

B - Délits commis par les participants au règlement préventif

109- L'article 15 du décret n° 129 punit d'une peine ne dépassant pas trois ans :

- toute personne qui n'est pas créancière mais qui participe aux discussions et au vote ;

- tout créancier qui s'entend avec le débiteur pour voter dans un certain sens en contrepartie d'avantages qui lui sont consentis ou pour porter préjudice aux autres créanciers ;

- tout contrôleur qui, volontairement, établit ou approuve des documents faux sur la situation du débiteur.

Conclusion de la Première Partie

110- Dans les deux systèmes, français et saoudien, le législateur met en place des procédures dont le but est d'éviter l'ouverture d'une procédure collective. En droit français, le système de l'alerte cherche à sensibiliser le débiteur sur sa situation et peut aboutir à des aides consenties par les autorités publiques ; quant à la procédure de conciliation, elle tend à parvenir à la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers. En droit saoudien, la conciliation amiable et le règlement préventif de la faillite ont aussi pour objectif d'éviter l'ouverture de la procédure collective.

Cette volonté d'éviter l'ouverture d'une telle procédure se justifie pleinement en droit saoudien dans lequel la procédure collective est une procédure de liquidation, autrement dit de disparition dans l'écrasante majorité des cas de l'entreprise alors qu'en droit français, deux des trois procédures collectives mises en place, la sauvegarde et le redressement judiciaire, cherchent elles aussi à sauver l'entreprise de la liquidation. Mais l'on trouve que, même en droit français, la prévention des difficultés est préférable à l'ouverture d'une procédure collective. Les explications sont multiples, même si elles tournent toutes autour de la même idée, celle d'éviter la disparition de l'entreprise et, avec elle, la richesse qu'elle peut créer et les licenciements que sa disparition provoquera. Est-ce à dire que la procédure collective ne puisse pas constituer une procédure appropriée pour sauver l'entreprise ? Nous aurons à répondre à cette interrogation dans les développements qui suivront. En attendant, nous pouvons penser que si l'on détecte tôt les difficultés de l'entreprise, on évitera qu'elle se retrouve en état de cessation des paiements, avec l'idée qu'un tel état rendra plus complexe et plus difficile la tentative de la sauver. Mais, si telle est la raison, comment expliquer qu'une procédure comme la conciliation en droit français puisse être mise en place alors que le débiteur peut déjà être en état de cessation des paiements ? Ou alors, il faudra admettre que la condition selon laquelle la cessation des paiements ne doit pas exister depuis plus de quarante-cinq jours permet d'espérer que la conciliation puisse atteindre ces objectifs alors qu'à défaut de cette procédure, le

débiteur hésitera à déclarer sa cessation des paiements, ce qui ne manquera pas d'aggraver sa situation. Le droit saoudien, quant à lui, préfère consacrer une nette distinction entre sauver l'entreprise par le recours à la conciliation amiable ou au règlement préventif et liquider l'entreprise par l'ouverture d'une procédure collective.

- 111-** Dans les deux droits, l'idée est la même et s'inspire de l'adage selon lequel « *mieux vaut soigner que guérir* ». La prévention de la procédure collective est celle qui permet de soigner l'entreprise et d'éviter d'avoir à la guérir, avec tous les aléas auxquels on se heurtera à cet effet. Il faut penser qu'en France, le système de l'alerte avec les procédures non contentieuses auxquelles il peut donner lieu (le mandat ad hoc et la conciliation) s'est révélé bénéfique et l'ordonnance du 12 mars 2014 en a tiré les conséquences puisque l'un de ses objectifs est précisément de faciliter l'anticipation de l'aggravation des difficultés.

Mais encore faut-il que le débiteur ait conscience de la situation dans laquelle il se trouve et de la nécessité que des mesures soient prises. C'est le but du système d'alerte en droit français, système qui oblige ou qui incite nombre de personnes à un véritable devoir d'information et de mise en garde au cas où le débiteur connaît de graves difficultés de nature à mettre en péril l'activité. Le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, les membres du personnel et même le président du tribunal jouent ce rôle. Ils peuvent alerter les instances « internes » de l'entreprise en demandant au chef d'entreprise de prendre les mesures nécessaires, de faire délibérer les organes de décision avec, à la clé, la possibilité de saisir le tribunal qui peut aller jusqu'à la mise en place d'une procédure collective. Le tribunal ou son président intervient aussi dans la procédure de conciliation. Le droit saoudien ne consacre pas le système de l'alerte et laisse au seul débiteur le soin de recourir à une procédure préventive. Dans la pratique, il est certain qu'il pourra être alerté sur la situation de son entreprise par ceux qui ont pour mission de contrôler sa comptabilité, voire par les salariés ou leurs représentants. Mais, aucun de ces derniers ne pourra s'adresser au tribunal pour que celui-ci prenne les mesures nécessaires à inciter le débiteur à œuvrer en vue de parvenir à une solution qui évite la procédure collective. Il n'en reste pas moins que le débiteur sait qu'en cas de carence de sa part à demander la mise en place

d'une conciliation amiable ou d'un règlement préventif, le risque de l'ouverture d'une procédure collective le guettera et une telle procédure ne lui permettra plus d'éviter la faillite et la liquidation avec toute la répression pénale qui l'accompagne. Mais, dans tous les cas, la confidentialité qui devrait entourer la situation du débiteur subit de graves atteintes, ce qui mettra inéluctablement le débiteur face à toutes les difficultés que la méfiance à l'égard de sa situation peut susciter auprès des tiers.

112- Malgré ce risque, mieux vaut pour le débiteur d'éviter l'ouverture d'une procédure collective, d'autant que, dans les deux systèmes juridiques, l'Etat met à la disposition du débiteur des organes destinés à l'assister et à l'aider à trouver une solution : en France, les autorités administratives et étatiques ou encore le tribunal ; en Arabie Saoudite, les comités constitués auprès des chambres de commerce et d'industrie et le tribunal des doléances. L'intervention de ces organes peut paraître déterminante pour convaincre les créanciers, notamment, en France, les créanciers publics, comme l'administration fiscale et les organismes sociaux, de consentir les sacrifices nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. Les remèdes ainsi mis en place peuvent sans doute être encore améliorés. Mais, la volonté de rechercher une solution amiable est bien affirmée dans les deux pays et, dans ces deux pays aussi, si l'ouverture d'une procédure collective paraît inéluctable, les autorités chargées de superviser la conclusion d'un accord sont suffisamment avisées pour s'en rendre compte et laisser s'ouvrir une telle procédure.

Pour autant, les différences entre les deux systèmes apparaissent clairement à travers l'organisation des procédures non contentieuses. Le droit français cherche sans doute à sauvegarder les intérêts des créanciers et oblige le débiteur à une collaboration étroite avec les autorités chargées de mettre en place et de diriger la procédure afin, notamment, que les intérêts des créanciers ne soient pas sacrifiés. Mais, en même temps, la réglementation cherche à protéger le débiteur contre ses créanciers. Il bénéficie d'aides de la part des autorités publiques sous peine que celles-ci soient accusées d'avoir créé une apparence de solvabilité de ce débiteur. Le législateur a poussé son souci d'aider ce dernier jusqu'à le décharger avec l'ordonnance du 12 mars 2014 de l'obligation de payer les frais des conseils

auxquels il est fait appel dans la mise en place de la procédure appropriée. Le législateur saoudien n'a qu'un seul souci : assurer la protection des créanciers et le débiteur n'échappera à la faillite que si les accords qu'il a conclus avec les créanciers sont respectés.

Deuxième Partie :

Les règles communes aux procédures collectives

113- Dans l'expression « procédure collective », chaque mot montre le particularisme de l'institution. Il s'agit d'une « procédure » en ce sens que l'on se trouve en présence d'un processus qui doit nécessairement se dérouler sous l'autorité d'un juge. Cette procédure est « collective » puisqu'il sera nécessaire de réunir tous les créanciers du débiteur dans une procédure unique, destinée à assurer tant bien que mal le paiement de leurs créances, dans le respect du principe de l'égalité. Nous avons vu qu'en droit français, la conciliation se suffit à l'intervention des « principaux créanciers » du débiteur. Il en est de même de la conciliation amiable et du règlement préventif du droit saoudien. Dans la procédure collective, normalement, tous les créanciers du débiteur, quels qu'ils soient, interviennent, sous une forme ou une autre, dans la procédure.

Le droit français antérieur à la loi du 26 juillet 2005 mettait en place deux procédures collectives seulement destinées toutes les deux à l'hypothèse dans laquelle le débiteur ne peut plus faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Le redressement judiciaire donnait lieu à une tentative de sauver l'entreprise et, si ce redressement n'était pas possible, le juge prononçait la liquidation judiciaire. Le législateur du 26 juillet 2005 a ajouté à ces procédures une autre, celle de la sauvegarde. Elle est mise en place lorsque le débiteur éprouve des difficultés telles qu'elles peuvent l'amener à une impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, c'est-à-dire à une situation irrémédiable de cessation des paiements. L'objectif semble être pratiquement le même que celui de la conclusion d'un accord dans la procédure de conciliation. Malgré tout, la procédure de sauvegarde a une ampleur autrement plus importante que celle de l'accord et peut donner lieu à un véritable plan de sauvegarde arrêté par le juge, plan global qui devrait normalement permettre à l'entreprise de se réorganiser afin de maintenir son exploitation et son activité.

De ce point de vue, la procédure de sauvegarde se rapproche beaucoup de celle du redressement judiciaire. Et ces deux procédures se distinguent nettement de la liquidation judiciaire puisque celle-ci, comme la définit l'article L. 640-1 du C. com. « *est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ». Même s'il présente des particularités qui le distinguent du droit français, c'est, notamment, à cet objectif de liquidation que tend le règlement saoudien n° 32 du 15 Moharram 1350 H. (2 juin 1931) dans ses articles 103 à 149.

Les conditions communes aux diverses procédures collectives en droit français et en droit saoudien sont celles qui sont relatives à l'ouverture de la procédure collective. Trois titres leur seront consacrés :

Titre 1 : Les conditions d'ouverture de la procédure collective

Titre 2 : La procédure d'ouverture

Titre 3 : Les organes de la procédure

Titre 1 :

Les conditions d'ouverture de la procédure collective

114- Le droit saoudien et le droit français se sont toujours montrés réticents à appliquer les règles sur les procédures collectives à tous les débiteurs. Ces derniers doivent présenter certaines qualités pour que leur situation permette l'ouverture, à leur égard, d'une procédure collective. Il y a donc deux conditions de l'ouverture de la procédure collective qui se rapportent l'une et l'autre au débiteur : celui-ci doit présenter certaines qualités et sa situation doit justifier l'ouverture de la procédure.

Chapitre 1 : Les qualités du débiteur

Chapitre 2 : La situation du débiteur

Chapitre 1 :

Les qualités du débiteur

115- En droit français, chacune des trois procédures mises en place est dotée d'un texte qui définit les personnes qui leur sont soumises : les articles L. 620-2 pour la sauvegarde, L. 631-2 pour le redressement judiciaire et L. 640-2 pour la liquidation judiciaire.

Mais, ces textes sont rédigés en termes identiques et énoncent que la procédure concernée *« est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »*.

En droit saoudien, la faillite est réservée aux seuls commerçants. Après avoir distingué trois sortes de faillites, la faillite réelle, la faillite par négligence et la faillite frauduleuse⁶⁷, les articles 105, 106 et 107 de la loi sur le tribunal de commerce précisent, chaque fois, que la procédure visée s'applique au « commerçant » qui s'est comporté de telle ou de telle autre manière.

Comme on le voit, les textes réservent la procédure à une certaine catégorie de personnes physiques et à une certaine catégorie de personnes morales. Les qualités du débiteur supposent donc que l'on vérifie quelles sont les personnes physiques et quelles sont les personnes morales qui peuvent être soumises à une procédure collective (Section 1).

Mais si le droit des procédures collectives constitue un « bloc » de dispositions applicables à tous les débiteurs qui lui sont soumis, il ne peut pas ignorer le particularisme que présentent certains débiteurs et qui appelle que soient élaborées des règles qui leur sont propres (Section 2).

⁶⁷ V. supra, n° 29 et s.

Section 1 :
Les personnes physiques et morales soumises au
droit des procédures collectives

§ 1 : Les personnes physiques

116- Les textes énumèrent avec précision les personnes physiques qui peuvent être soumises à une procédure collective. Les profondes divergences qui existent sur ce point entre le droit français et le droit saoudien imposent de les examiner distinctement.

A - Le droit français

117- Nous avons vu que les textes prennent un grand soin à énumérer les personnes physiques qui peuvent être soumises aux règles sur les procédures collectives. D'autres textes portent sur la question de savoir si ces personnes physiques doivent ou non être en activité au moment de l'ouverture de la procédure.

1 - L'énumération des personnes physiques

118- Une lente et constante évolution du droit français l'a amené à élargir le domaine d'application quant aux personnes des règles sur les procédures collectives. Cependant, il refuse jusqu'à maintenant d'appliquer ces règles à toutes les personnes physique et soumet les personnes qui ne sont pas soumises à ces règles à une réglementation propre, celle du surendettement des particuliers (art. L. 330-1 et s. du Code de la consommation). Cette réglementation tend à assurer « un désendettement durable des ménages », mettant en place une procédure applicable au débiteur de bonne foi dont la situation est irrémédiablement compromise et le but de cette réglementation est de parvenir à un « rétablissement personnel ». A cet effet, il prévoit la mise en place d'un plan de rétablissement qui peut aboutir à l'effacement des dettes. Le système qui est ainsi mis en place est assez proche de celui du droit des entreprises en difficulté. Mais, il reste foncièrement distinct de ce droit, ce qui a pour résultat que l'on se retrouve en présence de deux systèmes destinés aux personnes qui se trouvent dans une situation d'insolvabilité : le système du surendettement des particuliers et l'autre, celui des entreprises en difficulté⁶⁸.

Le législateur énumère longuement les personnes physiques qui peuvent être soumises à une procédure collective. Quand on relit la liste de ces personnes, on s'aperçoit que sont soumises à ces règles toutes les personnes physiques qui exercent une activité professionnelle.

⁶⁸ La situation est différente dans les Départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin. Le particularisme de ces Départements provient de l'histoire. Après la guerre de 1870, ils ont été soumis au droit allemand et, pour ce qui nous intéresse ici, ce droit consacrait ce que l'on appelle la faillite civile, autrement dit il appliquait la loi sur la faillite à tout le monde et non seulement aux commerçants. Après la première guerre mondiale, la France a rétabli sa souveraineté sur ces Départements. Mais, la loi du 1^{er} juin 1924 qui a introduit le droit français dans ces départements tout en maintenant en vigueur des lois allemandes. Ce fut le cas de la loi sur la faillite civile. Depuis, le droit français des entreprises en difficulté a lui-même beaucoup évolué. Cependant, les articles L. 670-1 et suivants du C. com. qui se trouvent sous un titre portant « *Dispositions dérogatoires particulières aux Départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin* » appliquent les dispositions de ce titre aux personnes physiques non visées par les dispositions de la loi du 26 juillet 2005, ce qui signifie que les personnes domiciliées dans ces Départements sont soumises aux règles sur les procédures collectives.

a) La personne qui exerce une activité commerciale

119- Le commerçant est celui qui se livre à titre habituel à des actes de commerce. L'exercice de cette activité est subordonné à la réalisation de certaines conditions et, pour comprendre l'application dans ce domaine de la réglementation sur les procédures collectives, il est nécessaire de vérifier quelles incidences peuvent avoir ces conditions sur l'ouverture de la procédure collective.

En effet, le législateur de 2005, s'inspirant du droit antérieur, avait soumis aux règles sur les procédures collectives ce qu'il avait appelé « le commerçant ». Il était donc légitime de vérifier si le débiteur commerçant remplissait les conditions légales pour répondre à cette qualification. Il y a d'abord la condition de l'immatriculation et la question s'était posée de savoir si une procédure collective pouvait être ouverte à l'égard d'une personne qui se livre à une activité commerciale sans respecter l'obligation d'immatriculation. A cette question, la jurisprudence a toujours répondu qu'une procédure collective peut être ouverte contre la personne qui se livre à une activité commerciale, même si cette personne n'a pas été immatriculée⁶⁹. Cependant, la procédure peut être ouverte dans ce cas à la demande des tiers seulement, autrement dit, cette personne elle-même ne peut pas se prévaloir de l'exercice de l'activité commerciale pour réclamer le bénéfice d'une procédure collective⁷⁰. Cependant, même s'il ne pouvait pas se prévaloir pour cette raison de sa qualité de commerçant, le débiteur pouvait toujours se prévaloir de sa qualité de « personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante » pour réclamer lui-même l'ouverture à son égard d'une procédure collective.

⁶⁹ V. com. 22 juin 1993, Bull. civ., IV, n° 264, D. 1993.Somm. 366, obs. Honorat ; sur la question, J. Vallansan, « *L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective* », Rev. Lamy dr. aff., supplément au n° 80, mars 2005, p. 12.

⁷⁰ La Cour de cassation a ainsi décidé qu'un commerçant non immatriculé ne peut pas demander lui-même le bénéfice de la procédure de redressement judiciaire, com. 25 mars 1997, D. 1997.Somm. 311, obs. Honorat D. Affaires 1997.541, Dr. soc. 1997, n° 81, obs. Chaput ; Defrénois 1998.248, obs. Le Cannu.

120- La capacité du commerçant est une autre condition relative à l'exercice du commerce. L'incapable ne peut pas se livrer à une activité commerciale, mais, s'il s'y livre, peut-il être placé dans une procédure collective ?⁷¹ Tout ce que l'on peut dire c'est que les textes issus de la loi du 26 juillet 2005 ne font pas référence à la condition de la capacité pour l'ouverture de la procédure et, il est probable, ici aussi, qu'un incapable qui se livre à une activité commerciale pourra toujours être assimilé à une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante et, dans cette analyse, la procédure collective trouvera à s'appliquer.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a modifié le texte pour remplacer le mot « commerçant » par l'expression « personne exerçant une activité commerciale », ce qui est de nature à supprimer les difficultés d'interprétation que suscitait l'ancienne rédaction du texte.

121- Il est nécessaire que la personne qui exerce une activité commerciale le fasse pour son propre compte. Une personne qui se livre à une activité commerciale pour le compte d'autrui n'est donc pas soumise au droit des procédures collectives. Ainsi, le dirigeant d'une personne morale n'exerce pas l'activité commerciale pour son propre compte⁷².

On se heurte à un problème particulier qui concerne l'exercice du commerce conjointement par plusieurs personnes. Est-il possible, dans ce cas, d'ouvrir une procédure collective à l'égard de toutes ces personnes ? La réponse à cette interrogation est fonction du degré d'indépendance dans l'exercice de l'activité. S'il y a une égalité entre toutes les personnes dans l'exercice de l'activité commerciale, aucune raison ne devrait s'opposer à l'application des règles des procédures collectives à l'égard de cette personne. En revanche, si l'une est placée dans un lien de subordination par rapport à l'autre, seule la personne qui exerce en

⁷¹ Pour un majeur sous tutelle, v. Versailles, 19 mai 1988, R.D. bancaire et bourse, 1988.35, obs. Dekeuwer-Defossez.

⁷² La Cour de cassation a décidé que l'associé d'une société en nom collectif a la qualité de commerçant mais, comme il n'exerce ni une activité commerciale ou artisanale, ni une activité professionnelle indépendante puisqu'il est salarié intérimaire, il n'est pas éligible à une procédure de redressement judiciaire : Paris, 6 juillet 2010, Rev. Sociétés, 2010.534, obs. Roussel Galle ; Bull. Joly, 2010.905, note F.-X. Lucas ; Rev. proc. coll. 2010, n° 210, obs. Saintourens.

toute indépendance l'activité commerciale pourra être soumise à la procédure. Ce problème se rencontre souvent lorsque des conjoints exercent une activité commerciale et, pour eux, on est obligé de vérifier si l'exploitation est égalitaire ou si l'une se trouve dans un lien de subordination à l'égard de l'autre⁷³.

b) La personne exerçant une activité artisanale

122- Ici aussi, le texte issu de la loi du 26 juillet 2005 visait l'artisan et l'on se posait la question de savoir ce qu'il en est de la personne qui exerce l'activité d'artisan sans qu'elle se soit fait immatriculer au répertoire des métiers et, à nouveau, la réponse devait probablement s'inspirer de celle qui a été donnée pour le commerçant⁷⁴. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé la difficulté puisqu'elle se réfère désormais à « la personne exerçant une activité artisanale ».

c) L'agriculteur

123- Les textes prévoient que la procédure s'applique « à tout agriculteur », ce qui a été interprété comme signifiant que l'essentiel est que l'intéressé exerce une activité agricole à titre habituel sans que cette activité soit nécessairement exercée à titre principal⁷⁵. Comme pour les personnes physiques qui exercent une activité commerciale, nous avons ici aussi une difficulté en cas de coexercice de l'activité agricole, comme c'est le cas lorsque deux époux se livrent à cette activité. Ici la tendance générale des tribunaux est de vérifier si les époux exercent en toute indépendance l'activité agricole ou si l'un d'eux se contente d'aider l'autre dans

⁷³ La Cour de cassation décide que la mention de l'épouse du commerçant mis en liquidation judiciaire au Registre du commerce et des sociétés en qualité de coexploitante du fonds de commerce ne constitue qu'une présomption simple de commercialité qui peut être combattue par la preuve contraire : com. 15 mars 2005, D. 2005, Pan. 2013, obs. F.-X. Lucas ; JCP E 2005, n° 49, p. 2098, note Léobon, Act. Proc. coll. 2005, n° 81, obs. Vallansan.

⁷⁴ V. Nancy, 13 mai 1987, Rev. proc. coll. 1988.35, obs. Didier, décidant que peut être mise en liquidation judiciaire la débitrice qui poursuit une activité artisanale sous son nom.

⁷⁵ V. Ph. Merle, RTDCom. 1989.122 et 535.

l'exploitation. Le simple fait pour l'un des conjoints d'un agriculteur d'aider l'autre dans les tâches agricoles ne lui confère pas la qualité d'agriculteur et, par voie de conséquence, une procédure collective ne peut pas être ouverte à son égard. Il en va autrement si ce conjoint accomplit en permanence des actes de gestion agricole⁷⁶.

d) La personne physique qui exerce une activité professionnelle indépendante

124- Il s'agit ici de l'une des principales innovations introduites par la loi du 26 juillet 2005 et qui a permis une extension considérable du domaine du droit des procédures collectives⁷⁷.

Au départ, l'idée du législateur était d'appliquer cette procédure à toute personne qui exerce une profession libérale, comme un avocat ou un médecin. Cependant, les professions libérales sont très variées. Par exemple, certaines d'entre elles sont soumises à un statut législatif ou réglementaire et même le titre est protégé. Il en est ainsi d'un avocat qui est obligé d'adhérer à l'ordre des avocats ou un médecin qui est obligé d'adhérer à l'ordre des médecins. Il y a des professions, comme le notaire ou l'huissier de justice qui sont titulaires d'une véritable charge. Le législateur a craint qu'il y ait des difficultés d'interprétation dans ce domaine et c'est la raison pour laquelle il a eu recours à une formule particulièrement large en précisant que la procédure est applicable « *à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé* ». Ainsi, il suffit qu'il y ait un exercice d'une activité professionnelle pour que la loi sur les procédures collectives trouve application. Cette formule est suffisamment large pour englober les personnes dont la situation pourrait susciter

⁷⁶ V. Caen, 16 mai 1991, JCP, 1992, VI.1303 et sur pourvoi en cassation, com. 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 145 ; Poitiers, 6 juill. 1995, Rev. dr. rur. oct. 1995, p. 100.

⁷⁷ B. Saintourens, « *Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 mai 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté* », Rev. proc. coll. 2009, p. 40 ; M.-H. Monsérié-Bon, « *Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires* », Rev. proc. coll. 2011, Dossier Colloque Toulouse, « *Le périmètre de la défaillance économique* », p. 61.

des doutes. Nous l'avons vu à propos des commerçants et des artisans qui exercent leur activité d'une manière irrégulière. On pourra soutenir qu'ils entrent dans la catégorie des personnes qui exercent une activité professionnelle indépendante pour les soumettre aux règles sur les procédures collectives.

Il n'en reste pas moins que les applications jurisprudentielles du texte montrent que la jurisprudence fait une interprétation assez stricte dans ce domaine⁷⁸.

2 - La situation d'activité du débiteur

125- La tendance naturelle est de considérer que celui à l'égard duquel une procédure collective peut être ouverte doit se livrer à une activité, autrement dit qu'il est en exercice, ce qui est le cas d'une personne qui exerce actuellement une activité commerciale. Il s'agit là, sans doute, de la situation la plus courante. Cependant, deux textes apportent des dérogations à cette règle générale : les articles L. 631-3 et L. 640-3 du Code de commerce.

Le contexte dans lequel se trouvent leurs dispositions nous permet de comprendre de quoi il s'agit : les articles L. 631-2 et L. 640-2 sont précisément les textes que nous venons d'étudier et qui énumèrent les personnes physiques auxquelles la procédure de redressement (pour l'article L. 631-2) ou de liquidation (pour l'article L. 640-2) est applicable. Les textes suivants (L. 631-3 et L. 640-3)

⁷⁸ La jurisprudence considère que le gérant d'une SARL qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce et ne peut donc être mis en redressement judiciaire : Com. 12 nov. 2008, Act. proc. coll. 2008, n° 310, obs. Regnaut-Moutier ; JCP E 2009.1023, note Lebel. De même, la jurisprudence considère que la seule qualité de gérante d'une société ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers : Civ. 2, 21 janv. 2010, RTDCom. 2010.437, obs. Paisant, JCP E 2010.1296, n° 2, obs. Pétel ; elle décide aussi que l'avocat qui a cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société civile professionnelle n'agit plus en son nom propre mais exerce ses fonctions au nom de la société et cesse dès lors d'exercer une activité professionnelle indépendante : com. 9 févr. 2010, RTDCom. 2010.391, obs. Monsérié-Bon, JCP 2010.602, note J.-J. Barbiéri.

ajoutent, dans des termes pratiquement identiques que la procédure de redressement ou de liquidation est également applicable aux mêmes personnes que celles qui sont énumérées dans les articles L. 631-2 et L. 640-2 après la cessation de leur activité professionnelle ainsi que leur décès.

Il convient de noter qu'aucun texte analogue n'existe pour la procédure de sauvegarde. Dans l'esprit du législateur, cette procédure ne doit donc trouver application que si la personne physique est toujours en activité. Ce sont seulement les procédures de redressement et de liquidation qui peuvent trouver application après la cessation de l'activité.

Les textes distinguent deux cas de figure : celui de la cessation de l'activité professionnelle (1) et celui du décès (2).

a - La cessation de l'activité professionnelle

126- Les alinéas 1^{er} des articles L. 631-3 et L. 640-3 du Code de commerce énoncent que la procédure de redressement ou de liquidation est applicable « après la cessation de l'activité professionnelle, si tout ou partie du passif provient de cette dernière ». Les seules conditions prévues par les textes sont donc les suivantes : il faut que l'activité ait déjà cessé et que le passif, en tout ou en partie, provienne de cette activité.

A priori, la première condition est aisément compréhensible : l'activité doit déjà avoir cessé, comme c'est le cas par exemple, d'une personne qui se livre à une activité commerciale, artisanale ou agricole et qui prend sa retraite⁷⁹. Mais, la cessation de l'activité peut être une conséquence du changement dans les modalités de son exercice. Ainsi, un avocat qui exerce son activité à titre

⁷⁹ Dans un avis du 17 sept. 2007, la Cour de cassation a rappelé qu'à compter du 1^{er} janv. 2006, une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être ouverte, sur le fondement de la loi du 26 juill. 2005, à la demande d'un professionnel ayant cessé son activité et qui n'est pas déjà soumis à une procédure collective, dès lors qu'il se trouve en état de cessation des paiements et que tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, peu important la date à laquelle il a cessé son activité (Bull. civ., n° 6 ; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 31, note Lebel ; Act. proc. coll. 2007, n° 212, obs. Jacquemont ; JCP E 2008.1207, n° 3, obs. Pétel ; Rev. proc. coll. 2008, n° 112, obs. Saintourens.

individuel et qui, par la suite, s'associe avec d'autres avocats au sein d'une société civile professionnelle : une procédure peut être ouverte à son égard pour la période au cours de laquelle il exerçait son activité à titre individuel.

La seconde condition se rapporte à la provenance du passif et, sur ce point, il suffit qu'une partie seulement de ce passif provienne de l'activité professionnelle afin que la procédure puisse être ouverte.

127- Les textes ne prévoient pas d'autres conditions. Mais, celles-ci seront certainement exigées si les règles applicables en général à la procédure envisagée les prévoient. Ainsi, dans la mesure où il n'est pas envisageable qu'une procédure de redressement ou de liquidation soit ouverte sans que le débiteur soit en état de cessation des paiements, cette condition doit également être vérifiée pour ouvrir une procédure collective à l'égard d'une personne ayant cessé son activité professionnelle. Toutefois, puisque les textes relatifs à la cessation de l'activité ne prévoient pas cette condition, il semble que la cessation des paiements doit exister au moment de l'ouverture de la procédure collective et non pas au moment de la cessation de l'activité. Ainsi, un commerçant qui prend sa retraite et deux ou trois ans après, son activité professionnelle fait l'objet d'un contrôle fiscal ou d'un contrôle par les administrations sociales et un redressement est décidé à son égard. Il se retrouve exposé, en raison de son activité professionnelle passée, à un paiement auquel il ne peut pas faire face, soit par ce que cette nouvelle dette le met directement en état de cessation des paiements, soit cette dette, ajoutée à d'autres dettes qu'il avait contractées, le met également en état de cessation des paiements.

128- L'ouverture même de la procédure est soumise à des conditions propres. Une distinction doit ainsi être faite selon que l'ouverture de la procédure est demandée par le débiteur ou non. Les articles L. 631-4 et L. 631-5 pour le redressement judiciaire ainsi que les articles L. 640-4 et L. 640-5 pour la liquidation judiciaire procèdent eux-mêmes à cette distinction.

Si la demande émane du débiteur, celui-ci doit la formuler dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, sauf si, dans ce même délai, il avait demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. S'il y a une procédure de conciliation en cours et si elle échoue et qu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur se trouve en cessation des paiements, le tribunal devra statuer sur l'ouverture de la procédure.

S'il n'y a pas une procédure de conciliation en cours, le tribunal pourra être saisi sur requête du ministère public ou sur l'assignation d'un créancier et cette assignation doit être exercée dans un délai d'un an dont le point de départ dépend des circonstances : un an qui suit la radiation du registre de commerce ou un an à compter de la cessation de l'activité s'il s'agit d'une personne physique qui exerçait une activité professionnelle.

b - Le décès

129- Pour le décès, les articles L. 631-3 et L. 640-3 sont plus explicites que pour la cessation de l'activité. Ils décident que lorsque l'une des personnes énumérées par l'article L. 631-2 ou par l'article L. 640-2 « est décédée en cessation des paiements », la procédure peut être ouverte.

Il résulte de ces textes que, contrairement à ce qui est prévu pour le cas de la cessation de l'activité, le législateur prévoit expressément que le décès doit être survenu à un moment où le débiteur était en état de cessation des paiements. La cessation des paiements doit exister au moment du décès.

La demande d'ouverture peut être faite par tout héritier, sans que le texte impose une condition de délai. Mais, l'on retrouve cette question de délai d'un an à compter de la date du décès pour que le tribunal soit saisi et ouvre la procédure collective. Cette condition de délai est imposée dans le cas où la demande d'ouverture émane d'un créancier ou du ministère public.

B - Le droit saoudien

130- L'article 103 de la loi sur le tribunal de commerce définit le failli comme « la personne dont les dettes excèdent les avoirs et qui ne parvient pas à payer ses dettes ». En lui-même, ce texte ne considère pas que les règles sur la faillite ne doivent s'appliquer qu'aux seuls commerçants. Cependant, il ne fait aucun doute que cette qualité est nécessaire à l'application des règles sur les procédures collectives. En effet, nous avons déjà vu que les trois textes qui définissent les diverses sortes de faillite en droit saoudien, à savoir l'article 105 qui définit la faillite réelle, l'article 106 qui définit la faillite par négligence et l'article 107 qui définit la faillite frauduleuse, se réfèrent tous les trois au « commerçant » qui se retrouve dans telle ou telle autre situation. La doctrine et la jurisprudence saoudiennes sont unanimement d'accord sur ce point⁸⁰.

Nous exposerons en premier lieu cette règle qui limite aux seuls commerçants l'ouverture d'une procédure collective (A) et nous verrons ensuite s'il est possible, en droit saoudien, de prendre en considération la situation d'activité du débiteur comme le fait le droit français (B).

1 - L'application des règles sur les procédures collectives aux seuls commerçants

131- Le droit saoudien est profondément attaché aux principes de la Chari'a. Il n'est pas exclu que l'application des règles sur les procédures collectives aux seuls commerçants s'inspire de la Chari'a. Après avoir tenté d'expliquer le système saoudien sur ce point (1), nous exposerons les conditions qui sont relatives à l'exercice de l'activité commerciale (2).

⁸⁰ A.R.S. Karman, op. cit., p. 312 ; S. Yahia, Précis de droit commercial saoudien, 3^e éd., éd. Société des librairies d'okaz, 1403 H. (1982), n° 110 ; Hamdallah H., Droit commercial saoudien – règlement du commerce saoudien, Djeddah, 1425 H. n° 73 ; Ghamedy A.H. et Hosseini, B.Y., Droit commercial, 2^e éd., n° 111 ; Cherif N.B.S. et Korchi Z.B.A., Droit commercial 1428 H. p. 107

a) L'explication de l'application des règles sur les procédures collectives aux seuls commerçants

132- Le droit saoudien consacre, comme c'est le cas du droit français, une série de règles relatives à la faillite et une autre série relatives, quant à elles, à l'insolvabilité des non-commerçants. Dans cette seconde série de règles nous retrouvons la notion d'Ihsär dominée par les versets coraniques qui incitent les créanciers à se montrer généreux à l'égard de leur débiteur en état d'Ihsär, de lui donner le temps suffisant pour retrouver meilleure fortune et même à abandonner leurs droits à son encontre⁸¹. En droit positif, l'Ihsär se traduit par une action en justice exercée soit par un créancier contre le débiteur soit directement à la demande de ce dernier et cette action peut avoir pour résultat que le tribunal déclare le débiteur en état d'Ihsär. La doctrine et la jurisprudence distinguent deux catégories d'Ihsär :

- l'Ihsär juridique qui correspond à cette situation dans laquelle les biens du débiteur ne suffisent pas à répondre à ses dettes exigibles ;

- un Ihsär réel qui correspond à la situation du débiteur dont les biens ne suffisent pas à combler ses dettes exigibles et futures.

Dans les deux cas, l'action d'Ihsär peut être exercée et peut aboutir, comme nous l'avons vu, à un jugement par lequel le tribunal déclare le débiteur en état d'Ihsär ou, si la preuve est rapportée que les biens du débiteur couvrent en réalité ses dettes, à la condamnation de ce débiteur au paiement⁸².

⁸¹ V. ces versets cités supra, n° 7.

⁸² Hicham Ben Abdel Malek Al Cheikh, « *La preuve de la solvabilité dans l'action en justice pour Ihsär* », Rev. Judiciaire, n° 5, Moharram 1434 H., p. 37 ; Ahmad Ben Abdallah Jaafari, « *Les règles de l'Ihsär dans la doctrine de droit musulman comparées au règlement du Royaume d'Arabie Saoudite* », Rev. Al Adl, n° 27, 1426 H., p. 112.

133- La philosophie des règles sur la faillite est toute différente. Tout commerçant se retrouve, dans la pratique, à la fois créancier et débiteur et, la plupart du temps, compte sur le recouvrement de ses créances pour payer ses propres dettes. Si un débiteur ne remplit pas ses engagements à son égard, il risque de le mettre directement en danger, ce qui sera de nature à menacer l'équilibre du marché économique. S'il est constaté que ce commerçant se retrouve dans un état équivalent à la cessation des paiements, les règles sur les procédures collectives s'appliqueront directement à lui et ces règles se révèlent particulièrement sévères, allant jusqu'à consacrer des peines pénales à l'égard de ces débiteurs. Ces règles ne sont pas adaptées à une personne qui n'exerce pas une activité commerciale et c'est la raison pour laquelle elles ne trouvent pas application en dehors du secteur commercial.

Nous verrons plus loin⁸³ que la qualité de commerçant se déduit d'un exercice effectif de l'activité commerciale. C'est la raison pour laquelle il revient au créancier poursuivant d'apporter la preuve que son débiteur exerce l'activité commerciale et il ne suffit pas pour apporter cette preuve de produire les documents qui émanent du débiteur ou son inscription sur un registre quelconque. Ces éléments n'apparaissent que comme simple élément de preuve soumis au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui doivent caractériser l'exercice effectif de l'activité commerciale par le débiteur concerné⁸⁴.

b) Les conditions relatives à l'exercice de l'activité commerciale

134- Comme nous venons de le voir, le débiteur à l'égard duquel une procédure collective va être ouverte doit exercer effectivement une activité commerciale (a) ; il doit l'exercer pour son propre compte (b) et être capable (c).

⁸³ V. infra, n° 135.

⁸⁴ V. Cass. Liban, 3 avr. 1956, Coll. Hatem, vol. 27, p. 22, n° 1.

L'exercice effectif d'une activité commerciale

135- Le caractère effectif de l'exercice d'une activité commerciale signifie que l'exercice doit être habituel. La vérification doit donc se faire au cas par cas et le jugement d'ouverture doit caractériser la qualité de commerçant du débiteur. Le défaut d'inscription au registre du commerce n'évitera pas l'ouverture de la procédure à l'égard d'un débiteur s'il est démontré que celui-ci exerce réellement l'activité commerciale⁸⁵.

Pour autant, l'exercice de l'activité commerciale ne doit pas être exclusif. Une personne sera considérée comme commerçante, soumise aux règles sur les procédures collectives, si elle exerce l'activité commerciale, même si elle exerce parallèlement d'une manière régulière une autre profession. Au Liban, la jurisprudence est allée encore plus loin et a considéré que les commerçants et les avocats peuvent être soumis aux règles sur les procédures collectives s'ils se livrent à une activité commerciale à titre habituel, alors même que cet exercice n'est pas régulier au regard des règles applicables à leur profession officielle⁸⁶.

136- Le droit saoudien ne distingue pas selon que l'activité commerciale exercée par le débiteur est importante ou non. La doctrine s'interroge sur la possibilité de transposer en droit saoudien les règles retenues dans d'autres législations des pays arabes selon lesquelles ceux qui se livrent à une activité commerciale de petite importance qui n'occasionne que des frais limités peuvent ne pas se voir appliquer à eux les règles sur les procédures collectives. Ainsi, le droit libanais considère que si le bilan du commerçant est modeste, des règles de liquidation simplifiées lui seraient applicables⁸⁷. Il semble que cette solution puisse être transposée en droit saoudien⁸⁸.

⁸⁵ Cass. Liban, 28 févr. 1963, Coll. Hatem, vol. 51, p. 18, n° 5.

⁸⁶ Cour d'appel de Beyrouth, 5 mars 1964, Coll. Hatem, vol. 56, p. 30, n° 7, énonçant : « *La qualité de fonctionnaire du débiteur ne s'oppose pas à la déclaration de sa faillite s'il s'est livré à une activité commerciale* ».

⁸⁷ Articles 630 et 631 du Code libanais de commerce.

⁸⁸ Cette solution a été retenue par le Tribunal des Doléances, n° 827/2/K pour 1415. V., en ce sens, Yahia, op. cit., n° 61 ; Ghamedi et Hosseini, op. cit., n° 84.

L'exercice de l'activité commerciale par le commerçant **pour son compte**

137- Pour être soumis aux règles sur les procédures collectives, le débiteur doit exercer l'activité commerciale pour son propre compte. Ainsi, ne peut pas être déclaré en faillite celui qui exerce le commerce au nom et pour le compte d'une autre personne, comme c'est le cas des salariés qui travaillent pour le compte d'un employeur.

Un débat s'est développé au sujet de l'exercice de l'activité commerciale par un prête-nom. Ainsi, un avocat ou un fonctionnaire qui ne peut pas se livrer à une activité commerciale fait exercer cette activité par une autre personne mais pour son propre compte. On considère dans ce cas que l'avocat ou le fonctionnaire peut être considéré comme commerçant soumis aux règles des procédures collectives. On a davantage discuté la question de savoir si ces règles s'appliquent à celui qui exerce l'activité commerciale pour le compte du premier. Ici aussi, il semble possible de s'inspirer de la jurisprudence libanaise en la matière qui considère que celui qui exerce en apparence l'activité commerciale se voit appliquer lui aussi les règles sur les procédures collectives⁸⁹.

La capacité du commerçant

138- Celui qui se livre à une activité commerciale doit avoir la capacité d'exercice, ayant atteint l'âge de dix-huit ans sans être frappé d'une mesure de protection⁹⁰. Le droit saoudien permet au tuteur de l'enfant, notamment son père, de demander qu'il soit émancipé et de lui permettre d'exercer l'activité commerciale. Dans ce cas, ce mineur sera considéré comme ayant la capacité suffisante permettant de le soumettre aux règles sur les procédures collectives⁹¹.

⁸⁹ Cour d'appel Beyrouth, 17 déc. 1957, Coll. Hatem, vol. 32, p. 20, n° 2.

⁹⁰ V., Trib. des Doléances, n° 784/3/M pour 1417.

⁹¹ En Egypte, la Cour de cassation a considéré que le majeur qui exerce une activité commerciale pour le compte d'un mineur ne peut pas être lui-même soumis aux règles sur les procédures collectives puisqu'il exerce l'activité commerciale pour le compte d'autrui ; ces règles ne s'appliquent pas non plus au mineur puisque son incapacité lui interdit d'être considéré comme commerçant : Cass. Egypte, 4 mars 1948, Rev. des avocats, vol. 92, p. 344.

2 - La situation d'activité du débiteur

139- Le droit saoudien ne prévoit pas la possibilité d'ouvrir une procédure collective au cas où le commerçant cesse son activité. Certains textes aménagent l'application des règles en cas de décès du débiteur. Mais, cet aménagement est loin d'être équivalent à la position du droit français en la matière. Il faut dire que l'application des règles sur les procédures collectives en cas de cessation d'activité ou de décès du débiteur n'était pas d'actualité lors de la promulgation du règlement n° 32 du 15 Moharram 1350 H., correspondant au 2 juin 1931 et dont les articles 103 à 149 réglementent la faillite.

Le seul texte consacré à la matière est l'article 135 de ce règlement qui prévoit que si un commerçant insolvable décède avant la déclaration de la faillite, le Tribunal de la Chari'a aura compétence pour saisir, partager et payer les dettes du débiteur sur ses biens. Le texte ajoute que si le débiteur décède après la déclaration de la faillite, le tribunal de commerce sera cette fois compétent pour saisir et vendre ses biens afin de payer les créanciers, ses héritiers n'ayant aucun droit sur ces biens. Là s'arrête la réglementation de cette question en droit saoudien, contrairement à l'état du droit dans d'autres pays arabes.

140- Au Liban, l'article 494 du Code de commerce décide que *« si le commerçant cesse son activité commerciale ou décède, sa faillite pourra être judiciairement déclarée dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle il avait cessé son activité commerciale ou de la date de son décès si l'état d'insolvabilité existait avant la cessation de l'activité ou le décès. Cependant, les héritiers du commerçant décédé ne peuvent pas demander sa mise en état de faillite »*. L'article 551 du Code égyptien de commerce ainsi que l'article 611 du Code syrien prévoient des dispositions analogues.

Il résulte de ces dispositions que deux conditions doivent être réunies pour déclarer la faillite du commerçant décédé :

- en premier, il est nécessaire d'établir que l'état d'insolvabilité existait avant le décès, ce qui a pour conséquence que ne pourra pas être déclaré en faillite celui qui avait payé ses dettes jusqu'au moment de son décès et peu importe à cet égard que les héritiers puissent ou non payer les dettes du défunt lors de la liquidation de la succession ;

- en second, il est nécessaire que la mise en faillite soit demandée dans un délai d'un an qui suit le décès afin de ne pas laisser le sort des héritiers suspendu pendant très longtemps au bon vouloir des créanciers⁹².

141- Les mêmes textes prévoient la possibilité d'ouvrir la faillite du commerçant qui cesse son activité commerciale, de crainte que la cessation de cette activité constitue, pour lui, le moyen d'éviter la faillite. Cependant, pour que celle-ci puisse être déclarée, le commerçant devait avoir cessé le paiement de ses dettes alors qu'il exerçait l'activité commerciale. Quant aux conditions de déclaration de la faillite, elles sont les mêmes que pour le commerçant décédé. En particulier, il est nécessaire que la demande de déclaration de la faillite soit présentée dans un délai d'un an à compter du jour de la cessation d'activité, peu importe la date à laquelle le commerçant a demandé sa radiation du registre du commerce ou de la vente de son entreprise. La situation est différente en Egypte, puisque l'article 551 du Code égyptien de commerce énonce, dans son premier alinéa, que le délai d'un an qui suit la cessation des paiements court à compter du jour de la radiation du nom du commerçant du registre de commerce.

⁹² En cas de décès du commerçant au cours de la procédure de déclaration de faillite, ses héritiers ne seront pas appelés à la procédure, mais ils peuvent y intervenir volontairement pour défendre les droits, notamment moraux, de leur auteur (Cour d'appel mixte d'Egypte, 3 avr. 1895, cité in Taha, op. cit., n° 432, p. 332, note 3). De même, il est interdit dans ce cas de déclarer la faillite des héritiers puisqu'il n'y a aucun lien entre le patrimoine du défunt et celui des héritiers si ces derniers se livrent eux-mêmes à l'exercice d'une activité commerciale après le décès de leur auteur, ils ne seront soumis aux règles sur les procédures collectives que s'ils cessent eux-mêmes de payer leurs propres dettes (Trib. d'Alexandrie, 5 déc. 1949, Rev. législative et judiciaire, vol. 3, p. 84).

142- Il n'y a rien de tel en droit saoudien et la doctrine⁹³ justifie la non-application des règles sur les procédures collectives au commerçant qui cesse son activité ou qui décède par l'idée que ces événements mettent fin à l'activité commerciale, alors que les textes exigent la vérification de cette qualité au moment de la demande d'ouverture de la procédure collective. Cette explication ne paraît pas convaincante. Dans les autres pays arabes, la qualité de commerçant est une condition nécessaire à l'application des règles sur les procédures collectives et, pourtant, les législations de ces pays ont pu concilier cette condition avec la possibilité d'ouvrir la procédure collective après la cessation de l'activité ou le décès. En effet, l'essentiel est que les dettes soient nées pendant l'exercice de l'activité commerciale et que leur non-paiement soit survenu durant cet exercice, peu important que la demande d'ouverture de la procédure collective ait été formée avant la cessation de l'activité ou le décès du débiteur. Il semble donc possible d'introduire en droit saoudien cette possibilité. Le fait que nous ne disposions pas d'un texte qui fixe le délai au cours duquel la demande d'ouverture doit être présentée n'est pas en lui-même un obstacle insurmontable à cette ouverture puisqu'il suffit d'imposer que la demande soit présentée dans un délai raisonnable.

La même discussion peut surgir au sujet des personnes morales.

⁹³ Karman, p. 316.

§ 2 : Les personnes morales

A - Le droit français

143- Les mêmes articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce énoncent que la procédure collective, la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire, peut être ouverte à l'égard « de toute personne morale de droit privé ».

Cette disposition est suffisamment large pour englober toutes les personnes morales, pourvu qu'elles soient de droit privé, ce qui signifie que les personnes morales de droit public ne sont pas soumises aux règles sur les procédures collectives. De même, certaines personnes morales sont expressément exclues du champ d'application des textes sur les procédures collectives, ce qui est le cas, pour citer cet exemple, des syndicats de copropriétaires. En effet, l'article 29-6 de la loi du 10 juillet 1965 sur le statut de la copropriété des immeubles bâtis exclut expressément les syndicats de copropriétaires de la procédure collective⁹⁴.

Puisque les textes visent les personnes morales, il est nécessaire que celles-ci bénéficient de la personnalité morale. Ainsi, une société en participation ne peut pas être soumise aux règles sur les procédures collectives puisqu'elle ne bénéficie pas de la personnalité morale⁹⁵. De même, une société qui n'a pas été inscrite au registre du commerce ne peut pas faire l'objet d'une procédure collective puisqu'elle n'a pas pu obtenir la personnalité morale⁹⁶. La question se

⁹⁴ V. H. Berthoud-Ribaute, « *Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective* », RTDCom. 2003.259. Il en est de même pour les sociétés coopératives, notamment les sociétés agricoles, les sociétés de construction, les sociétés titulaires d'un office. Les règles sur les procédures collectives s'appliquent aussi aux GIE (Cass. com., 6 mars 1990, Dr. soc. 1990, n° 173), les associations (Cass. com., 5 juill. 2005, RJDA, 2006, n° 666), les syndicats professionnels (Cass. com., 16 mars 2010, Dr. soc. juill. 2010, 149, p. 41, obs. J.-P. Legros).

⁹⁵ V. Cass. civ., 21 oct. 1941, S. 1943.I.15.

⁹⁶ V. Hallouin, « *Les sociétés non immatriculées face au redressement judiciaire* », JCP 1989.II.15416.

pose aussi dans le cas de la nullité d'une société. En effet, il résulte de l'article 1844-15 du Code civil que la nullité d'une société met fin à celle-ci avec cette précision que cette nullité n'a pas un effet rétroactif. Il s'ensuit qu'une procédure collective peut être ouverte à l'égard d'une société même si sa nullité est prononcée.

- 144-** Comme pour les personnes physiques, il faut envisager l'hypothèse d'une société qui cesse son activité. Les mêmes articles L. 631-5 et L. 640-5 prévoient que l'assignation d'une personne morale en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation doit intervenir dans l'année qui suit la radiation du registre de commerce et des sociétés.

Sous réserve de ces précisions, toutes les personnes morales de droit privé peuvent être soumises aux règles sur les procédures commerciales, que la personne morale est un objet civil ou commercial, qu'il s'agisse d'une association, d'un syndicat professionnel ou d'une société. Sur ce point aussi, le droit saoudien marque son originalité par rapport au droit français.

B - Le droit saoudien

- 145-** L'exigence dans les textes saoudiens de la qualité de commerçant se retrouve pour les personnes morales aussi. Pour que celles-ci puissent être soumises aux règles sur les procédures collectives, il est nécessaire qu'elles soient commerciales, en ce sens qu'elles se livrent «à titre habituel à l'activité commerciale». L'on retrouve ainsi le même critère de la commercialité que pour les personnes physiques et ce critère est celui de l'exercice de l'activité commerciale⁹⁷. Sur ce point, le droit saoudien semble diverger du droit égyptien et du droit libanais dans la mesure où ces derniers retiennent comme critère la forme de la société : si celle-ci prend une forme commerciale, elle sera soumise

⁹⁷ V. Saïd Yahia, Précis de droit commercial saoudien, éd. 1403 H. (1982), éd. Okaz, n° 110 ; Hamd Allah Mohammad Hamd Allah, Le droit commercial saoudien, éd. Ichrakat, Djeddah, 1425, n° 73 ; Abdel Hadi Al Ghamdi et Ben Younes Hosseini, Droit commercial, 2^e éd. n° 111 ; Nayef Ben Soltan Al Charif et Zyad Ben Ahmad Al Karchi, Droit commercial, éd. 1428, p. 107.

aux règles sur les procédures collectives ; elle ne le sera pas si elle prend une forme civile, le tout sans tenir compte de l'activité à laquelle se livre la société (art. 663, § 1 du Code libanais de commerce).

Si les associés ont la qualité de commerçant et sont tenus solidairement avec la société des dettes sociales, ils seront, eux aussi, soumis aux règles sur les procédures collectives et une faillite ouverte à l'égard de la société signifie l'ouverture de leur propre faillite. C'est le cas dans des sociétés comme les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple.

146- Dans la mesure où ces associés sont tenus solidairement des dettes sociales avec la société, ils seront eux-mêmes condamnés au même titre que la société. Une pluralité de faillites sera ainsi mise en place, même s'il faut considérer que chacune d'elles est indépendante des autres et a une existence propre. La faillite de la société englobe les biens de cette dernière ainsi que les biens des divers associés⁹⁸. Un conflit risque alors de surgir entre les créanciers de la société et les créanciers de chacun des associés. La doctrine préconise dans ce cas que les créanciers de la société exercent leurs droits à la fois sur les biens de la société et sur les biens des divers associés, alors que les créanciers d'un associé n'exercent leurs droits que sur les seuls biens de ce dernier⁹⁹.

Si la faillite des sociétés en nom collectif ou en commandite simple emporte la faillite des associés, l'inverse n'est pas vrai : la faillite de l'un des associés pour dettes personnelles n'emporte pas faillite de la société puisque celle-ci n'est pas responsable des dettes d'un associé et puisque, aussi, les autres associés peuvent remplir eux-mêmes les obligations de la société. Mais, la faillite d'un associé emporte dissolution de la société¹⁰⁰.

⁹⁸ V. Mansour, « *La faillite des sociétés et ses effets en jurisprudence et en droit* », Thèse préc., Tome I, p. 328 et s.

⁹⁹ Taha, op. cit., n° 419, p. 317.

¹⁰⁰ En ce sens, Taha, op. cit., n° 419, p. 318.

Les mêmes règles sur les procédures collectives sont applicables aux sociétés frappées de nullité. Une telle société a pu exercer son activité pendant un certain temps et pourra alors être considérée comme une société de fait, ce qui permet, selon l'opinion dominante, que sa faillite puisse être déclarée¹⁰¹.

Section 2 :

L'adaptation des règles sur les procédures collectives au particularisme du débiteur

147- Il est difficile que les mêmes règles sur les procédures collectives puissent s'appliquer à un commerçant personne physique qui exploite un commerce de petite ou de moyenne taille et à un établissement de crédit ou à une entreprise d'assurance. Mais il est tout aussi difficile et même inopportun d'instituer une procédure collective pour chaque catégorie de débiteur.

Le droit européen de l'insolvabilité a adopté une position différente. En effet, le règlement n°1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité prévoit dans son article 1^{er}, paragraphe 2, qu'il ne s'applique pas dans certains domaines, en particulier aux procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, de même qu'aux entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers ainsi qu'aux organismes de placements collectifs. Le considérant n° 9 du règlement n° 1346/2000 en donne l'explication : ces entreprises sont exclues du domaine d'application du règlement parce qu'elles sont soumises à un régime particulier et que les autorités de contrôle nationales disposent à leur égard de pouvoirs d'intervention très étendus. D'ailleurs, le droit

¹⁰¹ V. Mansour, op. cit., Tome I, p. 324 ; Taha, op. cit., n° 419, p. 320.

européen a élaboré des règles propres à certains de ces débiteurs exclus du champ d'application du règlement n° 1346/2000. Ainsi, une directive du 19 mars 2001 concerne l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance et une autre directive du 4 avril 2001 concerne l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.

En droit interne, le législateur refuse de suivre ce programme. Il a opté pour une solution de compromis : après avoir organisé les procédures collectives pour toutes les personnes qui leur sont soumises, il a apporté des adaptations qui lui ont paru nécessaires en raison de la personnalité du débiteur.

§ 1 : Le droit français

148- Le droit français offre de nombreuses illustrations des adaptations des règles au particularisme du débiteur. Nous en verrons ici deux : les règles applicables à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (A) et les règles applicables aux établissements de crédit (B).

A - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)

149- Le statut de l'EIRL a été fixé par la loi du 15 juin 2010¹⁰². Cette loi a été perçue comme dérogeant au principe de l'unité du patrimoine¹⁰³. La particularité de cette loi est de permettre à l'entrepreneur individuel d'affecter « *à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel* »¹⁰⁴. Il peut affecter à cette activité des biens, droits, obligations ou sûretés, mais, comme le précise l'article L. 526-6, al. 2, C. com., « *un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté. Une*

¹⁰² F. Terré, La personne et ses patrimoines ou l'EIRL, JCP E.2011.1011 et, du même auteur, EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Litec 2011 ; B. Saintourens, Rev. Sociétés 2010.351

¹⁰³ V. Ph. Merle, Droit commercial – Sociétés commerciales, 16^e éd., 2013, Dalloz, n° 6-2

¹⁰⁴ Ph. Merle, *ibid.*

déclaration d'affectation doit être déposée et cette déclaration est opposable aux créanciers dont la créance est née à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ».

Très vite, le législateur est intervenu avec l'ordonnance du 9 décembre 2010 pour adapter à l'EIRL les règles sur les entreprises en difficulté. Cette ordonnance a introduit un Titre VIII au Livre VI C. com. intitulé « *Dispositions particulières à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* ». L'article L. 680-1 C. com. par lequel débute ce Titre envisage le cas où le même entrepreneur affecte des biens à plusieurs patrimoines et décide que lorsque les dispositions sur les procédures collectives sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par cet entrepreneur, elles le sont patrimoine par patrimoine¹⁰⁵. Les textes suivants (art. L. 680-2 et s.) donnent une « *grille de lecture* » des textes du Livre VI¹⁰⁶. Ainsi, l'article L. 680-2 décide que les règles sur les procédures collectives qui intéressent la situation économique ou les biens, droits ou obligations du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée doivent, sauf dispositions contraires, être prises comme visant les éléments du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté. L'article L. 680-3 ajoute que les mêmes règles qui intéressent les droits ou obligations des créanciers du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée s'appliquent, sauf dispositions contraires, dans les limites du seul patrimoine affecté à l'exercice en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté.

¹⁰⁵ C. Saint-Alary-Houin et J.-L. Mercier, « *L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL* », Gaz. Pal. 18-19 mai 2011, p. 33 ; F.-X. Lucas, « *L'EIRL en difficulté* », LPA 28 avr. 2011, n° 84, p. 39.

¹⁰⁶ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 94-13.

B - Les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement et les entreprises d'investissement en difficulté

150- L'ordonnance du 21 janvier 2010, modifiée par la loi du 28 janvier 2013, réserve un traitement particulier aux difficultés que connaissent les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement et les entreprises d'investissement. La réglementation se trouve aux articles L. 613-24 et suivants du Code monétaire et financier. Pour toutes ces personnes, l'Autorité de contrôle prudentiel peut, si elles connaissent des difficultés, nommer un liquidateur auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale. Lorsqu'un administrateur provisoire ou un liquidateur a été nommé auprès d'un établissement de crédit, l'Autorité de contrôle prudentiel peut saisir le tribunal de grande instance afin que, lorsqu'elle estime que l'intérêt des déposants le justifie, soit ordonnée la cession des actions détenues par les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, de cet établissement. Elle peut aussi se voir attribuer le droit de vote. L'article L. 613-26 décide que, par dérogation à l'article L. 631-1 du Code de commerce, sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché.

La structure importante de ces personnes morales autant que le souci du législateur de protéger les épargnants incitent celui-ci à prendre à leur égard des mesures particulières qui dérogent au droit commun ou qui le complètent. Le particularisme que présente le débiteur justifie de telles dérogations.

§ 2 : Le droit saoudien

151- L'adaptation du droit saoudien au particularisme des débiteurs s'avère encore plus délicate dans la mesure où la loi sur la faillite date du 2 juin 1931 et n'a pas été réformée depuis.

La question qui occupe depuis longtemps la doctrine saoudienne est d'appliquer les dispositions de cette loi aux personnes morales alors qu'elle était manifestement destinée à régir la faillite des personnes physiques. D'ailleurs, dans un système juridique qui s'inspire étroitement des enseignements du droit musulman, on a dû certainement être impressionné par l'absence, dans les diverses Ecoles de droit musulman, d'une étude approfondie de la faillite des personnes morales tant la notion même de personnalité morale ne semblait pas avoir été réellement dégagée. Dans le droit musulman classique, les diverses sociétés étaient des sociétés de personnes, fondées sur la responsabilité des associés eux-mêmes et leur solidarité pour supporter les dettes auxquelles eux-mêmes ou la société étaient tenus. Les auteurs classiques traitaient carrément de la faillite des associés alors que, s'agissant de la société elle-même, ils faisaient état seulement des « pertes » qu'elle subissait. On en déduisait que la société elle-même ne devait pas être déclarée en faillite et seuls les associés devaient l'être¹⁰⁷. Les auteurs ne prenaient d'ailleurs pas la peine de définir ce qu'ils entendaient par les « pertes » subies par la société, même s'il est possible de dégager de leurs écrits quelques idées générales comme celle qui permet de qualifier de perte la disparition d'une partie importante du capital de la société ou de l'absorption de ce capital par son passif¹⁰⁸.

152- Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les textes saoudiens sur la faillite ne prévoient pas la faillite des sociétés. Tout au plus, l'article 110 de la loi prévoit-il que si une société en commandite est déclarée en faillite, les biens de tous ses associés seront saisis en tant que responsables et tenus solidairement des dettes de la société. Mais, aucune autre disposition ne vise les autres formes de sociétés, notamment les plus importantes d'entre elles, comme les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée. Aucune autre disposition non plus ne vise les cas importants de faillites, comme les faillites bancaires ou les faillites des entreprises d'assurance.

¹⁰⁷ A.M. Mansour, Tome 1, p. 62 ; V. aussi, Babli, H., Etude de droit commercial saoudien, p. 134 et, du même auteur, Précis de droit commercial saoudien, op. cit., p. 119 ; Younes, Principe de droit commercial, p. 210 et s.

¹⁰⁸ V. E. Nassif, Encyclopédie de droit commercial, 4/401.

Dans la réglementation des sociétés commerciales, nous trouvons quelques dispositions relatives à leurs faillites. Ainsi, l'article 189 nouveau de la loi sur les sociétés précise que si les pertes d'une société à responsabilité limitée atteignent la moitié de son capital, les dirigeants de la société doivent convoquer les autres associés dans un délai de trente jours à compter de la réalisation de la perte afin qu'ils décident de la continuation de la société en payant ses dettes ou de sa dissolution. Si la société décide de continuer son activité sans paiement des dettes, les associés seront personnellement et solidairement responsables de ces dettes et le Ministre du commerce et de l'économie ou toute autre personne intéressée pourra demander la dissolution de cette société. On retrouve des dispositions analogues pour les sociétés anonymes¹⁰⁹.

Là s'arrête le particularisme de la faillite des personnes morales. Pour le reste, application sera faite des règles de droit commun, qu'il s'agisse de la continuation de l'activité commerciale de la société, de la protection de ses créanciers, avec l'interdiction qui lui est faite de disposer de ses biens et de dissiper ses avoirs. Ces questions seront examinées plus loin dans l'étude de l'ouverture de la procédure et de ses effets.

¹⁰⁹ V., en ce sens, Tribunal des doléances, n° 646/11 du 27.10.1410 H. ; 59/11 du 18.11.1410 H.

Conclusion du Chapitre 1

153- Le droit français et le droit saoudien refusent d'appliquer les règles sur les procédures collectives à tous les débiteurs. Il leur a fallu énumérer dans la plus grande précision ceux qui leur sont soumis. Le droit saoudien montre une certaine constance dans la mesure où il n'applique ces règles qu'aux personnes physiques ou morales qui exercent une activité commerciale. La logique de ce système se trouve dans la finalité des règles applicables : les règles sur la faillite sont destinées à assainir le marché économique et à en soustraire ceux qui n'arrivent pas à s'adapter à la rigueur de son fonctionnement. La répression caractérise la réglementation et cette répression n'est pas toujours adaptée à la situation que les particuliers non commerçants peuvent connaître. Pour eux, la théorie de l'I'hsār permet de faire bénéficier ceux d'entre eux qui se révèlent être les plus dignes de la protection qui leur permet de redresser leur situation sans pour autant sacrifier les intérêts de leurs créanciers.

Le droit français, après avoir longtemps réservé lui aussi les règles sur la faillite aux seuls commerçants, a choisi, surtout depuis la loi du 13 juillet 1967, d'élargir petit à petit leur champ d'application personnel pour leur soumettre toutes les personnes physiques ou morales qui exercent une activité professionnelle. Il faut dire que la philosophie du droit français des procédures collectives est bien différente de celle du droit saoudien. Le droit français a pour but de faire face à une situation soit pour éviter que le débiteur se retrouve dans une cessation des paiements, soit pour traiter cette cessation des paiements, mais, dans tous les cas, la réglementation est loin d'être répressive. Elle cherche davantage à soigner qu'à réprimer. De là vient la nécessité de faire bénéficier le plus possible de personnes de la réglementation.

Mais cette explication suscite une autre interrogation puisqu'il ne reste plus qu'une frange de la société qui ne leur est pas soumise, à savoir les personnes physiques que l'on peut appeler les « consommateurs » ou, pour leur donner une dénomination négative, celles qui « n'exercent pas une activité professionnelle ».

Ces personnes sont soumises au système du surendettement des particuliers. On peut discuter ce découpage tant on peut se demander quelle différence existe-t-il entre un artisan personne physique et un salarié qui n'arrivent pas l'un et l'autre à surmonter les difficultés financières qu'ils rencontrent. Leurs situations sont-elles si profondément différente pour qu'elles soient soumises à deux séries de réglementations différentes ?

Dans les deux systèmes, le corps de règles applicables aux procédures collectives est le même, quel que soit le débiteur qui leur est soumis ou la taille de son entreprise. Il n'est ni possible, ni d'ailleurs opportun, de dégager des règles propres pour chaque catégorie de débiteurs. Mais, le législateur se ménage la possibilité de prévoir des règles spéciales qui adaptent la réglementation générale à certains cas particuliers, comme c'est le cas en France pour l'EIRL ou pour les établissements de crédit et assimilés ou encore en Arabie saoudite pour les sociétés commerciales.

Chapitre 2 - La situation du débiteur

154- Toute la philosophie des procédures collectives repose sur un constat qui n'est autre que les difficultés dans lesquelles l'entreprise se trouve. Traditionnellement, ces difficultés se traduisent en droit français par une notion qui occupe une place centrale dans le droit des procédures collectives, il s'agit de la notion de cessation des paiements. La cessation des paiements est une situation qui correspond au débiteur. Mais, celui-ci peut être en relation plus ou moins étroite avec d'autres entreprises et l'état de cessation des paiements dans lequel il se trouve peut rejaillir sur ces autres entreprises. Dans ce cas, la procédure ouverte à l'égard de ce débiteur peut être étendue aux autres entreprises qui se retrouvent, en fait, dans la même situation que lui. Sur ces deux points, le droit saoudien manifeste son originalité et consacre des notions qui lui sont propres.

Nous examinerons la cessation des paiements et l'extension de la procédure collective d'abord en droit français et ensuite en droit saoudien.

Section 1 - Le droit français

§ 1 : La cessation des paiements

155- Avant la loi du 26 juillet 2005, l'état de cessation des paiements du débiteur constituait le critère essentiel dans la détermination de la procédure qui devait être mise en place : avant que le débiteur se trouve dans cet état, tout en éprouvant des difficultés sérieuses, seul recevait application le traitement amiable des difficultés ; mais, une fois que l'état de cessation des paiements se réalise, le traitement se faisait uniquement par l'ouverture d'une procédure collective.

La loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 février 2008 ont gardé, en grande partie, ce critère, sauf qu'elles lui ont apporté des nuances assez importantes en ce sens que l'ouverture du redressement et de la liquidation judiciaires continue à être subordonnée à l'existence d'un état de cessation des paiements, mais, le traitement par la conciliation et par la procédure de sauvegarde peut, lui aussi, dépendre de cet état. Il devient donc essentiel d'être fixé sur le rôle de la cessation des paiements qui suppose, au préalable, que l'on en cerne la notion.

A - La notion de cessation des paiements

156- La notion de cessation des paiements se retrouve dans tous les textes sur les procédures collectives. Ainsi, l'article L. 631-1 C. com. énonce : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en état de cessation des paiements* ». De même, l'article L. 640-1 précise que la procédure de liquidation judiciaire est ouverte à tout débiteur « *en cessation des paiements* ». Même l'article L. 620-1 sur la procédure de sauvegarde précise que celle-ci est « *ouverte sur demande d'un débiteur ... qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ». De nombreux textes se réfèrent donc à cette notion, même s'il revient à l'article L. 631-1 d'en préciser les conditions. Celles-ci ne sont pas la création de la loi de 2005. La notion de cessation des paiements existe depuis fort longtemps et avait été forgée au départ par la jurisprudence¹¹⁰.

¹¹⁰ La notion de cessation des paiements a donné lieu à une littérature particulièrement abondante. V. en particulier, J.-P. Marty, « *De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles* », in La loi du 25 janv. 1985 a vingt ans ! Entre bilan et réforme, Lamy Dr. aff., suppl. au n° 80, mars 2005, p. 21 ; G. Berthelot, « *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible* », JCP E 2008.I.2232 ; B. Grelon, « *Prévention et cessation des paiements* », in Mélanges Tricot, Dalloz-Litec 2011, p. 422.

Il résulte des indications données par l'article L. 631-1 que trois conditions doivent être réunies pour que le débiteur soit considéré en état de cessation des paiements : une « impossibilité » de faire face au « passif exigible » et cela avec « l'actif disponible ».

1 - L'impossibilité

157- A priori, cette impossibilité se trouverait dans l'incapacité pour le débiteur de régler ses dettes et, normalement, on doit comparer si le passif exigible dépasse l'actif disponible. Mais, en réalité, il n'a jamais été aisé de comprendre avec précision quand une telle impossibilité existe. Par exemple, existe-t-elle dans l'hypothèse où le débiteur pourrait recourir à un procédé de financement, tel l'emprunt, pour payer ses dettes ?¹¹¹ Le recours à un procédé de financement ne serait peut-être pas la solution s'il s'avère particulièrement onéreux et le débiteur sera considéré en état de cessation des paiements même s'il ne recourt pas à ce procédé alors qu'il aurait pu théoriquement le faire. De même, pour définir l'impossibilité, la jurisprudence la distingue de ce que l'on appelle le déficit et la Cour de cassation considère qu'il ne suffit pas de constater l'existence d'un résultat déficitaire pour induire que le débiteur se trouve en état de cessation des paiements. Le déficit est ce résultat qui fait apparaître à un certain moment que les charges sont supérieures aux produits de l'entreprise à un point tel que le débiteur est obligé de faire appel à ses fonds propres pour le combler. Cela ne suffit pas pour caractériser une cessation de paiements¹¹².

¹¹¹ V. Cass. com., 24 mars 2004, D. 2004. Act. jur. 1022 ; Cass. Com., 22 janv. 2002, RJDA 2002, n° 416.

¹¹² Cass. com., 2 févr. 1999, RJDA 1999, n° 438 ; Act. proc. coll. 1999, n° 76. Com. 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 343.

158- De même, il faut distinguer l'état de cessation des paiements du défaut de paiement d'une dette exigible¹¹³. En effet, le non-paiement d'une dette échue n'est ni une condition nécessaire, ni une condition suffisante pour caractériser l'état de cessation des paiements puisqu'un débiteur peut refuser de payer une dette pour diverses raisons. Ce n'est pas pour autant qu'il doit être considéré en état de cessation des paiements. De même, il peut être en état de cessation des paiements avant l'échéance d'une dette déterminée. En outre, même si le débiteur paie des dettes qui sont échues, ce n'est pas pour autant qu'il se trouve dans une situation financière acceptable : il peut emprunter à l'un pour payer l'autre, ainsi, il n'apparaît pas aux yeux de ses créanciers comme étant déjà en état de cessation des paiements alors qu'en réalité il l'est.

La notion d'impossibilité doit donc être appréhendée avec beaucoup de réalisme et les tribunaux exigent de celui qui demande l'ouverture d'une procédure collective de prouver lui-même l'existence de cette impossibilité.

2 - Le passif exigible

159- Comme cette expression l'indique, il est nécessaire de vérifier les dettes qui sont échues au moment où l'ouverture de la procédure collective est demandée. Ici, on doit aborder cette notion avec réalisme. On exige que les dettes soient certaines et liquides¹¹⁴. Cependant, même ces critères sont source de difficulté. Par exemple, doit-on prendre en considération une dette qui est déjà échue mais dont le paiement immédiat n'est pas exigé par le créancier ? On observe que la loi exige que le passif soit exigible et non pas qu'il soit exigé. En d'autres termes, une telle créance qui est déjà exigible doit être comptabilisée pour vérifier s'il y a une cessation des paiements alors même que le créancier n'en demande pas le

¹¹³ V. Cass. com., 25 nov. 2008, Gaz. Pal. 26-28 avr. 2009, p. 15, obs. Lebel ; Com., 22 févr. 1994, Bull. civ. IV, n° 75 ; JCP E 1994.I.394, n° 1, obs. Pétel.

¹¹⁴ Sur ce que l'existence d'un moratoire fait disparaître le caractère d'exigibilité, v. B. Grelon, « *Prévention et cessation des paiements* », Mélanges Tricot, préc., p. 422 et les références.

paiement immédiat. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a ajouté une précision à l'article L. 631-1 selon laquelle, le débiteur qui établit que « *les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ».

3 – L'actif disponible

160- L'actif disponible devrait englober tous les fonds dont le débiteur peut disposer dans l'immédiat, par exemple ses fonds propres, ceux qui figurent sur ses comptes bancaires et même ceux qu'il peut réaliser très rapidement. On peut aussi ajouter les réserves de crédit, c'est-à-dire les possibilités qu'il a de recourir à un crédit normal. La même ordonnance du 18 décembre 2008 a précisé aussi que le débiteur qui établit que ses « *réserves de crédit* » lui permettent de faire face à son passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La jurisprudence nous donne des illustrations assez nombreuses de cette notion d'actif disponible. Par exemple, elle estime qu'un débiteur qui possède des immeubles qui ne sont pas encore vendus ne peut pas être considéré comme ayant un actif disponible¹¹⁵. De même, ne sera pas pris en considération dans le calcul de l'actif disponible le prix d'acquisition du fonds de commerce ou encore le montant des travaux réalisés dans les lieux, pas plus que la valeur du stock de marchandises ou encore les participations dans d'autres sociétés¹¹⁶. En revanche, on doit prendre en considération dans le calcul de l'actif disponible le produit de la vente d'un fonds de commerce même si le prix est consigné entre les mains d'un tiers afin de désintéresser des créanciers qui ont fait opposition à l'aliénation du fonds¹¹⁷.

¹¹⁵ Com. 27 févr. 2007, JCP E 2007.1833, note Roussel-Galle ; ibid. 2119, n° 1, obs. Pétel ; Gaz. Pal. 13-14 avr. 2007, p. 21, obs. Lebel.

¹¹⁶ Com. 17 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 152 ; Com. 20 juin 1995, Dr. Sociétés 1995, n° 162, obs. Chaput ; Com. 25 nov. 1997, Bull. civ. IV, n° 303.

¹¹⁷ Aix-en-Provence, 19 nov. 1998, Rev. proc. coll. 2000.49, obs. Deleneuve.

161- Il résulte de ces développements que les éléments constitutifs de la notion de cessation des paiements ne sont pas toujours faciles à cerner même s'il demeure nécessaire d'en faire une approche réaliste. La Cour de cassation se montre particulièrement exigeante sur la nécessité de les caractériser. Elles sont sur les juges du fonds qui retiennent la cessation de paiements sans caractériser l'une de ses composantes et, comme nous l'avons vu, imposent à celui qui demande l'ouverture de la procédure collective d'apporter lui-même la preuve de la réunion des conditions de la cessation de paiements¹¹⁸. L'explication de cette sévérité dont fait preuve la Cour de cassation se trouve dans le rôle particulièrement énergique que joue la notion de cessation des paiements.

B - Le rôle de la cessation des paiements

162- La cessation des paiements est présente dans tout le droit des entreprises en difficulté. Dans la procédure de conciliation, l'article L. 611-4 C. com. prévoit que cette procédure bénéficie aux personnes qui ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours et nous avons vu aussi que ce délai était relativement court afin que le débiteur ne se trouve pas dans une situation irrémédiablement compromise et d'assurer à la procédure une chance d'aboutir à sauver l'entreprise. Dans les présents développements, nous envisagerons le rôle de la cessation des paiements dans les diverses procédures collectives mises en place. A propos de ces procédures, la notion de cessation des paiements est appelée à jouer deux rôles : dans la sauvegarde, la procédure est mise en place afin d'éviter que le débiteur se retrouve dans une situation de cessation des paiements ; dans le redressement et la liquidation, c'est la cessation des paiements avérée qui conditionne l'ouverture de la procédure.

¹¹⁸ V. Com. 22 juin 1999, Rev. proc. coll. 2000.45, obs. Deleneuveville ; Com. 24 mai 2005, Gaz. Pal. 4-5 nov. 2005, p. 12, obs. Lebel

1 - La sauvegarde, procédure destinée à éviter l'état de cessation des paiements

163- Dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 620-1 C. com. prévoyait l'institution de la procédure de sauvegarde qui devait bénéficier à tout débiteur qui « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements* ». Dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, ce texte est devenu : « *le débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

Dans les deux textes, le législateur exige l'existence de difficultés insurmontables pour le débiteur. Il ne faut certes pas prendre cette condition au pied de la lettre puisque, si les difficultés étaient vraiment insurmontables, la cessation des paiements serait inéluctable, voire déjà réalisée. Il faut donc supposer que le débiteur se trouve dans une situation tellement difficile qu'elle nécessite un certain répit et la prise de mesures appropriées, mais la situation n'est pas pour autant désespérée puisque l'on compte sur ce répit et sur ces mesures appropriées pour aider le débiteur à les surmonter. C'est ainsi que les premières décisions rendues sur la procédure de sauvegarde présentent celles-ci¹¹⁹. La Cour de cassation décide que si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, l'ouverture de la procédure n'est pas elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité¹²⁰.

Cependant, en même temps, les difficultés auxquelles le débiteur est confronté ne doivent pas être assimilées à une cessation des paiements. Autrement, la procédure de sauvegarde ne sera plus la procédure appropriée. En effet, sauf ce que nous avons vu à propos de la procédure de conciliation, dès qu'il y a une situation de cessation des paiements du débiteur, le juge procédera à l'ouverture d'une autre procédure.

¹¹⁹ Com. 26 juin 2007 (2 arrêts), D. 2008.Pan. 570, obs. F.-X. Lucas ; JCP E 2007.2120, note Vallansan ; Dr. sociétés 2007, n° 177, note Legros.

¹²⁰ Com. 8 mars 2011, D. 2011.919, note Le Corre ; ibid. Pan. 20069, obs. F.-X. Lucas.

Que signifie la différence de rédaction de l'article L. 620-1 introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ?

164- Dans la loi de 2005, les difficultés à prendre en considération étaient celles qui étaient « *de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements* ». Normalement, on peut penser que l'ouverture de la procédure de sauvegarde suppose d'après ce texte que la preuve soit apportée qu'il y a des difficultés et que ces difficultés pourraient aboutir à la cessation des paiements. Autrement dit, il serait nécessaire d'établir l'existence de ce lien entre les difficultés et l'état de cessation des paiements à venir. Dans le nouveau texte, ce lien n'existe plus : le débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés. Donc, toute la preuve qui est désormais exigée est celle des difficultés et il n'est pas question d'établir un lien qui pourrait exister entre ces difficultés et l'éventuelle cessation des paiements¹²¹.

2 - La cessation des paiements, condition d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

165- La cessation des paiements est le critère de l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Mais, ce critère ne suffit pas pour choisir entre le redressement et la liquidation.

¹²¹ Sur l'affaire « Cœur Défense », v. Com. 8 mars 2011, 3 arrêts, JCP E 2011.1263, p. 15, obs. Ph. Pétel. V. aussi, A. Couret et Dondero, « *L'arrêt Cœur Défense ou la sauvegarde de la sauvegarde* », BRDA 6/11, n° 23, p. 12 ; F. REILLE, « *Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de Cœur* », Gaz. Pal. 2 avr. 2011, n° 91, p. 7 ; Ph. Roussel-Galle, « *Conditions d'ouverture de la sauvegarde : les textes, rien que les textes* », Bull. Dict. Perm. Difficultés des entreprises, mars 2011.

a) La cessation des paiements : critère nécessaire
pour l'ouverture de la procédure

166- Dans les deux articles L. 631-1 et L. 640-1, le législateur prévoit la nécessité de l'existence d'un état de cessation des paiements pour qu'une procédure de redressement ou une procédure de liquidation soit ouverte.

L'appréciation de la cessation des paiements est faite au jour où le juge statue et non pas seulement au jour où la demande d'ouverture de la procédure collective lui est présentée. Donc, si un laps de temps sépare le jour de la demande et le jour où le juge statue, c'est au moment du jugement que la cessation des paiements doit être vérifiée. La Cour de cassation décide que si un appel est formé sur l'ouverture de la procédure collective, la Cour d'appel apprécie au jour où elle-même statue l'existence ce jour-là d'une cessation des paiements¹²². Si l'entreprise est placée en procédure de sauvegarde et qu'elle soit en état de cessation des paiements, l'article L. 622-10 énonce que le juge qui constate cet état de cessation des paiements décidera de convertir la procédure de sauvegarde en un redressement judiciaire ou décide de prononcer la liquidation judiciaire.

167- L'appréciation de la cessation des paiements se fait donc au jour où le juge statue. Mais cette date d'appréciation doit être distinguée de la date de la cessation même des paiements. En effet, il arrive que le débiteur soit déjà en état de cessation des paiements et que, pour une raison ou une autre, aucune procédure n'ait encore été ouverte. La raison de ces retards sont multiples : il se peut que le débiteur ne veuille pas avouer sa situation ; il peut croire qu'il peut encore la redresser tout seul ou encore il se peut que la demande ait été faite devant le tribunal et que les délais de procédure retardent pour un temps le jugement. A quel moment la cessation des paiements est fixée ?

¹²² Com., 9 mai 1987, Rev. proc. coll. 1987, n° 4, p. 29, obs. Didier ; 6 oct. 1992, Dr. sociétés 1992, n° 249, obs. Chaput.

A cette question, l'article L. 631-8 donne des réponses : son alinéa 1^{er} énonce qu'il appartient au tribunal de fixer la date de cessation des paiements et l'ordonnance du 12 mars 2014 précise que le tribunal se prononce « *après avoir sollicité les observations du débiteur* »¹²³. Si le juge ne se prononce pas expressément sur cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Donc, il faut que la cessation des paiements existe au jour du jugement, mais, rien n'empêche le juge d'estimer que la cessation se situe à une date antérieure au jour du jugement. Par exemple, un jugement qui est rendu ce jour peut décider que la cessation des paiements existe depuis une date antérieure. Le texte ajoute que cette date peut être reportée une ou plusieurs fois, mais, dans tous les cas, elle ne peut jamais être antérieure de plus de 18 mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Cependant, dans tous les cas, la date de cessation des paiements ne peut pas être fixée à une date à laquelle le débiteur n'existait pas. Cette question se pose pour les personnes morales. Ainsi, une société n'acquiert la personnalité morale que le jour de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés ; alors, la date de cessation de ses paiements ne peut pas être fixée à une date antérieure à l'immatriculation¹²⁴. Il convient d'ajouter que dans l'hypothèse où un accord amiable a été homologué, l'ouverture ultérieure d'une procédure collective ne peut pas avoir pour conséquence que la date de cessation des paiements soit fixée à une date antérieure à la décision d'homologation. Mais, l'article L. 631-8 apporte une dérogation à cette règle en cas de fraude : si une fraude est constatée, la date de cessation des paiements peut être reportée à une date antérieure à la décision d'homologation.

Nous voyons en quoi la cessation des paiements est une condition nécessaire à l'ouverture d'une procédure collective. Mais, à elle seule, elle ne permet pas de choisir la procédure la plus appropriée.

¹²³ Sur ces divers points, Yahia, p. 77 ; Mansour, op. cit., Tome 1, p. 119.

¹²⁴ Com., 1^{er} févr. 2000, RJDA 2000, n° 553 ; JCP E 2000, n° 48, p. 1909, note Besnard-Goudet ; Dr. sociétés 2000, n° 125, obs. Chaput.

b) Le choix entre le redressement et la liquidation judiciaires

168- Pour l'ouverture de la procédure de redressement, la seule constatation de l'état de cessation des paiements est suffisante. Le texte n'ajoute pas d'autres conditions. Mais, on comprend à la lecture de l'ensemble de l'article L. 631-1 que la procédure de redressement est ouverte si elle permet la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La contre épreuve se retrouve dans l'article L. 640-1 qui prévoit l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire si le débiteur est en cessation des paiements et si son redressement est manifestement impossible. Voilà pourquoi l'impossibilité d'un redressement devient une condition supplémentaire qui doit être constatée par le tribunal pour qu'il ouvre directement la procédure de liquidation¹²⁵.

La cessation des paiements est une situation dans laquelle se trouve le débiteur et qui permet de choisir la procédure dans laquelle l'entreprise peut être placée, même si, à elle seule, cette cessation des paiements n'est pas suffisante pour choisir la procédure adéquate. La situation du débiteur se manifeste aussi dans les cas d'extension de la procédure.

§ 2 : L'extension de la procédure

169- L'extension de la procédure se retrouve dans l'hypothèse où le débiteur à l'égard duquel une procédure collective est ouverte est en relation plus ou moins étroite avec d'autres entreprises et que les circonstances justifient que la procédure ouverte à son égard soit étendue à ces autres entreprises. La loi prévoit l'extension dans certains cas (A) ; l'extension doit obéir à une procédure spéciale (B) et produit des effets qui lui sont propres (C).

¹²⁵ Com. 26 mai 1999, LPA, 4 janv. 2000, p. 20, note Courtier ; Rev. proc. coll. 2000.46, obs. Deleneuveville ; 8 juill. 2003, RD Banc. Fin. 2003, n° 230, obs. F.-X. Lucas, JCP E 2004, n° 5, p. 173, obs. Pétel.

A - Les cas d'extension de la procédure collective

170- Sur ce point, le droit positif français a beaucoup évolué avec la loi du 26 juillet 2005. Avant cette loi, il y avait de nombreux cas dans lesquels la procédure était étendue à d'autres personnes : il y avait une extension qui jouait le rôle de sanction ; il y avait une extension aux membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de la personne morale et il y avait aussi des extensions fondées sur la fictivité de l'entreprise et la confusion des patrimoines.

Diverses dispositions du Code de commerce prévoyaient qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur, cette procédure pouvait être étendue à titre de sanction à d'autres personnes. Ainsi, dans l'ancien article L. 624-3 C. com., la procédure ouverte à l'égard d'une personne morale pouvait avoir pour conséquence que le dirigeant de cette entreprise soit condamné à combler le passif et si ce dirigeant ne s'acquittait pas de cette condamnation, la procédure collective pouvait lui être étendue. De même, l'article L. 624-5 ancien C. com. prévoyait que la procédure pouvait être étendue à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait contre lequel pouvait être relevé un fait répréhensible, par exemple, avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ou d'avoir, sous le couvert de la personne morale, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel. Dans les cas prévus dans ces articles L. 624-23 et L. 624-5, l'extension jouait bien le rôle d'une sanction et avait pour effet que les créanciers de la personne morale devenaient aussi créanciers des dirigeants à l'égard desquels l'extension est décidée.

171- De même, il y avait un autre cas d'extension de la procédure qui concernait cette fois les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de la personne morale. Ainsi, l'article L. 624-1 décidait que le jugement qui ouvre la procédure collective d'une personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le texte ajoutait que dans ce cas, le

tribunal ouvre à l'égard de chacune de ces personnes une procédure collective analogue à celle qui a été ouverte à l'égard de la personne morale (redressement ou liquidation judiciaire). On rencontre de tels cas d'extension par exemple dans les sociétés en nom collectif ou dans les sociétés en commandite.

La loi du 26 juillet 2005 a supprimé ces extensions. Cette suppression ne signifie pas que toute sanction à l'égard des personnes concernées est supprimée. Mais, et c'est le point qui nous intéresse ici, il n'y a plus d'extension proprement dite de la procédure. En revanche, la loi nouvelle a maintenu deux autres cas d'extension qui existaient auparavant. L'article L. 621-2 C. com. prévoit, dans son alinéa 2, que « *la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale* ».

1 - La confusion des patrimoines

172- Pour définir la confusion des patrimoines¹²⁶, il faut partir de l'idée qu'il y a plusieurs entreprises qui existent réellement et chacune a une activité. Normalement, chacune de ces entreprises a la personnalité juridique et, à partir de là, chacune est supposée avoir son patrimoine propre. Cependant, on constate qu'en fait, ces patrimoines ne sont pas aussi indépendants ou autonomes qu'ils devraient l'être. Bien au contraire, il y a une telle co-pénétration de ces patrimoines que l'on n'arrive plus à déterminer lequel correspond à la personne qui est censée en être titulaire. C'est la raison pour laquelle on parle de la confusion de ces patrimoines¹²⁷.

¹²⁶ Sur cette notion, v. F. Reille, La notion de confusion des patrimoines cause d'extension des procédures collectives, Thèse Montpellier I, 2005, Bibl. dr. entr., Tome 74, 2006 ; D. Demeyre, « *Le maintien par l'ordonnance du 18 décembre 2008 du dispositif de l'extension de procédure dans la sauvegarde pour quoi faire ?* », D. 2009.2297 ; v. aussi, Tricot, La confusion des patrimoines et les procédures collectives, Rapport C. cass. 1998, p. 165.

¹²⁷ Ph. Delmotte, « *Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Pan de jurisprudence 1998-2006* », RJDA 6/06, p. 539 ; M. Cabrillac, « *L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur* », Mélanges A. Honorat, Ed. Frison-Roche, p. 81.

Cette confusion des patrimoines peut exister entre des personnes physiques, entre des personnes morales ou encore entre personnes physiques et personnes morales, même si, en pratique, les cas les plus fréquents dans lesquels on constate en fait l'existence d'une confusion des patrimoines sont de deux ordres : il peut s'agir d'hypothèses d'exercice conjoint de l'activité et il peut s'agir aussi des groupes de société¹²⁸.

173- L'essentiel est de caractériser l'existence, en fait, de cette confusion et, sur ce point, la jurisprudence a dû entrer dans une sorte de casuistique, mais, quand on consulte les décisions, on s'aperçoit qu'il y a quand même un certain nombre de constantes. Ainsi, la confusion est caractérisée lorsqu'il existe des relations financières anormales entre les entreprises, relations qui ne peuvent s'expliquer que par le fait que ces entreprises ne sont pas indépendantes économiquement ou financièrement. Les tribunaux parlent aussi d'une imbrication des masses actives ou passives des structures concernées¹²⁹. A partir de là, on relève des faits qui permettent de caractériser cette absence d'autonomie ou d'indépendance ou encore cette imbrication des masses actives ou passives. Par exemple, on relève que l'une des entreprises a payé elle-même des charges qui incombent à une autre entreprise ; on relève que l'une des entreprises qui est créancière de l'autre ne se soucie pas du paiement des factures et donc laisse l'autre entreprise régler sa dette à son égard ; dans le même ordre d'idées, une entreprise qui est locataire d'une autre entreprise ne règle pas les loyers ; il peut arriver que les comptes soient tellement imbriqués qu'il devient impossible de savoir ce qui appartient à l'une ou à l'autre entreprise. On se réfère donc à des faits qui permettent de caractériser cette confusion des patrimoines.

Le législateur a réglementé un cas de confusion des patrimoines dans l'ordonnance du 9 décembre 2010 et la loi du 12 mars 2012. Il s'agit du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Si cet entrepreneur crée plusieurs

¹²⁸ L'affaire Métaleurop fournit à la fois l'exemple et la contre-épreuve de l'existence d'une confusion de patrimoine au sein d'un groupe de sociétés puisque la Cour de cassation énonce : « *Dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de changes, les échanges de personnels et les avances de fonds par la société mère ne sont pas en elles-mêmes révélatrices de relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société mère avec celui de la filiale* » (Com., 19 avr. 2005, Bull. Joly 2005, § 155, p. 690, note C. Saint-Alary-Houin).

¹²⁹ Com. 20 oct. 1992, Bull. civ. IV, n° 314 ; 11 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 187 .

entreprises individuelles à responsabilité limitée, la tentation est grande de ne pas établir une nette distinction entre les patrimoines de ces entreprises. L'article L. 621-2 prévoit alors dans son troisième alinéa qu'un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure en cas de confusion avec celui-ci.

2 - La fictivité

174- Contrairement à la confusion des patrimoines, la fictivité ne se rencontre que dans l'hypothèse d'une personne morale. Elle signifie que la personne n'a aucune existence réelle et qu'en fin de compte elle n'est qu'une apparence, un prête-nom, aucune *affectio societatis* n'existe entre les associés, les assemblées ne se réunissent pas, l'entreprise n'a aucune comptabilité propre et probablement n'a aucune activité. On parle alors d'une personne morale qui n'est qu'un instrument entre les mains d'un maître de l'affaire¹³⁰. Une fois la fictivité de la personne morale constatée, la procédure pourra être étendue au maître de l'affaire lequel pourra être une personne physique ou une personne morale¹³¹.

B - La procédure d'extension

175- Les textes sont très laconiques sur la procédure de l'extension. L'article L. 621-2 qui prévoit l'extension dans son alinéa 2, précise seulement que, pour cette extension, « *le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent* ».

¹³⁰ Sur la distinction entre la fictivité et la confusion des patrimoines, Com. 8 nov. 1988, Rev. sociétés, 1990.71, note Honorat ; 9 avril 1991, D. 1992. Somm. 3, obs. Derrida.

¹³¹ Pour une illustration, v. Versailles, 6 mars 1997, Bull. Joly 1997.683 relevant que dès lors qu'il est établi qu'une société a été créée dans le but d'assurer dans un délai très court le règlement du passif d'une autre société, dont elle a continué l'activité dans les mêmes locaux, avec le même dirigeant, la même clientèle, les mêmes contrats de franchise et de partenariat, permettant ainsi à l'autre société de présenter un aspect de prospérité, de bénéficier de redevances sans assumer les dettes, de conserver son patrimoine immobilier à l'abri d'une éventuelle déconfiture, il y a lieu de prononcer l'extension de la procédure de redressement judiciaire pour fictivité et confusion des patrimoines.

Cette règle se comprend : voici une procédure collective qui est ouverte à l'égard d'une société par un tribunal de commerce et l'on s'aperçoit qu'il y a une confusion de patrimoine entre cette société et une personne physique quelconque à laquelle la procédure doit être étendue. Le tribunal de commerce qui avait ouvert la procédure à l'égard de la société est lui-même compétent pour étendre la procédure. Cette solution avait été dégagée à l'origine par la jurisprudence¹³². Elle l'appliquait surtout dans le domaine des groupes de sociétés. L'actuel article R. 600-1 C. com. donne compétence pour ouvrir la procédure collective au tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège de la société. Si un tribunal ouvre une procédure et que celle-ci doit être étendue à d'autres sociétés du même groupe ayant leur siège dans divers endroits, le tribunal initialement saisi sera compétent pour décider de l'extension et pour connaître de la procédure collective ouverte à l'égard de toutes les sociétés du groupe. C'est cette règle que reprend l'article L. 621-2 précité en décidant que le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent.

Quant aux personnes qui peuvent demander cette extension, la Cour de cassation a estimé que la demande ne peut être formée que par les mandataires de justice. L'article L. 621-2 décide lui-aussi que l'extension se fera « *à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office* ». Cette saisine d'office est désormais supprimée dans la nouvelle rédaction de l'article L. 621-2 issue de l'ordonnance du 12 mars 2014.

176- Si les solutions en droit interne paraissent aussi simples que maîtrisables, il n'en va pas de même dans les relations entre les Etats membres de l'Union européenne avec le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. La difficulté est apparue dans l'arrêt *Rastelli Davide*¹³³ : une procédure principale d'insolvabilité a été ouverte en France à l'encontre d'une société qui avait le centre principal de ses intérêts en France. En cours de

¹³² Com., 17 juill. 1990 et 23 juill. 1990, Rev. proc. coll. 1991.202, obs. J.-M. Calendini. V. aussi, D. Vidal, « *La compétence* », LPA 1^{er} juill. 1987, n° 78.

¹³³ CJUE, Aff. C-191/10, 15 déc. 2011, Rev. crit. dr. int. pr. 2012.435, note G. Khairallah.

procédure, on a constaté que le patrimoine de cette société se confondait avec celui d'une autre société ayant son siège statutaire en Italie. Le tribunal français initialement saisi de la procédure collective était-il compétent pour étendre la procédure à la société de droit italien ? La Cour de justice le refuse en énonçant : *« Le règlement n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, doit être interprété en ce sens qu'une juridiction d'un Etat membre qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet Etat, ne peut étendre, en application d'une règle de son droit national, cette procédure à une deuxième société, dont le siège statutaire est situé dans un autre Etat membre qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette dernière se trouve dans le premier Etat membre »*.

Cet arrêt fait une fidèle application des dispositions du règlement n° 1346/2000 qui ne donne compétence pour ouvrir une procédure principale qu'au seul tribunal du centre des intérêts principaux et qui doivent recevoir application chaque fois qu'il s'agit *« de régler la compétence pour l'ouverture de procédures d'insolvabilité et la prise de décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et s'y insèrent étroitement »*¹³⁴. Mais il n'est pas certain que cet arrêt permette de maîtriser les conséquences de la paralysie de l'extension de la procédure qui en résulte¹³⁵.

C - Les effets de l'extension de la procédure

177- L'extension de la procédure obéit à un principe général qui est celui de l'unicité. Autrement dit, nous allons nous retrouver avec une seule procédure, ce qui se comprend puisque, en raison de la confusion des patrimoines ou de la fictivité, nous nous trouvons en réalité en présence d'une seule personne à l'égard

¹³⁴ CJCE, 12 févr. 2009, Seagon, aff. C-339/07

¹³⁵ En ce sens, G. Khairallah, note préc.

de laquelle la procédure est ouverte. La Cour de cassation rappelle constamment que l'unité de la procédure collective impose que les entreprises soient mises dans une situation juridique identique¹³⁶.

Plusieurs conséquences découlent de ce principe de l'unicité : la même date de cessation des paiements doit être retenue pour toutes les personnes concernées. De même, les actifs de ces personnes seront réunis en un seul patrimoine répondant du passif commun.

Toutefois, ce principe de l'unicité a des limites. Ainsi, le jugement d'extension n'a pas un effet rétroactif à la date d'ouverture de la première procédure. En d'autres termes, la procédure qui est ainsi étendue va produire ses effets à la date de l'extension, sauf pour ce qui concerne la date de cessation des paiements initiale. Des conséquences seront tirées de cette absence de rétroactivité. Ainsi, si les créanciers doivent déclarer leurs créances dans un certain délai qui suit le jugement d'ouverture de la procédure collective, le délai, en cas d'extension de la procédure, sera calculé à compter de cette extension et non à compter de l'ouverture de la procédure initiale.

Section 2 - Le droit saoudien

178- L'étude du droit français a permis de comprendre les divers rôles que la notion de cessation des paiements est appelée à jouer dans le droit des entreprises en difficulté. En droit saoudien, hormis ce qui a été déjà vu dans l'étude du règlement préventif¹³⁷, la situation dans laquelle se trouve le débiteur n'est

¹³⁶ Com., 17 févr. 1998, LPA, 12 juin 1998, note Soinne ; Bull. Joly 1998.658, note Pétel, énonçant qu'après la constatation de la confusion des patrimoines des sociétés d'un groupe et le prononcé de leur redressement judiciaire commun, une procédure unique doit être suivie, interdisant la liquidation judiciaire partielle de l'entreprise

¹³⁷ Supra, n° 70 et s.

appelée à jouer qu'un seul rôle : celui de condition d'ouverture de la faillite¹³⁸. D'ailleurs, le droit saoudien recourt à une périphrase pour désigner cette situation, celle de débiteur dont « *les dettes excèdent les biens* » (§ 1). Cette notion présente son originalité et cette dernière se manifeste aussi par le principe du refus en droit saoudien de l'extension de la faillite à d'autres débiteurs (§ 2).

§ 1 : « Les dettes qui excèdent les biens du débiteur »

179- L'étude du contenu de cette notion (A) permet d'en comprendre le particularisme (B).

A - Le contenu de la notion « de dettes qui excèdent les biens du débiteur »

180- On aurait pu croire que la référence à ce critère plutôt qu'à celui de la cessation des paiements est due à l'ancienneté de la loi saoudienne sur la faillite puisque c'est bien son article 103 qui énonce que le failli est « *la personne dont les dettes excèdent les biens et qui ne parvient plus à les payer* ».

Les tribunaux auraient pu interpréter ce texte à la lumière de l'article 1^{er} de la loi sur le règlement préventif de la faillite qui prévoit que ce règlement s'applique à tout commerçant ou à toute société commerciale dont les affaires connaissent un tel trouble que l'on peut craindre une cessation des paiements de ces dettes. Mais les tribunaux ont refusé de consacrer une telle interprétation, probablement de crainte qu'ils se voient reprocher de refuser d'appliquer un texte aussi clair que l'article 103 de la loi¹³⁹. Le Tribunal des doléances a pris fermement position en faveur de ce texte et, par une série de décisions, il a

¹³⁸ V. Zeinab Sayed Salama, « *Les dettes qui excèdent les biens du débiteur comme condition nécessaire de déclaration de la faillite en droit commercial saoudien* », Rev. Al Idâra Amma, n° 77/32, Rajab 1413 H., p. 80.

¹³⁹ En ce sens, Mansour, op. cit., Tome 1, p. 117.

considéré que la cessation des paiements laissait présumer que les dettes excédaient les biens du débiteur, condition d'ouverture de la faillite, sans pour autant estimer que toute cessation des paiements constitue, à elle seule, une condition d'ouverture de la faillite¹⁴⁰. En revanche, les tribunaux n'ont pas pu contourner les dispositions de l'article 189 de la loi sur les sociétés commerciales qui décident que si les pertes d'une société à responsabilité limitée atteignent 50 % du capital, les dirigeants de la société doivent convoquer les associés à une réunion afin de vérifier si elle peut faire face à ses dettes ou si elle doit être dissoute. Le texte ajoute que si la société continue à exercer ses activités sans qu'une décision ait été prise sur le paiement de ses dettes ou sur sa dissolution, les associés seront solidairement responsables de ces dettes et le ministre du commerce et de l'industrie ou tout autre intéressé peut demander sa dissolution.

181- Les auteurs considèrent que les dispositions de ce texte rejoignent celles de l'article 103 de la loi sur le Tribunal de commerce pour considérer qu'une société dont les dettes excèdent les biens de sorte qu'elle ne parvient plus à y faire face ou celle dont les pertes excèdent la moitié du capital doit être déclarée en faillite¹⁴¹.

Pour notre part, il nous semble que cette interprétation serait elle aussi excessive puisque la perte de la moitié du capital ne s'assimile pas obligatoirement à des dettes qui excèdent les biens du débiteur. D'ailleurs, l'article 189 précité, qui prévoit ce seuil de la moitié du capital n'en fait pas une condition de déclaration de faillite mais une condition soit pour que les associés prennent les mesures adéquates afin que la société puisse faire face à ses dettes, soit à déclarer ses associés solidairement responsables de leur paiement.

Mais le droit positif saoudien semble faire de cette perte du capital un cas autonome d'ouverture de la procédure qui vient s'ajouter à celui des dettes qui excèdent les biens du débiteur.

¹⁴⁰ V. en ce sens, Tribunal des doléances, n° 36/T/3 de 1418 H. ; 159/T/4 pour 1413 H. ; 145/T/4 pour 1409 H. Le Tribunal de commerce a adopté la même position : Tribunal de Djeddah, n° 9/D/3 pour 1427 H. ; n° 9/D/3 pour 1410 H.

¹⁴¹ En ce sens, Mansour, Tome 1, p. 119.

182- La doctrine définit les conditions que ces dettes doivent remplir pour qu'elles puissent constituer une cause d'ouverture de la faillite : elles doivent être exigibles, autrement le créancier serait tenu d'attendre l'arrivée du terme pour pouvoir réclamer sa créance ; la dette ne doit pas être litigieuse, autrement il serait nécessaire d'attendre qu'un tribunal ait statué sur son existence, sa régularité et son exigibilité ; enfin, on discute de la question de savoir si les dettes doivent être de nature commerciale ou si elles peuvent aussi être des dettes civiles, même si, dans leur majorité, les auteurs semblent considérer que les seules dettes qui doivent être prises en considération sont les dettes commerciales¹⁴².

Voilà quel est le contenu de cette notion de dettes qui excèdent les biens du débiteur. Elle donne au droit saoudien en la matière un particularisme qui le distingue non seulement du droit français mais aussi des droits des divers Etats arabes.

B - Le particularisme de la notion de « dettes qui excèdent les biens du débiteur »

183- Le particularisme du droit saoudien se manifeste dans la méthode qui doit être suivie pour vérifier si les dettes d'une entreprise excèdent ses biens (1). Il se manifeste aussi par son originalité par rapport aux droits des autres pays arabes (2).

1 - La vérification des dettes qui excèdent les biens du débiteur

184- Pour savoir si les dettes excèdent les biens, il est nécessaire de se livrer à une opération comptable fondée sur une analyse faite par un expert-comptable pris sur la liste officielle et qui doit établir un rapport dans lequel il fait ressortir

¹⁴² S. Yahia, Précis de droit commercial saoudien, op. cit., p. 74 ; Hamdallah Mohammad Hamdallah, op. cit., n° 20 ; Karman, op. cit., p. 316.

les dettes et les pertes subies par l'entreprise. Dire que les dettes excèdent les biens du débiteur revient à démontrer que ces biens ou que le capital d'une société ne suffisent pas pour répondre de ses obligations¹⁴³. Il est donc nécessaire de vérifier à la fois les éléments actifs et les éléments passifs de l'entreprise et la faillite devra être déclarée si les éléments passifs dépassent les éléments actifs.

Les éléments actifs sont composés d'éléments mobiliers qui circulent à court terme, comme l'argent, les divers effets de commerce, les marchandises destinées à la vente ; d'éléments plus stables exploitables sur le long terme, comme les biens immobiliers, les véhicules et tout autre bien non destiné à être nécessairement revendu, mais qui contribue au développement de l'exploitation ; enfin, les éléments immatériels comme les brevets d'invention, la clientèle ... Quant aux éléments passifs, il s'agit de toutes les obligations auxquelles l'entreprise doit faire face, soit en un paiement par argent soit en services dispensés au profit du tiers.

De la comparaison entre ces divers éléments actifs et passifs, sera établi un bilan qui permettra de vérifier si les dettes excèdent les biens du débiteur. En un mot, cette notion repose sur des éléments de simple comptabilité.

Pour les sociétés, ce bilan permet de vérifier si les dettes atteignent le seuil fixé par la loi de la moitié du capital social. Dans ce cas, et si l'assemblée des associés ne prend aucune décision¹⁴⁴ pour assurer la continuité de l'activité sociale, cette activité comme nous l'avons vu pourra être arrêtée, ce qui provoquera très rapidement la déclaration de faillite. Dans une note rédigée par le Ministère du commerce et de l'industrie, il est précisé que « la société qui ne parvient pas à remplir ses obligations à l'égard des tiers en raison de l'augmentation de ses pertes par rapport à son capital ne recevra pas l'autorisation de maintenir son activité et une directive sera adressée aux associés afin qu'ils déclarent sa faillite¹⁴⁵ ».

¹⁴³ Mansour, op. cit., Tome 1, p. 126.

¹⁴⁴ V. supra, n° 181.

¹⁴⁵ Note n° 646/11 du 27.10.1410 H. Le tribunal des doléances a considéré que la liquidation d'une société équivaut à sa déclaration de faillite (jugement n° 184/T/4 pour 1415 H.)

Un laps de temps peut séparer l'époque à laquelle les dettes ont excédé les biens du débiteur et la déclaration de la faillite. Il appartiendra alors au tribunal de juger du sort des actes qui auraient été accomplis par le débiteur au cours de cette période, précisément surnommée, comme en France, la période suspecte.

185- Le problème que l'on rencontre ici est le même que partout ailleurs : un débiteur qui est sur le point d'être déclaré en faillite pourrait tenter d'éviter cette situation et se livrer à des opérations qui peuvent se révéler contraires aux intérêts de l'entreprise, à ceux de ses créanciers, à l'égalité qui doit exister entre ces derniers, comme il peut tenter de distraire les biens qui lui restent pour les faire échapper aux poursuites de ses créanciers.

Cette question de la période suspecte a été envisagée par le droit musulman classique et les diverses Ecoles considèrent que les actes accomplis par le débiteur avant qu'il soit déclaré en faillite peuvent être remis en cause, surtout si ces actes sont inhabituels ou s'ils ont été accomplis sans contrepartie (par exemple, une donation). Le droit saoudien considère lui aussi qu'à partir du moment où les dettes excèdent les biens du débiteur, celui-ci se trouve dans un état de faillite réelle, même s'il continue à exécuter certains engagements puisque le critère n'est pas la cessation des paiements proprement dite mais celui des dettes qui excèdent les biens du débiteur. Les actes accomplis par le débiteur avant le jugement déclaratif sont soumis aux règles de droit commun et pourraient être remis en cause si le tribunal considère qu'ils sont entachés de fraude, ou qu'ils ne constituent que des actes apparents, destinés à soustraire les biens du débiteur aux poursuites de ses créanciers¹⁴⁶. L'application de ces règles de droit commun permet de ne pas remettre en cause les actes, même accomplis durant la période suspecte, s'ils se révèlent bénéfiques pour l'entreprise ou pour ses créanciers. Ces solutions ont été déduites de l'article 110 de la loi sur le tribunal de commerce. Ce texte décide que les actes accomplis par le débiteur à compter du jugement d'ouverture de la faillite ne sont pas normalement exécutoires, ce qui signifierait que les actes accomplis avant le jugement de faillite ne sont pas obligatoirement soumis à cette sanction¹⁴⁷. Que ce soit dans la détermination de la condition

¹⁴⁶ V. Karman, op. cit., p. 338.

¹⁴⁷ En ce sens, Mansour, op. cit., Tome 2, p. 570.

d'ouverture de la faillite (les dettes qui excèdent les biens du débiteur) ou dans le régime des actes accomplis durant la période suspecte, le droit saoudien manifeste son originalité, y compris par rapport aux droits applicables dans les autres pays arabes.

2 - Les différences entre le droit saoudien et les droits des autres pays arabes

186- Dans la plupart des Etats arabes, la condition de la déclaration de faillite est la cessation des paiements, même si la référence à cette notion n'est pas exclusive. L'article 489 du Code de commerce libanais énonce : « ... *Est en état de faillite tout commerçant qui cesse ses paiements de dettes commerciales ou qui ne soutient son crédit que par des moyens manifestement illicites* ». On retrouve des dispositions analogues dans l'ancien article 550 du Code de commerce égyptien et dans l'article 606 du Code de commerce syrien.

Pris à la lettre, l'article 489 du Code libanais semble retenir deux conditions d'ouverture de la faillite : soit la cessation des paiements, soit le recours, par le commerçant, à des moyens manifestement illicites pour soutenir son crédit. Mais, la doctrine libanaise, rejointe sur ce point par la doctrine égyptienne et par la doctrine syrienne, se réfère essentiellement à la notion de cessation des paiements. La question est donc de savoir s'il existe une ou deux conditions d'ouverture de la faillite (a) et quel en est le régime (b).

a) Unicité ou dualité des conditions d'ouverture de la procédure

187- Les textes ne donnent aucune définition de la cessation des paiements. Il est donc revenu à la doctrine et à la jurisprudence de fixer cette notion qui a connu une évolution remarquable.

Traditionnellement, doctrine et jurisprudence adoptaient une interprétation littérale de la notion de cessation des paiements et considéraient que la condition était remplie dès lors que le commerçant ne paye pas ses dettes à leur échéance, et cela sans faire la moindre analyse de la situation économique dans laquelle se trouve ce débiteur. Ainsi, la Cour de cassation du Liban a décidé « *qu'il suffit qu'un commerçant ne paye pas une dette commerciale pour qu'il soit déclaré en faillite sans qu'il soit nécessaire d'établir que son état financier ne lui permet pas ce paiement* »¹⁴⁸.

On explique cette solution par la volonté d'éviter d'examiner au cas par cas la situation du commerçant avant de déclarer sa faillite puisque cet examen serait de nature à retarder la prise de décision avec toutes les conséquences qui en découlent pour les créanciers qui ne parviennent pas à recouvrer leurs créances. La doctrine tire à son tour toutes les conséquences de cette analyse et considère qu'un commerçant, même s'il se trouve dans un état financier désespéré, ne doit pas être déclaré en faillite dès lors qu'il paye ses dettes à leur échéance.

188- Cette interprétation traditionnelle n'a pas échappé à la critique. On estime que le débiteur peut avoir des raisons légitimes de ne pas payer ses dettes, surtout au cas où un litige sur l'existence et le montant de la créance est envisageable. De même, le non-paiement des dettes à leur échéance peut être dû à des difficultés passagères que le débiteur pourra surmonter rapidement sans qu'il soit nécessaire de le placer en état de faillite¹⁴⁹.

Le droit positif a été sensible à cette critique et a délaissé l'interprétation stricte, sinon restrictive, de la notion de cessation des paiements. En plus du non-paiement des dettes, on exige la vérification de l'état dans lequel se trouve le commerçant et celui-ci ne sera déclaré en faillite que si son état révèle l'existence de difficultés réelles et difficilement surmontables. La Cour de cassation d'Egypte s'est fait l'écho de cette évolution en énonçant : « *L'état de cessation des paiements est celui qui permet de révéler une situation financière trouble, délicate* »

¹⁴⁸ Cass. Liban, 19 mars 1965, cité in Boustany, op. cit., p. 103, note 1.

¹⁴⁹ Sur ces points, Taha, op. cit., p. 323 et 324 ; E. Nassif, Traité de droit commercial, Tome 4, « Sur la faillite », en langue arabe, Ed. Ouäïdate, Beyrouth, 1999, p. 30 ; Ahmad Mahmoud Khalil, La faillite commerciale et le l'hsär civil, Ed. Al Maaref, Alexandrie, 1987, en langue arabe, p. 261.

et permanente de nature à mettre avec certitude ou une grande probabilité en danger les intérêts de ses créanciers »¹⁵⁰. Le nouvel article 550 du Code égyptien de commerce énonce désormais : « Est en état de faillite tout commerçant qui cesse de payer ses dettes commerciales par suite d'un trouble subi dans ses affaires financières ».

189- Il s'ensuit que le commerçant ne sera pas considéré en état de cessation des paiements si le non-paiement de ses dettes est fondé sur des raisons légitimes, notamment si la dette est litigieuse ou si son montant n'est pas définitivement déterminé. Dans ce cas, le tribunal, saisi d'une demande d'ouverture d'une faillite, devra rejeter la demande. Il en sera de même si le non-paiement des dettes est dû à des difficultés temporaires auxquelles le commerçant est exposé et qu'il dispose de moyens suffisants pour les surmonter. En revanche, l'état de cessation des paiements ne signifie pas le défaut de paiement de toutes les dettes du commerçant puisque l'essentiel est de vérifier si le défaut du paiement, ne serait-ce que d'une seule dette, est dû ou non à l'état financier dans lequel il se trouve. Un examen d'ensemble de la situation du commerçant devient alors nécessaire et, dans le cadre de cet examen, le tribunal attachera une importance particulière à la réputation du commerçant et au degré de confiance qu'il inspire dans son milieu professionnel¹⁵¹.

Bien entendu, un examen comptable de la situation du débiteur peut se révéler nécessaire pour être fixé sur sa véritable situation financière. Mais, cet examen ne sera lui aussi qu'un élément d'appréciation parmi d'autres que le tribunal doit prendre en considération avant de déclarer l'état de faillite.

190- Le second cas d'ouverture de la faillite prévu à l'article 489 du Code libanais de commerce est le soutien par le commerçant de son crédit « par des moyens manifestement illicites ». Dans la pratique, ce cas se présente lorsque le commerçant se trouve dans un état financier désespéré et qu'il recourt, pour payer ses dettes, à des moyens anormaux et illicites dans le but de cacher la véritable situation dans laquelle il se trouve et retarder la déclaration de sa faillite.

¹⁵⁰ Cass. Egypte, 29 mars 1956, Recueil des arrêts de la Cour de cassation, Tome 7, p. 435 et cité in Taha, op. cit., p. 324.

¹⁵¹ En ce sens, Taha, op. cit., p. 325.

La doctrine libanaise est divisée sur la question de savoir si le recours à des moyens illicites constitue une condition à part entière d'ouverture de la faillite ou si elle ne doit pas jouer un rôle secondaire à l'appui de la condition de cessation des paiements. Les auteurs se fondent sur le fait que le recours par le commerçant à des moyens illicites pour soutenir son crédit n'apparaît, la plupart du temps, qu'une fois la faillite déclarée et que la situation du débiteur est examinée de plus près, notamment pour fixer la date précise de la cessation de ses paiements¹⁵². En effet, ce sont les investigations auxquelles se livre le syndic qui permettent de comprendre le mode de fonctionnement de l'entreprise avant le jugement déclaratif et les éléments de fait qui seront ainsi découverts permettront de savoir avec précision à partir de quelle date le débiteur était, en fait, dans un état de cessation des paiements. La date de cette cessation sera alors fixée, ce qui permet de remettre en cause les opérations auxquelles il se serait livré durant cette période suspecte¹⁵³. A l'appui de cette analyse, on cite l'article 633 du Code de commerce libanais qui punit des peines de la banqueroute, notamment, le commerçant qui « *postérieurement à l'époque de cessation de paiement et dans l'intention de retarder sa faillite, a fait des achats pour revendre au-dessous du cours ; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulations d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds* » (art. 633, § 3). Ce texte établit effectivement un lien entre des agissements répréhensibles et la cessation des paiements dans laquelle le débiteur se retrouve.

191- Il n'en reste pas moins que l'article 489 du Code de commerce fait du recours à « des moyens manifestement illicites » pour soutenir le crédit une cause à part entière d'ouverture de la faillite. La Cour d'appel de Beyrouth s'est précisément fondée sur cette rédaction du texte pour décider « *qu'un commerçant peut être déclaré en faillite même s'il n'a pas cessé ses paiements, s'il est établi qu'il a recours à des moyens illicites pour retarder l'exécution des obligations qui lui incombent* »¹⁵⁴.

¹⁵² Sur la détermination de la date de cessation des paiements, v. infra, n° 192.

¹⁵³ Sur cette analyse « des moyens manifestement illicites » et la fonction qui devrait leur être attribuée pour déterminer la date de cessation de paiement, v. Boustany, op. cit., p. 106-107.

¹⁵⁴ Cour d'appel de Beyrouth, 20 févr. 1964, cité in Mohammad Sayyed al Faqqi, Droit commercial (faillite, contrats commerciaux, opérations bancaires), Ed. Halabi, Beyrouth 2005, p. 315.

La doctrine, s'inspirant des dispositions de l'article 633, paragraphe 3, du Code de commerce, donne de nombreuses illustrations de ces moyens illicites auxquels le débiteur peut avoir recours pour maintenir son crédit : les emprunts contractés à des taux d'intérêt abusifs ; l'émission d'effets de commerce de complaisance ; la vente de marchandises à des prix anormalement bas...

Même si l'on considère que le recours à ces moyens illicites constitue une cause autonome d'ouverture de la faillite, il convient d'observer que, dans sa nouvelle rédaction, l'article 550 du Code de commerce égyptien ne retient plus que la seule cessation des paiements, sans référence au recours à des moyens illicites.

b) Le régime des conditions d'ouverture de la faillite

La date de la cessation des paiements

192- Alors que le droit saoudien qui connaît la période suspecte ne donne pas d'indication précise sur la fixation de la date de cessation des paiements, les législations des autres pays arabes, à l'instar du droit français, fixent cette date.

Ainsi, l'article 495 du Code de commerce libanais énonce que le jugement déclaratif de faillite détermine l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements. Il ajoute que cette époque peut être fixée à une date plus ancienne par un ou plusieurs jugements de report rendus ultérieurement sur le rapport du juge commissaire, soit d'office, soit à la demande de toute partie intéressée et notamment des créanciers agissant individuellement. Le texte conclut en précisant que « *l'époque de la cessation des paiements ne peut être fixée à une date antérieure de plus de dix-huit mois à celle du jugement déclaratif* ».

Sur ce point, le droit libanais rejoint le droit français puisque, comme c'est le cas dans ce dernier, la date de la cessation des paiements ne peut pas être fixée à plus de dix-huit mois du jugement déclaratif.

Comme nous l'avons vu, le législateur saoudien n'a pas jugé opportun de fixer à l'avance une date limite au-delà de laquelle le juge ne peut pas faire remonter la cessation des paiements. Le critère d'ouverture de la faillite est que les dettes doivent excéder les biens du débiteur. Il appartient donc au juge de déterminer lui-même cette date à partir de laquelle commence la période suspecte.

La nature commerciale de la dette

193- Dans les diverses législations des pays arabes, il est nécessaire que la dette que le commerçant ne paye pas soit de nature commerciale, avec cette précision que toutes les dettes du commerçant sont présumées avoir une nature commerciale, même s'il s'agit d'une présomption simple qui supporte la preuve contraire. Cette condition étant posée, il importe peu que la créance soit de nature contractuelle ou extracontractuelle, qu'elle soit chirographaire ou assortie de sûretés. La doctrine considère que si le débiteur refuse de payer une dette civile, il ne sera pas considéré en état de cessation des paiements de nature à justifier l'ouverture d'une faillite. En effet, celle-ci est propre de l'activité commerciale et elle est destinée à protéger les créanciers qui ont traité en cette qualité de commerçant avec le débiteur. Quant au non-paiement d'une dette civile, il reste sans lien avec l'exercice de l'activité commerciale. Cependant, le créancier « civil » peut démontrer devant les tribunaux que son cocontractant commerçant ne paye pas ses dettes commerciales. Dans ce cas, la faillite peut être ouverte et tous les créanciers, y compris ceux qui sont titulaires d'une créance civile, peuvent participer au déroulement de la procédure et produire leurs créances. S'il s'agit d'une créance mixte, on vérifie sa nature par rapport aux créanciers. Ainsi, un commerçant qui contracte une dette en vue de l'acquisition d'un logement et qui ne rembourse pas cette dette ne sera pas considéré comme étant en cessation des paiements puisque, pour lui, il ne s'agit pas d'une dette commerciale¹⁵⁵. De même, la créance doit être exigible, liquide et non contestée¹⁵⁶.

¹⁵⁵ En ce sens, Taha, op. cit., p. 328 ; Cour d'appel de Beyrouth, 14 nov. 1950, Rec. Hatem, Tome 9, p. 38, n° 3.

¹⁵⁶ Cass. Liban, 30 janv. 1964, Rec. Hatem, Tome 54, p. 14, n° 3 ; 19 nov. 1964, Rec. Hatem, Tome 60, p. 30, n° 4. Sur une créance contestée, v. Appel Beyrouth, 24 mai 1949, Rec. Hatem, Tome 4, p. 24, n° 4 et Cass. Liban, 20 oct. 1954, Rec. Hatem, Tome 22, p. 15, n° 3 ; 4 mars 1965, Rec. Hatem, Tome 63, p. 21, n° 1.

La preuve de la cessation des paiements

194- Il revient à celui qui demande l'ouverture d'une faillite de prouver que le débiteur est en état de cessation des paiements et cette preuve peut être rapportée par tout moyen. Quant aux faits qui confirment la cessation des paiements, ils peuvent être variés, mais, la plupart du temps, les tribunaux imposent l'établissement d'un procès-verbal qui constate le refus par le débiteur de payer un effet de commerce échu, la prise de mesures conservatoires sur ses biens ou encore, l'aveu par le débiteur qu'il est en état de cessation des paiements¹⁵⁷.

La cessation des paiements d'un établissement bancaire

195- A la suite de la faillite de la banque Intra au Liban en octobre 1966, et en vue de protéger les droits des déposants, le législateur libanais a adopté une loi n° 2/67 du 16 janvier 1967 modifiée par le décret-loi n° 44 du 5 août 1967. L'article 2 de cette loi prévoit quatre cas dans lesquels un établissement financier est considéré en état de cessation des paiements : s'il déclare lui-même être dans cet état ; s'il ne rembourse pas une dette à l'égard de la Banque du Liban ; s'il tire un chèque sans provision sur la Banque du Liban et s'il ne constitue pas une provision suffisante de l'ensemble de ses dettes. La loi prévoit que la banque sera aussi en état de cessation des paiements dans les cas prévus à l'article 489 du Code de commerce libanais. De nombreuses autres interventions législatives devaient avoir lieu en ce domaine, en particulier la loi n° 28/67 du 9 mai 1967 et la loi n° 110/1991 du 7 novembre 1991. Tous ces textes reprennent la question de la cessation des paiements de la part d'un établissement financier et son placement sous le contrôle de la Banque du Liban.

¹⁵⁷ Juge unique de Beyrouth, 12 déc. 1957, Rec. Hatem, Tome 33, p. 25, n° 4. Comme nous l'avons vu, le non-paiement d'une dette ne suffit pas pour caractériser l'état de cessation des paiements puisqu'il s'agit d'une appréciation globale qui doit être portée sur l'état financier du débiteur : Cass. Egypte, 29 mars 1956, Recueil des arrêts de la Cour de cassation, Tome 7, p. 435 ; 18 mai 1961, ibid, Tome 12, p. 389.

§ 2 - Le principe du refus de l'extension de la faillite

196- Nous avons vu que le droit français consacre la possibilité de l'extension de la procédure collective dans deux cas : la confusion des patrimoines et la fictivité de la personne morale.

Le droit saoudien ne consacre pas, en principe, l'extension de la procédure d'une personne à une autre. Il faut dire que, jusqu'à une date récente, ce droit ne connaissait pas la notion de groupe de sociétés qui fournit, même en droit français, les cas d'extension les plus fréquents.

Cette situation est en train de changer puisque la nouvelle loi saoudienne sur les sociétés commerciales consacre ses articles 192 et suivants à une forme de groupe de sociétés qui est celui de la société Holding que l'article 190 nouveau définit comme une société anonyme ou une société à responsabilité limitée dont l'objet essentiel est d'avoir des participations dans d'autres sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, participation lui permettant de contrôler ses décisions et de lui apporter tout le soutien ou l'aide nécessaire à son fonctionnement. Cette définition rejoint celle que le Congrès islamique mondial avait retenue dans son quatorzième Congrès : la société Holding est celle qui détient des actions ou des parts dans une ou plusieurs autres sociétés indépendantes d'elle et qui lui permettent de les contrôler juridiquement et d'en fixer les objectifs¹⁵⁸.

197- La société Holding, en tant que société anonyme ou société à responsabilité limitée, est soumise aux règles générales sur la faillite des sociétés. Cette faillite reste, en principe, sans incidence sur les actionnaires ou les associés puisque ces derniers n'acquièrent pas la qualité de commerçant et ne seront pas considérés en état de cessation des paiements si la société Holding se retrouve dans cet état. Mais, chaque actionnaire reste tenu des dettes sociales à concurrence de sa participation au capital.

¹⁵⁸ Sur les difficultés de qualification de la société Holding en droit saoudien, v. Mansour, Tome 1, p. 407.

Cependant, la faillite de la société Holding peut avoir des effets sur les sociétés qui en sont dépendantes, ne serait-ce qu'indirectement puisque dans le capital de la société Holding entrent ses participations dans les autres sociétés et ces participations constituent à leur tour le gage des créanciers de la société Holding. Il n'est donc pas exclu que la faillite de la société Holding rejaillisse sur les sociétés dépendantes qui, en perdant une partie de leur capital, peuvent se retrouver elles-mêmes en état de faillite.

En revanche, la faillite d'une société dépendante n'aura, en principe, aucune incidence sur la société Holding qui est protégée par sa personnalité morale distincte de celle de la société dépendante.

198- Cette manière de concevoir l'extension de la procédure se retrouve dans d'autres législations des pays arabes. Ainsi, en droit libanais, la faillite de la société en nom collectif emporte automatiquement la faillite de ses associés. C'est ainsi que l'article 53 du Code de commerce libanais énonce : « *Chacun des associés d'une société en nom collectif doit être considéré comme faisant lui-même le commerce sous une raison sociale ; chacun acquiert la qualité égale de commerçant et la faillite de la société entraîne les faillites individuelles de tous les associés* ». Cependant, le droit positif libanais considère que chacune des faillites ainsi ouverte est indépendante des autres et son règlement est autonome puisque l'on considère que la faillite de l'associé n'englobe que les biens de ce dernier alors que les créanciers de la société ont pour gage les biens de cette dernière. Seuls les créanciers de la société peuvent déclarer leurs créances dans la faillite de cette dernière et si ces créanciers souhaitent exercer leurs droits aussi sur les biens de chaque associé, ils seront dans l'obligation de déclarer leurs créances dans chacune de ces faillites¹⁵⁹. Cette solution est expressément consacrée par l'article 665 du même Code. Ce texte prévoit que, dans les sociétés en nom collectif, et il en est de même des commandités dans les sociétés en commandite, doivent déclarer leur cessation des paiements dans les vingt jours de la cessation des paiements de la société et le texte ajoute : « *Le tribunal déclarera par un même jugement la faillite de la société et celle des associés solidaires et*

¹⁵⁹ Sur ces points, v. Taha, op. cit., p. 317.

nommera en principe un seul juge-commissaire et un même syndic, bien que ces diverses faillites restent distinctes et que la masse de chacune d'elles soit différemment constituée ».

199- En cas de faillite d'une société anonyme, cette faillite se limite normalement à la seule société, sous réserve de deux exceptions :

- même si le président du conseil d'administration de la société anonyme n'est pas considéré comme un commerçant, l'article 155 du Code de commerce libanais prévoit que le tribunal de commerce doit lui appliquer les déchéances prévues par la loi à la faillite si la société est déclarée en faillite et que celle-ci est imputable au dol ou à des fautes graves dans la direction des affaires sociales,

- la seconde exception est prévue à l'article 167 du même Code. Ce texte prévoit qu'en cas de faillite de la société faisant apparaître une insuffisance d'actifs, le tribunal de commerce peut, soit à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, soit à celle du ministère public, soit même d'office, décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, par les administrateurs et toutes autres personnes investies d'un mandat de direction ou de contrôle, avec ou sans solidarité¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Le Tribunal de première instance de Beyrouth a décidé, par jugement du 30 juillet 1964 (coll. Hatem, vol. 56, p. 27, n° 6) que les membres du conseil d'administration et le directeur général de la société ont pour mission de fixer la marche de cette dernière et ses objectifs économiques et il est raisonnable, si la société est déclarée en faillite, de les considérer responsables de cette faillite pour faute de gestion ou de direction de la société. Mais, cette responsabilité ne peut pas être étendue à d'autres salariés de la société, quel que soit le rôle qu'ils jouent dans la direction de cette dernière. V. aussi, Cour d'appel de Beyrouth, 11 février 1965 (coll. Hatem, vol. 59, p. 33, n° 2).

Conclusion du Chapitre 2

200- Le droit français et le droit saoudien subordonnent l'ouverture de la procédure collective à la situation dans laquelle se trouve le débiteur. En droit français, la cessation des paiements dont le droit positif s'efforce de préciser les conditions, est le critère qui permet de choisir entre les trois procédures collectives mises en place : la procédure de sauvegarde ne peut pas être ouverte si le débiteur se trouve en état de cessation des paiements et si cet état est établi, le tribunal prononcera nécessairement soit la procédure de redressement judiciaire, soit celle de la liquidation judiciaire. Le choix entre l'une et l'autre se fera sur l'examen de la possibilité ou non de parvenir au redressement de l'entreprise. Le droit saoudien qui ne connaît qu'une seule procédure, à savoir la faillite, se distingue non seulement du droit français mais aussi des législations de la plupart des pays arabes, en subordonnant la mise en place de la procédure à la vérification que les dettes du débiteur excèdent ses biens. Le droit des sociétés prévoit l'ouverture de cette même procédure dans l'hypothèse où la société à responsabilité limitée ou la société anonyme perd la moitié de son capital. Cette position du droit saoudien ne correspond pas à ses objectifs de protection des droits des créanciers. Néanmoins, elle s'explique par l'idée que les règles sur la faillite sont d'une sévérité telle qu'elles ne doivent trouver application qu'à un débiteur qui se trouve dans une situation déterminée, celle de ses dettes qui dépassent ses biens.

L'ouverture de la procédure peut conduire le juge français à l'étendre à d'autres débiteurs en cas de confusion des patrimoines ou de fictivité de la personne morale. Cette extension n'est pas prévue en tant que telle en droit saoudien pas plus que dans les autres législations des pays arabes étudiés, même si l'ouverture de la faillite d'une société a pour effet la déclaration, parfois automatique, de certains de ses associés en faillite ou encore la possibilité pour le tribunal de condamner les dirigeants de la société au comblement de son passif.

Conclusion du titre 1

201- La comparaison du droit saoudien et du droit français a permis de comprendre que les problèmes relatifs à la détermination des conditions d'ouverture de la procédure collective sont les mêmes dans les deux systèmes : la nécessité de définir avec précision les personnes physiques et morales qui sont soumises à ces procédures, la situation d'activité du débiteur, la nécessité de prévoir des règles générales à toutes ces personnes, avec la nécessité aussi d'adapter parfois ces règles aux particularités que présentent le débiteur, la nécessité de vérifier dans quel état celui-ci se trouve et la possibilité d'étendre à d'autres personnes la procédure ouverte à l'égard de ce débiteur.

Mais les divergences, souvent profondes, entre les deux systèmes apparaissent dans la réglementation consacrée à ces problèmes : l'évolution constante que le droit français a connue a eu pour résultat que de plus en plus de personnes sont soumises à la réglementation des procédures collectives, alors que le droit saoudien continue à limiter cette procédure aux seuls commerçants ; le critère d'ouverture et du choix de la procédure reste en droit français la cessation des paiements du débiteur, alors que le droit saoudien consacre, quant à lui, une notion qui lui est propre, celle des dettes du débiteur qui excèdent ses biens ; quant à la procédure ouverte, elle peut être étendue en droit français à d'autres personnes alors que le droit saoudien refuse de faire de cette extension une solution de principe.

Ces divergences sont en réalité le reflet de la philosophie du droit des procédures collectives dans l'un et l'autre pays. En droit français, on cherche à assurer une certaine protection du débiteur afin de le rétablir dans une situation saine alors qu'en droit saoudien la faillite se caractérise par la répression. C'est peut-être ce qui explique qu'elle soit limitée aux seuls commerçants qui se retrouvent dans une situation financière déterminée, évitant ainsi d'appliquer ces mêmes règles à d'autres débiteurs.

Titre 2 : La procédure d'ouverture

202- La procédure d'ouverture commence par une nécessaire intervention du tribunal et le jugement que celui-ci rendra est soumis à un régime propre. Nous examinerons successivement :

Chapitre 1 : La nécessaire intervention du tribunal

Chapitre 2 : Le régime du jugement d'ouverture de la procédure

Chapitre 1 - La nécessaire intervention du tribunal

203- Il est unanimement admis que l'intervention d'un tribunal étatique est nécessaire pour l'ouverture et la mise en place d'une procédure collective. Après avoir exposé ce principe, nous exposerons les modalités de la saisine du tribunal.

Section 1 -

La compétence exclusive des tribunaux étatiques dans l'ouverture et la mise en place d'une procédure collective

204- Les occasions n'ont pas manqué de remettre en cause le principe de la compétence exclusive des tribunaux étatiques dans l'ouverture et la mise en place d'une procédure collective. Deux d'entre elles méritent d'être examinées : la première est la théorie de la faillite de fait ou faillite virtuelle et la seconde se rapporte au conflit qui peut surgir entre le droit des procédures collectives et l'arbitrage. La doctrine en Arabie Saoudite et dans les autres pays arabes se

montre davantage préoccupée par la théorie de la faillite de fait, surnommée aussi la faillite virtuelle. Le droit français a connu cette théorie qui a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence.

§ 1 : La théorie de la faillite de fait ou faillite virtuelle

A - Le droit français

205- En vertu de la théorie de la faillite de fait ou faillite virtuelle, les tribunaux, s'ils constatent que le débiteur se trouvait en état de cessation des paiements, pouvaient appliquer certaines règles prévues en matière de faillite même si celle-ci n'avait pas été déclarée.

Cette théorie, largement condamnée par la doctrine, avait été pourtant retenue par la jurisprudence notamment pour parvenir à la poursuite et à la répression pour crime ou délit de banqueroute d'un commerçant qui n'avait pas été officiellement déclaré en faillite¹⁶¹. En pratique, l'appel à cette théorie apparaissait utile pour l'exercice de l'action publique puisque le ministère public ne pouvait pas demander lui-même la déclaration de faillite alors que seuls les faillis pouvaient commettre le crime ou le délit de banqueroute. Allant au-delà de cette application limitée de la théorie de faillite de fait ou faillite virtuelle, la jurisprudence avait eu recours à la même théorie pour sanctionner les actes accomplis par le commerçant pendant la période suspecte ou encore pour annuler des traités particuliers conclus entre le débiteur et certains de ses créanciers au détriment d'autres créanciers. La jurisprudence admettait même, en cas de faillite de fait ou de faillite virtuelle, la restriction des droits des créanciers privilégiés et ceux de la femme mariée¹⁶².

¹⁶¹ Cass. crim., 7 novembre 1811, S. 1811.1.371 ; Civ., 8 févr. 1888, D. 1888.1.311 ; 15 févr. 1897, D. 1897.112 ; 18 janv. 1836, D.H. 1836.85.

¹⁶² Sur ces points, v. Civ. 15 févr. 1896, D. 1897.1.112, S. 1897.1.233 ; Req., 13 mars 1899, S. 1900.1.126.

206- Cette jurisprudence dans son ensemble avait rencontré une opposition doctrinale très importante¹⁶³. Elle lui reprochait son caractère restrictif puisque ses conséquences étaient limitées aux poursuites individuelles exercées par des créanciers, ce qui portait atteinte au caractère nécessairement collectif de la procédure dont l'application permettait d'assurer l'égalité entre les créanciers et le traitement global de la situation du débiteur. Le législateur devait se montrer attentif à ces critiques puisque le décret du 20 mai 1955 ainsi que la loi du 13 juillet 1967 ont posé le principe selon lequel seule l'existence d'un jugement déclaratif de faillite pouvait permettre de faire application des règles sur le règlement judiciaire ou la liquidation des biens¹⁶⁴.

Si, actuellement, la théorie de la faillite faite ou faillite virtuelle paraît, en droit français, appartenir au passé, elle continue à produire certaines conséquences, notamment à l'occasion de la répression du délit de banqueroute.

207- L'article L. 654-1 C. com. précise les éléments constitutifs du délit de banqueroute : le premier est relatif à la qualité de l'auteur des faits incriminés et l'on retrouve ici l'énumération de toutes les personnes à l'égard desquelles une procédure collective peut être ouverte, alors que le second élément constitutif se rapporte à l'ouverture d'une procédure. C'est ainsi que les poursuites pour délit de banqueroute ne peuvent être engagées que si une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte à l'égard du débiteur, qui plus est pour des faits postérieurs à la cessation des paiements. Cependant, la jurisprudence admet la recevabilité des poursuites pour banqueroute, même si le jugement d'ouverture a été annulé¹⁶⁵, ce qui a permis à certains auteurs de considérer que cette jurisprudence constitue une « *renaissance de la faillite virtuelle* »¹⁶⁶. Malgré tout, nous pouvons dire que cette théorie de la faillite de fait ou faillite virtuelle appartient, en droit français, au passé.

¹⁶³ V. Fourcade, Des faillites non déclarées, 1899 ; Bonnecase, La faillite virtuelle, Thèse Toulouse, 1904.

¹⁶⁴ V. article 6, alinéa 4, de la loi du 13 juillet 1967.

¹⁶⁵ Cass. crim., 24 mars 2010, Rev. Sociétés 2010, p. 464.

¹⁶⁶ H. Matsopoulos, note sous Cass. Crim., 24 mars 2010, préc.

B - Le droit saoudien

208- Le droit saoudien ne consacre pas la théorie de faillite de fait ou de faillite virtuelle. Il rejoint ainsi certains systèmes juridiques des pays arabes, comme le système syrien. Mais il s'éloigne d'autres systèmes qui consacrent cette théorie, ce qui est le cas du droit égyptien et du droit libanais.

209- En Egypte, le Code de commerce de 1883 prévoyait dans son article 215 que « *le tribunal de première instance ou le tribunal pénal peut, à l'occasion de l'examen d'une affaire déterminée, examiner aussi à titre subsidiaire si le débiteur se trouve en état de cessation des paiements même si aucun jugement de faillite n'avait été rendu à son égard* ». La chambre criminelle de la Cour de cassation d'Egypte a décidé que « *les principes juridiques permettent au juge pénal de rechercher d'office si le prévenu est dans un état de faillite réelle et peut, à cette occasion, considérer qu'il se trouve en état de cessation des paiements et fixe la date de cette cessation des paiements*¹⁶⁷. Cependant, et contrairement au principe général de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal, la jurisprudence égyptienne refuse de considérer que la constatation, à titre subsidiaire, par le juge pénal, de la faillite du prévenu n'oblige pas le juge commercial à déclarer l'intéressé en faillite »¹⁶⁸.

Cependant, le nouveau Code de commerce d'Egypte ne reprend pas cette théorie et il semble qu'elle ait été délaissée en droit égyptien. Mais, il n'en va pas de même en droit libanais où l'article 498 du Code de commerce, texte qui est toujours en vigueur, décide : « *Lorsque, au cours d'une instance civile, commerciale ou pénale, les juges constatent incidemment l'état manifeste de faillite d'un commerçant, ils peuvent, bien que la faillite n'ait pas été déclarée, en appliquer les règles de fond, telles qu'elles sont fixées par le présent livre* ».

¹⁶⁷ Cass. crim. Egypte, 25 avr. 1932, Rec. des décisions judiciaires, p. 529.

¹⁶⁸ Chambre mixte d'Egypte, 22 mars 1915, B, 29-230, Cour d'appel mixte d'Egypte, 8 mars 1944, B, 56-73.

210 La doctrine considère que ce texte permet au juge civil ou au juge pénal à l'occasion d'une affaire pendante devant lui de considérer que le commerçant se trouve en état de faillite s'il remplit les conditions de cette dernière, autrement s'il se trouve en état de cessation des paiements. La doctrine libanaise critique ouvertement ce texte et considère qu'il est en totale contradiction avec le principe qu'une faillite ne peut exister que si un juge compétent la prononce formellement¹⁶⁹.

§ 2 : Arbitrage et faillite

211- Il n'a jamais été question de confier à l'arbitrage les questions relatives aux entreprises en difficulté. De nombreux obstacles s'y opposent, à la fois formels et de fond.

On sait que l'arbitrage repose sur un accord des parties d'y recourir. L'article 1442 du Code de procédure civile décide bien que la clause compromissoire et le compromis sont les deux formes que prend la « *convention* » d'arbitrage. Sans l'accord des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage, celui-ci ne peut pas être envisagé et l'on connaît à cet égard les discussions auxquelles donnent lieu les cas dans lesquels il apparaît possible d'étendre la convention d'arbitrage à une partie qui n'avait pas, au départ, formulé expressément sa volonté en ce sens. L'exemple classique est celui d'une convention d'arbitrage conclue par une société membre d'un groupe avec un tiers et la jurisprudence considère que l'effet de cette convention s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et aux litiges qui peuvent en résulter¹⁷⁰.

¹⁶⁹ S. Boustani, op. cit., p. 119 ; E. Nassif, op. cit., p. 196. En droit égyptien, v. M. Taha, op. cit., p. 340 à 346.

¹⁷⁰ Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 129, D. 2007.AJ.1986, obs. Delpech, D. 2008, pan. 184, obs. Clay, RTDCiv., 2008, 541, obs. Théry ; sur l'extension de la clause compromissoire à des contrats mettant en œuvre la même opération économique, v. Paris, 23 nov. 1999, Rev. arb. 2000.501 ; v. aussi, 21 févr. 2002, RTDCom. 2002.277, obs. Loquin.

De même, dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la convention d'arbitrage se transmet avec l'action contractuelle, sous réserve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette convention¹⁷¹. En cas de cession d'une créance, la jurisprudence considère que cette cession comprend les accessoires de la créance, y compris la clause compromissoire insérée dans le contrat passé entre le cédant et le cédé qui est ainsi transmise au cessionnaire de la créance¹⁷². De même, le porteur du connaissement ne peut se voir opposer la clause de la charte partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part¹⁷³.

212- Il résulte de l'ensemble de cette jurisprudence qu'une convention d'arbitrage peut difficilement être convenue entre une multitude de parties, en particulier le créancier ainsi que le ministère public, pour qu'un seul tribunal arbitral puisse être saisi de la procédure.

Au-delà de ces considérations, et quand bien même une convention d'arbitrage puisse être envisagée, des considérations tenant au droit des procédures collectives s'opposent à laisser ce droit à l'appréciation d'un juge autre qu'un juge étatique. Notre matière est dominée par l'ordre public interne et international¹⁷⁴. Elle poursuit de nombreux objectifs, tous mettant en cause l'ordre public : nous avons déjà vu la nécessité de sauver l'entreprise et, avec elle, l'emploi¹⁷⁵. Deux autres séries de considérations doivent être mentionnées : d'une part, la volonté d'assainir le marché économique local et, d'autre part, la volonté d'assurer, le plus possible, la protection de ceux qui ont pu légitimement se fier au système français.

¹⁷¹ Civ. 1^{re}, 6 février 2001, Bull. civ., I, n° 22, D. 2001.Somm. 1135, obs. Ph. Delebecque, Rev. Arb. 2001.765, note D. Cohen. La Cour de cassation précise aussi qu'en matière internationale la clause d'arbitrage juridiquement indépendante du contrat principal est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels, Civ. 2, 28 mai 2002, Bull. civ. II, n° 146.

¹⁷² Civ. 2, 20 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 198, RTDCom. 2002.279, obs. Loquin.

¹⁷³ Com., 4 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 180.

¹⁷⁴ V. le rappel de ce principe à propos de la suspension des poursuites individuelles : Civ. 1^{re}, 6 mai 2009, Bull. civ., I, n° 86, RTDCom. 2009.546, obs. Loquin.

¹⁷⁵ V. supra, n°

213- S'agissant de la volonté d'assainir le marché économique local, si l'on déclare une personne en faillite, c'est que, par hypothèse, elle n'a pas honoré ses engagements et se trouve dans l'impossibilité de les honorer. Elle pourrait être tentée de ne pas en honorer d'autres. La déclaration de faillite va l'empêcher de continuer à se livrer à des opérations en sachant qu'elle risque de ne pas les honorer. Il devient ainsi essentiel d'écarter les mauvais débiteurs du marché économique.

De même, il est nécessaire d'assurer la protection des créanciers qui ont pu légitimement se fier au système juridique français. Les créanciers qui déposent leurs fonds dans un établissement financier doivent pouvoir, légitimement, se fier à la protection qu'assure le système bancaire français. Ils peuvent espérer, en cas de déroute de l'établissement financier, bénéficier de la protection qu'assure la loi française dans une telle situation.

Pour l'ensemble de ces raisons, il est unanimement admis qu'il n'est guère possible de laisser à l'arbitrage le traitement des entreprises en difficulté¹⁷⁶.

214- Pour autant, des conventions d'arbitrage ont pu être conclues par le débiteur avant qu'il soit placé dans une procédure collective. De même, les organes de la procédure peuvent trouver intérêt à conclure des conventions d'arbitrage en cours de procédure. Ces conventions seront-elles privées de toute efficacité ? La jurisprudence est loin de le penser. En voici un aperçu.

La Cour de cassation déclare que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances¹⁷⁷. Cet arrêt pourrait signifier qu'une fois la procédure de vérification des créances effectuée, la convention d'arbitrage pourrait trouver application et le litige sera bien soumis à l'arbitrage. En effet, la

¹⁷⁶ V., en particulier, P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janv. 1985 », *Rev. arb.* 1987.127 ; « Arbitrage et procédure collective », *Rev. arb.* 1983.255 ; Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1998.471.

¹⁷⁷ Com. 2 juin 2004, D. 2004.Somm. 3184, obs. Clay, RTDCom. 2004.439, obs. Loquin, *Act. proc. coll.* 2004, n° 158, obs. Vallansan.

Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait jugé que l'article L. 621-40 C. com. ne peut avoir pour effet de rendre nulle une clause d'arbitrage valablement conclue avant que les sociétés en cause ne soient dessaisies de leurs droits, ajoutant que la règle d'ordre public de la suspension des poursuites individuelles et l'obligation pour le créancier de se soumettre à la procédure de vérification des créances ne s'opposent pas à la constitution du tribunal arbitral, ce dernier étant seul juge pour statuer sur la validité ou les limites de son investiture¹⁷⁸. De même, il a été décidé que lorsque l'instance arbitrale formée contre le débiteur a été commencée avant l'ouverture de la procédure, l'instance arbitrale est, en application de l'article L. 621-41 C. com., suspendue jusqu'à ce que le créancier ait déclaré sa créance. Après déclaration, l'instance reprend en présence de l'administrateur et du représentant des créanciers qui doivent être appelés en la cause, le tribunal ne pouvant statuer que sur le principe et le montant de la créance sans pouvoir condamner le débiteur à exécuter¹⁷⁹. En revanche, lorsque la procédure d'arbitrage n'a pas commencé avant l'ouverture du redressement, le créancier, en application de l'article L. 621-40 C. com., ne peut plus saisir le tribunal arbitral mais seulement déclarer sa créance et attendre sa vérification. De même, lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours du jugement d'ouverture, le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable¹⁸⁰. Le droit français est donc loin de paralyser les conventions d'arbitrage en cas de procédure collective ouverte à l'égard du débiteur. Mais, cet arbitrage ne peut en aucun cas ni remettre en cause la compétence exclusive des tribunaux étatiques pour statuer sur la procédure collective ni influencer sur la marche de la procédure elle-même. Bien au contraire, il est subordonné aux exigences d'ordre public qui s'imposent en la matière¹⁸¹.

¹⁷⁸ Com., 2 juin 2004, cité à la note précédente.

¹⁷⁹ Paris, 3 mars 1998, Rev. arb. 2003.207, obs. Fouchard.

¹⁸⁰ Com. 2 juin 2004, RTDCom. 2004.439, obs. Loquin et p. 808, obs. Martin-Serf, Rev. arb. 2004.591, note Ancel.

¹⁸¹ Sur la question, v. C. Seraglini et J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, 2013, n° 656.

Section 2 – **Les modalités de la saisine du tribunal**

§ 1 : Les auteurs de la saisine

A - Le droit français

215- Le droit français institue trois procédures collectives : la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. Pour déterminer les personnes qui ont qualité pour saisir le tribunal, les textes distinguent, d'une part, la sauvegarde et, d'autre part, le redressement et la liquidation judiciaires.

1 - L'ouverture d'une procédure de sauvegarde

216 La procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique¹⁸². Son but est d'éviter au débiteur les poursuites de ses créanciers dans l'espoir qu'il puisse parvenir au redressement de la situation, autrement dit à sauver l'entreprise et l'emploi. Toute cette procédure repose donc sur l'entreprise elle-même qui cherche la sauvegarde. Il était alors légitime de laisser à l'entreprise elle-même et, plus précisément, au chef de cette entreprise, le soin de demander l'ouverture d'une sauvegarde. Il appartiendra au juge d'apprécier l'opportunité de l'ouverture de la procédure. Mais, pour la demande d'ouverture elle-même, le monopole est réservé au chef de l'entreprise. L'article L. 620-1 énonce que la procédure de sauvegarde est ouverte « *sur demande (du) débiteur* ».

¹⁸² Com. 8 mars 2011, D. 2011.919, note Le Corre, D. 2011, Pan. 2069, obs. F.-X. Lucas, JCP E 2011.1215, note Couret et Dondero.

Les dispositions réglementaires sont encore plus explicites. Ainsi, l'article R. 621-1 énonce que : « *La demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est déposée par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique*¹⁸³ ».

217- La demande présentée par le chef d'entreprise expose la nature des difficultés qu'il rencontre et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter. Le même article R. 621-1 énumère dans le détail les documents qui doivent être joints à la demande d'ouverture et, parmi ces documents, une place privilégiée est réservée à ceux qui éclairent le juge sur la nature des difficultés rencontrées et les raisons pour lesquelles l'entreprise n'est pas en mesure de les surmonter. C'est ainsi que la demande doit être accompagnée d'une situation de trésorerie récente, un compte de résultats prévisionnels, l'inventaire des biens du débiteur ainsi qu'une attestation certifiant l'absence de mandat ad hoc ou de procédure de conciliation. Dans sa rédaction issue du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014, cet article R. 621-1 a été complété et précise désormais que lorsque la demande est formée par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée pour l'activité à laquelle un patrimoine a été affecté, les dettes portées sur l'état chiffré sont celles qui sont affectées à ce patrimoine et celles qui sont nées à l'occasion de l'exercice de cette activité.

218- Si le chef d'entreprise est le seul qui a le pouvoir de demander l'ouverture de la procédure, en revanche, il doit respecter certaines conditions, à la tête desquelles la soumission de la décision du débiteur au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel. L'article 2323-6 du Code du travail décide bien que ce comité d'entreprise ou les délégués du personnel doivent être informés ou consultés « *sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail ...* ». Donc, le chef d'entreprise doit consulter ou soumettre sa décision à ce comité d'entreprise ou aux délégués du personnel. L'article R. 621-2 rappelle cette obligation et exige qu'il soit justifié de son respect.

¹⁸³ Les tribunaux déclarent irrecevable une demande en ce sens émanant d'un créancier. V. Metz, 17 avr. 2007, Gaz. Pal. 20-21 juill. 2007.24, obs. Lebel.

2 - L'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaires

219- L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est subordonnée à l'existence d'un état de cessation des paiements du débiteur. Nous avons vu aussi que, malgré cet état de cessation des paiements, le débiteur peut éviter l'ouverture d'une procédure collective et recourir à une conciliation, mais à la condition dans ce cas que la cessation des paiements ne dure pas depuis plus de 45 jours. Dans cette hypothèse, on peut penser que la cessation des paiements est une situation passagère et, probablement surmontable, par le recours à une conciliation.

220- Mais, si la cessation des paiements est un état qui paraît irrémédiable, surtout s'il dure depuis plus de 45 jours, seule l'ouverture d'une véritable procédure collective, le redressement ou la liquidation, constituera le remède approprié. Dans cette hypothèse, il appartient au débiteur de procéder à la déclaration de sa cessation des paiements sous peine qu'il soit soumis à des sanctions. Cependant, on remarque dans la pratique qu'il y a relativement peu de débiteurs qui procèdent eux-mêmes à la déclaration de cessation des paiements. C'est la raison pour laquelle la loi réserve à d'autres personnes le droit de demander l'ouverture de la procédure collective. Nous distinguerons ainsi la saisine du tribunal par le débiteur (1) ou par d'autres personnes (2).

a - La saisine par le débiteur

221- L'article L. 631-4 pour le redressement judiciaire et l'article L. 640-4 pour la liquidation judiciaire énoncent, en des termes identiques, que l'ouverture de la procédure « *doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation* ».

La saisine du tribunal résulte d'une déclaration de l'état de cessation des paiements dans lequel le débiteur se trouve. La réglementation proprement dite de la saisine se trouve dans la partie réglementaire du Code (des articles R. 631-1 et s.). Ces textes énumèrent les documents qui doivent accompagner la demande et ajoutent que si le débiteur est décédé en état de cessation des paiements, la déclaration pourra être faite par les héritiers.

222- Il s'agit là d'une obligation qui est faite au débiteur de déclarer l'état de cessation des paiements. S'il ne le fait pas, il sera exposé à des sanctions et c'est ainsi que, à titre d'exemple, d'après l'article L. 653-8 C. com., il pourra se voir interdire de diriger, de gérer ou d'administrer une entreprise. De même, le tribunal pourra estimer qu'en retardant la constatation de la cessation des paiements, le débiteur a maintenu artificiellement son entreprise en difficulté, ce qui aurait pu porter préjudice aux tiers qui ont traité avec cette entreprise. Dans ce cas, le débiteur pourra être condamné personnellement à des dommages et intérêts au profit de ces tiers.

Il faut croire que, malgré ces sanctions, il arrive fréquemment qu'un débiteur, même en état de cessation des paiements, ne procède pas lui-même à la déclaration. La saisine pourra alors être l'œuvre d'autres personnes.

b - La saisine par d'autres personnes

223- Si, pour le débiteur, la demande d'ouverture de la procédure collective est obligatoire, il n'en va pas de même pour les autres personnes pour lesquelles elle est donc toujours facultative. Les personnes qui ont le droit de demander cette ouverture sont énumérées par les articles L. 631-5 pour le redressement et L. 640-5 pour la liquidation judiciaire. Les textes énoncent, ici aussi, en des termes identiques, que lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure ou sur l'assignation d'un créancier. Auparavant, les textes permettaient au tribunal de se saisir d'office. Avant d'examiner la situation de toutes ces personnes qui peuvent demander l'ouverture de la procédure collective, il faut relever une condition qui leur est commune : les deux textes précités réservent

l'existence d'une procédure de conciliation en cours. Donc, s'il y a cette conciliation qui est en cours, personne ne pourra demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation. Il faut attendre l'issue de la procédure de conciliation. De même, on relève que, parmi les personnes énumérées par les textes, ne figurent pas les salariés. Cela veut dire qu'en tant que salariés, ceux-ci ou encore leurs représentants ne peuvent pas demander directement l'ouverture de la procédure collective. Ils pourront le faire, mais d'une manière indirecte, par exemple, en se prévalant de leurs qualités de créanciers ou encore en communiquant, notamment, au ministère public, les faits qui révèlent la cessation des paiements et ce sera alors le ministère public qui prendra l'initiative de la demande d'ouverture. Cette solution est d'ailleurs prévue par les textes, comme c'est le cas de l'article L. 631-6 C. com.

Voyons de plus près les personnes qui peuvent demander l'ouverture de la procédure.

Les créanciers

224- Il résulte des articles L. 631-5 et L. 640-5 que la procédure peut être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance. En d'autres termes, qu'il s'agisse d'une créance civile ou commerciale, qu'il s'agisse d'une créance professionnelle ou non, le créancier peut demander l'ouverture de la procédure à la condition que sa créance soit certaine, liquide et exigible. Ces conditions suffisent et il n'est pas besoin que la créance revête d'autres conditions¹⁸⁴. Cette demande qui se fait sous la forme d'une assignation est normalement dirigée contre le débiteur et obéit elle aussi à des conditions dont nous retrouvons l'essentiel dans la partie réglementaire du Code. Ainsi, l'article R. 631-2 prévoit les précisions que l'assignation doit fournir : la nature et le montant de la créance ainsi que tout élément de preuve de nature à caractériser la cessation des paiements. Le même texte ajoute que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, et il en est de même pour la liquidation est, à peine d'irrecevabilité, exclusive de toute autre demande. Ainsi, le créancier qui

¹⁸⁴ Ainsi, il n'est pas nécessaire que la créance soit dotée d'un titre exécutoire, v. Lyon, 22 avr. 2004, BICC 2005, n° 1764.

demande l'ouverture d'une procédure collective ne peut pas, en même temps, demander le paiement de sa créance. Cette pratique était admise auparavant, notamment sous l'empire de la loi de 1967. La plupart du temps, elle constituait une mesure de pression sur le débiteur pour l'amener à payer sous la menace qu'une procédure collective soit ouverte à son égard. Cette pratique est désormais condamnée et le créancier ne peut demander que l'ouverture seulement d'une procédure collective. Cette demande ne peut pas être accompagnée d'aucune autre.

Le ministère public

225- Les textes décident que le tribunal peut être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure collective. Le ministère public est considéré comme le défenseur de l'intérêt général et de l'ordre public. Le droit des entreprises en difficulté est destiné à la sauvegarde de l'entreprise et des emplois. L'ordre public et l'intérêt général sont ainsi directement en cause. C'est ce qui explique le pouvoir donné par les textes au ministère public de demander l'ouverture de la procédure collective.

Ici, et contrairement à la demande formée par un créancier, c'est la voie de la requête qui est empruntée. Une fois que le tribunal est saisi par cette requête, le président du tribunal convoque le débiteur et la requête du ministère public sera jointe à cette convocation. Si le ministère public présente une requête à l'égard d'un débiteur décédé en cessation des paiements, la citation sera adressée aux héritiers.

Le problème de la saisine d'office du tribunal

Les textes prévoyaient tous la possibilité de la saisine d'office du tribunal. Il s'agissait, pour lui, de vérifier si la sauvegarde de l'entreprise et des emplois est possible et c'est la raison pour laquelle des textes lui donnaient la possibilité de se saisir d'office de la procédure, autrement dit de prendre lui-même l'initiative d'ouvrir la procédure.

Mais, cette saisine d'office a été condamnée par le conseil constitutionnel dans sa décision du 7 décembre 2012¹⁸⁵. Dans cette décision, le Conseil a déclaré que ni l'article L. 631-5 ni aucune autre disposition ne fixant les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas de sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier, les dispositions de l'article L. 631-5 confiant au tribunal la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et doivent donc être déclarées contraires à la Constitution. Cette décision a pour effet l'abrogation des textes donnant compétence au tribunal de se saisir d'office. L'ordonnance du 12 mars 2014 a tiré les conséquences de cette décision et ne prévoit plus la possibilité de la saisine d'office du tribunal.

B - Le droit saoudien

226- Aux termes de l'article 108 du règlement n° 32 relatif au tribunal de commerce la déclaration de faillite sera faite sur demande soit du débiteur, soit d'un créancier.

Le débiteur demande donc lui-même au tribunal de le déclarer en faillite et la doctrine saoudienne considère qu'une telle demande, loin d'être considérée comme une mesure par laquelle le débiteur cherche sa propre déroute, montre sa bonne foi et sa volonté de ne pas causer de dommages à ses créanciers¹⁸⁶. Dans les autres pays arabes, il est prévu aussi que le tribunal peut être saisi sur demande du débiteur. Ainsi, l'article 491 du Code libanais de commerce décide : « *Le tribunal peut être saisi d'abord par la déclaration du commerçant lui-même ; celui-ci est*

¹⁸⁵ Décision n° 2012-286 QPC, Rev. soc. 2013.177, obs. Henry ; JCP E 2013.1048, note Fricéro ; Ibid 1216, n° 1, obs. Pétel ; JCP 2013.50, note Gerbay.

¹⁸⁶ Karman, op. cit., p. 317.

tenu sous peine de commettre le délit de banqueroute simple, de faire cette déclaration dans les 20 jours de la cessation de ses paiements, en même temps qu'il dépose un bilan détaillé et certifié conforme de sa situation active et passive ».

Il en est de même en droit égyptien et en droit syrien¹⁸⁷.

227- Même si le débiteur peut lui-même demander d'être déclaré en faillite, le tribunal saisi garde un entier pouvoir de faire droit à cette demande ou de la rejeter. En d'autres termes, une demande faite par le débiteur n'oblige pas le tribunal à déclarer sa faillite. Si le tribunal constate que le demandeur n'est pas un commerçant ou, étant un commerçant, il a mal apprécié sa situation financière, craignant une crise qui s'avèrerait être en réalité passagère, sa demande sera rejetée. Elle le sera aussi si le tribunal constate que la demande de déclaration de faillite est une manœuvre de sa part destinée à amener ses créanciers à composer avec lui craignant de perdre totalement ou partiellement leurs créances.

228 La situation est la même pour les sociétés¹⁸⁸. Il en est ainsi de même dans les autres législations des pays arabes. Au Liban, l'article 663 du Code de commerce énonce : « *Toutes les sociétés commerciales, à l'exception des sociétés en participation, sont susceptibles de retenir le concordat préventif ou d'être déclarées en état de faillite* ». L'article 665 du même Code ajoute : « *Tous les associés, dans les sociétés en nom collectif, et les commandités dans les sociétés en commandite doivent faire également, en ce qui les concerne, la déclaration exigée par le présent Code dans les vingt jours de la cessation des paiements de la société* ». Le même texte ajoute que le tribunal déclarera par un même jugement la faillite de la société et celle des associés solidaires et nommera en principe un seul juge-commissaire et un même syndic, bien que ces diverses faillites restent distinctes et que la masse de chacune d'elles soit différemment constituée.

¹⁸⁷ Taha, op. cit., p. 352.

¹⁸⁸ Mansour, La faillite des sociétés, op. cit.

229- L'article 109 du règlement saoudien précise que le commerçant qui présente une demande en déclaration de faillite doit présenter un certain nombre de documents comme ses cahiers de commerce et les titres de créances, le tout accompagné d'un récapitulatif dans lequel il expose son capital d'origine, c'est-à-dire dès qu'il a commencé son activité, et l'évolution de sa situation économique jusqu'au jour où il dépose sa demande. Ces documents sont destinés à éclairer le tribunal sur la situation financière du commerçant et à montrer si son activité commerciale était saine ou s'il avait eu un comportement douteux. Ces documents permettront au tribunal non seulement de déclarer le commerçant en faillite, mais aussi de déterminer la nature de la faillite qui sera ouverte, faillite réelle, faillite par négligence ou faillite frauduleuse.

230- La demande peut aussi être présentée par les créanciers, ce qui est d'ailleurs la situation la plus fréquente. La demande peut être faite par n'importe quel créancier et il n'est pas nécessaire qu'elle soit formée par l'ensemble des créanciers. Le droit saoudien reste muet sur ce point, même si l'article 108 du règlement précise que la déclaration de faillite peut être faite à la demande « *d'un créancier* ». L'article 492 du Code libanais de commerce est plus explicite lorsqu'il énonce que « *le tribunal peut aussi être saisi par l'assignation d'un ou de plusieurs créanciers* ».

En droit saoudien, comme dans tous les autres droits des pays arabes, la créance du créancier demandeur doit être exigible au moment où il forme sa demande et ce créancier doit lui aussi présenter les titres nécessaires à la preuve de sa créance comme il doit prouver la cessation des paiements du débiteur.

231 Le droit libanais organise davantage la saisine du tribunal par un créancier. Le même article 492 du Code de commerce décide que l'assignation faite par le créancier sera donnée à trois jours et ajoute que dans des cas urgents, tels que celui où le commerçant aurait fermé ses magasins et pris la fuite, ou bien aurait fait disparaître une partie importante de son actif, les créanciers pourront agir par voie de requête, sans citation. En ce cas, le tribunal statuera en chambre de

conseil¹⁸⁹. La doctrine libanaise considère que le créancier qui demande la déclaration de faillite de son débiteur peut se désister de sa demande et se borner à réclamer seulement le paiement de sa dette¹⁹⁰.

232 Voilà les deux seuls cas dans lesquels le tribunal peut déclarer la faillite. Le droit saoudien ne prévoit pas la possibilité d'une autre saisine. Ainsi, il ne prévoit pas la possibilité pour le ministère public de former une telle demande. Il ne prévoit pas non plus la possibilité pour le tribunal de se saisir d'office. Ainsi, si une affaire est pendante devant lui et qu'il constate que le commerçant est en état de cessation des paiements, le règlement n° 32 ne prévoit pas la possibilité pour ce tribunal de décider de lui-même l'ouverture de la procédure, sauf si l'une des parties en présence le lui demande, le débiteur lui-même ou son créancier. En quoi, sur ce dernier point, le droit saoudien s'éloigne des législations des autres pays arabes. L'article 493, al. 2, du Code de commerce libanais énonce que le tribunal « *pourrait même, le cas échéant, prononcer d'office la faillite* ». Cette solution est consacrée aussi en droit syrien¹⁹¹, en Egypte¹⁹², en Jordanie¹⁹³ et au Koweït¹⁹⁴.

233- En pratique, le tribunal ouvre d'office la faillite dans deux cas de figure : lorsque le commerçant a demandé un concordat préventif et qu'il se révèle que cette demande ne remplit pas les conditions requises, le tribunal rejette la demande et décide d'office de déclarer la faillite¹⁹⁵. De même, au cas où un créancier demande l'ouverture d'une faillite et qu'il se désiste de sa demande, le tribunal saisi pourra ici aussi prononcer lui-même la faillite du commerçant si les conditions de cette faillite sont réunies¹⁹⁶.

¹⁸⁹ V. A.M. Khalil, op. cit., p. 68 ; E. Nassif, op. cit., p. 152 ; Taha, op. cit., p. 352 ; A. Baroudi, op. cit., p. 286.

¹⁹⁰ S.Y. Boustani, op. cit., p. 132.

¹⁹¹ Article 610 du Code syrien de commerce.

¹⁹² Article 552 du Code égyptien de commerce.

¹⁹³ Article 320 du Code jordanien de commerce.

¹⁹⁴ Article 557 du Code de commerce koweïtien.

¹⁹⁵ Cour d'appel mixte d'Egypte, 15 avr. 1931, Rec. 43, 353.

¹⁹⁶ Cass. Egypte, 7 juill. 1955, Rec. des arrêts de la Cour de cassation, Tome 6, p. 1357 ; Trib. 1^{re} inst. Beyrouth, 3 juin 1966, Coll. Hatem, Tome 64, p. 36, n° 2.

Cette ouverture d'office de la faillite suppose que le tribunal saisi est compétent en la matière¹⁹⁷. De même, il est admis que seul le tribunal de première instance a compétence de déclarer d'office la faillite et non la Cour d'appel.

Il reste que dans les divers pays arabes, cette saisine d'office du tribunal est largement critiquée dans la mesure où elle repose sur la connaissance personnelle du tribunal de la situation du débiteur, ce qui est contraire au droit commun qui interdit au tribunal de statuer sur le fondement d'éléments dont il a personnellement connaissance. En tout cas, cette question n'est pas discutée en droit saoudien puisque celui-ci interdit purement et simplement la saisine d'office.

§ 2 : Le tribunal compétent

A - Le droit français

234 Comme chaque fois qu'il s'agit d'étudier la compétence judiciaire, une distinction doit être faite selon qu'il s'agit de la compétence d'attribution (ou compétence matérielle) ou de la compétence territoriale.

L'article L. 621-2 du Code de commerce décide que le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, le tribunal de grande instance dans tous les autres cas.

La compétence du tribunal dépend de la nature réelle de l'activité. Elle ne se ramène pas à une simple constatation de pure forme. Ainsi, pour une personne morale comme une association, le tribunal compétent est normalement le tribunal de grande instance. Mais, s'il est établi que cette association exerce en réalité une activité commerciale malgré son objet statutaire, le tribunal de commerce se déclarera compétent¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Sur la compétence, v. infra, n° 237 et s.

¹⁹⁸ Sur la compétence du tribunal de grande instance pour connaître de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un négociateur immobilier exerçant sous le statut d'agent commercial, v. Paris, 4 févr. 2010, Rev.

235- En cas d'extension de la procédure pour confusion des patrimoines ou fictivité de la personne morale, le tribunal initialement saisi reste compétent. Ainsi, si un tribunal de commerce s'était déclaré compétent et que la procédure doit être étendue à une personne physique non commerçante qui se livre à une activité professionnelle, le tribunal de commerce gardera sa compétence. L'ordonnance du 12 mars 2014 a clarifié cette situation en apportant la rédaction suivante à l'alinéa 2 de l'article L. 621-2 : « *Le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent pour ces demandes. Lorsque le débiteur soumis à la procédure initiale ou le débiteur visé par l'extension exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal statue en chambre de conseil après avoir entendu ou dûment appelé l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève* ».

236- Quant à la compétence territoriale, elle est fixée essentiellement dans l'article R. 600-1 C. com. : Le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. La question de la compétence territoriale se complique en cas de changement du siège de la personne morale. L'alinéa 2 de l'article R. 600-1 porte sur cette question : en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois qui ont précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Le délai de six mois prévu par le texte court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial. Ces règles de compétence subissent quelques modifications prévues également par les textes. Ainsi, l'article L. 662-2 C. com. énonce que lorsque les intérêts en présence le justifient, la Cour d'appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la Cour, pour connaître des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

proc. coll. 2010, n° 133, obs. Lebel. De même, le tribunal de commerce est compétent lorsqu'il s'agit d'une société civile immobilière dont l'objet social précise qu'elle peut se livrer à une activité de marchand de biens.

B - Le droit saoudien

237- Dans la mesure où, en droit saoudien, seul le commerçant peut être déclaré en faillite, la détermination du tribunal compétent à cet effet est bien simple : il s'agit de la section commerciale du tribunal des doléances dans le ressort duquel se trouve le domicile du débiteur ou son siège social. Cette compétence a été fixée par un règlement qui date de 1407 H.¹⁹⁹.

Dans d'autres pays arabes, la réglementation paraît plus complète. Ainsi, au Liban, l'article 490 du Code de commerce énonce que la faillite est déclarée par jugement du tribunal de première instance du lieu du principal établissement commercial. Ce texte règle à la fois la compétence d'attribution et la compétence territoriale. On en retient que le législateur refuse de créer des tribunaux de commerce spécialisés en la matière, ce qui signifie que le tribunal compétent est le tribunal civil, règle que le droit syrien consacre formellement puisque l'article 607 du Code syrien de commerce énonce que la faillite est déclarée par le tribunal civil de première instance²⁰⁰. De même, la compétence de ce même tribunal doit être retenue quel que soit le montant des sommes en litige. Ainsi, au Liban, l'article 32, al. 1^{er}, de la loi sur l'organisation judiciaire n° 7888 du 16 octobre 1961 énonce formellement que les litiges en matière de faillite sont de la compétence du seul tribunal civil.

238- Le tribunal compétent étant ainsi déterminé, les textes lui donnent une compétence générale pour toutes les questions nées de la faillite ou concernant la faillite. Après avoir déterminé le tribunal compétent (le tribunal de première instance), l'article 490 du Code libanais de commerce précise dans son dernier alinéa : « *Le tribunal sus-indiqué est compétent pour connaître de toutes les actions éventuelles qui ont leur source dans les règles propres à la faillite* ».

¹⁹⁹ V. Mansour, op. cit., Tome 2, p. 719.

²⁰⁰ Appel Beyrouth, 3 juin 1965, Coll. Hatem, Tome 60, p. 28, n° 3. La solution est consacrée aussi en droit égyptien : Trib. 1^{re} inst. Alexandrie, 20 oct. 1956, Droits, Tome 38, p. 394.

Ce texte déroge aux règles de droit commun dans la mesure où il centralise devant le même tribunal des litiges qui auraient pu être de la compétence d'autres tribunaux (litige sur une question mobilière ou immobilière, litige civil ou commercial, ...). On retrouve la même solution en Syrie et en Egypte²⁰¹.

L'explication de cette compétence attribuée au tribunal de la faillite se trouve dans l'idée que, connaissant les circonstances dans lesquelles la faillite a été déclarée ainsi que le comportement du débiteur en faillite, ce tribunal serait le mieux placé pour connaître de toutes les questions qui concernent la faillite. Cette explication permet de tracer les limites de la compétence ainsi attribuée au tribunal.

239 Nous rappellerons que cette compétence est limitée aux litiges qui naissent de la faillite ou qui concernent directement la procédure collective. Le tribunal est donc compétent pour connaître de toutes questions qui trouvent leur cause dans la faillite ou qui seraient fondées sur un texte relatif à la faillite²⁰². Si le litige est indépendant de la faillite ou n'est pas soumis aux règles relatives à la faillite, ce litige échappera à la compétence du tribunal de la faillite. Sur ce fondement, on considère que le tribunal de la faillite est compétent pour connaître des litiges sur la nullité des actes accomplis durant la période suspecte même si ces litiges se rapportent à des immeubles²⁰³ ; il est compétent aussi pour connaître des actions en répétition ou en paiement exercées par le syndic à l'encontre de tiers ou de tiers à l'encontre du syndic²⁰⁴. De même, ce tribunal est compétent pour connaître des litiges exercés contre la personne qui s'était porté garante de l'exécution ou du respect des conditions du concordat préventif²⁰⁵. En revanche, échappent à la compétence de ce tribunal les litiges qui seraient indépendants de la faillite et auxquels les règles sur la faillite ne s'appliquent pas. Ainsi, l'action exercée par le

²⁰¹ Article 607, al. 4, du Code syrien de commerce ; article 560, al. 1^{er}, du Code égyptien de commerce.

²⁰² Appel Beyrouth, 24 mars 1950, Coll. Hatem, Tome 6, p. 25, n° 6 ; Cass. Liban, 1^{er} mars 1956, Coll. Hatem, Tome 27, p. 19, n° 6.

²⁰³ Appel Beyrouth, 27 oct. 1960, Coll. Hatem, Tome 44, p. 25, n° 2.

²⁰⁴ Cass. mixte Egypte, 16 mai 1934 ; Bull. 64, 290 ; Tribunal d'Alexandrie, 13 déc. 1942, Droits, Tome 24, 527.

²⁰⁵ Cour d'appel mixte d'Egypte, 22 janv. 1936, B. 48, 86.

syndic en exécution d'un droit hypothécaire sur les biens du débiteur est de la compétence du tribunal dans le ressort duquel se trouve l'immeuble²⁰⁶. De même, une action en paiement de loyers ou un litige entre l'employeur et les salariés sont de la compétence des tribunaux propres à ces litiges et non du tribunal de la faillite²⁰⁷.

Chapitre 2 –

Le régime du jugement d'ouverture de la procédure collective

240- L'ouverture d'une procédure collective est une mesure d'une importance particulière, tant les impératifs en cause sont nombreux. Il s'agit du sort d'une entreprise avec toutes les conséquences que la mesure emporte à l'égard du débiteur et de l'emploi. Mais il s'agit aussi de la crédibilité et de l'assainissement du marché économique. L'on comprend que le jugement ne puisse être rendu sans une étude sérieuse de la situation du débiteur et qu'une fois le jugement rendu, il doit présenter des caractères énergiques qui le distinguent des autres jugements. Ces impératifs se vérifient en droit français et en droit saoudien. Mais, les différences qui existent entre les deux systèmes imposent des aménagements différents du régime du jugement d'ouverture.

Section 1 – Le droit français

241- Le jugement d'ouverture passe par une procédure préparatoire dont l'une des finalités est de choisir la procédure qui doit être mise en place. Une fois le jugement rendu, il présente des caractères qui lui sont propres :

²⁰⁶ Cour d'appel mixte d'Egypte, 6 mai 1913, B. 25, 362.

²⁰⁷ Cour d'appel de Beyrouth, 19 févr. 1958, Coll. Hatem, Tome 33, p. 22, n° 12 ; Appel Mont Liban, 16 mars 1962, Coll. Hatem, Tome 48, p. 14, n° 1 ; Cour d'appel de Beyrouth, 16 avr. 1966, Coll. Hatem, Tome 66, p. 23, n° 1.

§ 1 : La préparation du jugement

§ 2 : Le choix de la procédure

§ 3 : Les caractères du jugement d'ouverture

§ 1 : La préparation du jugement

242- Sur la préparation du jugement, nous disposons d'un texte fondamental qui est l'article L. 621-1 C. com. par lequel commence la réglementation de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Mais, l'article L. 631-7 sur le redressement judiciaire se réfère expressément à l'article L. 621-1 en énonçant que les dispositions de ce texte sont applicables à la procédure de redressement judiciaire. De même, l'article L. 641-1 déclare lui aussi que les dispositions du même texte sont applicables à la procédure de liquidation judiciaire. De la sorte, les dispositions de l'article L. 621-1 s'appliquent aux trois procédures collectives que connaît le droit français. Il décide que le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé en chambre de conseil le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel.

243- Cette règle générale s'applique à tous les débiteurs. Cependant, des règles spécifiques concernent des débiteurs particuliers. Ainsi, lorsque le débiteur exerce une profession libérale qui est soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé, toujours en chambre de conseil, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont le débiteur relève²⁰⁸. Il y a aussi les procédures qui sont ouvertes à l'égard

²⁰⁸ La Cour de cassation décide que dès lors que l'Observatoire des détectives en France et la Confédération nationale des enquêteurs et détectives professionnels s'apparentent à des syndicats professionnels, ceux-ci ne peuvent recevoir la qualification d'ordre professionnel et n'ont donc pas à être appelés : Com. 27 mai 2008, JCP E 2008.1870, note Bonhomme ; LPA 24 octobre 2008, note Legros. Mais elle prend soin d'ajouter que les dispositions des articles L. 621-1 et L. 641-1 C. com. relatives à la convocation et à l'audition de l'ordre professionnel dont relève le débiteur qui exerce une profession libérale ne s'appliquent qu'à l'ouverture de la liquidation judiciaire et non à son prononcé au cours de la période de l'observation : Com. 6 juill. 2010, JCP E 2011.1030, n° 2, obs. Pétel ; Rev. des proc. coll. 2010, n° 198, obs. Lebel, RJDA 2010, n° 1178, LPA 20 déc. 2010, obs. Roussel-Galle.

d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement. Ici, l'article L. 613-27 du Code monétaire et financier trouve application et ce texte décide que les procédures prévues par le Code de commerce ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement qu'après avis de l'autorité de contrôle prudentiel. De même, si le débiteur bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois précédents, l'ouverture de la procédure de sauvegarde à son égard doit être examinée en présence du ministère public.

244- Le but²⁰⁹ de toutes ces auditions est d'être fixé sur la situation précise de l'entreprise. Comme pour mieux marquer cette idée, l'article L. 621-1 précise que le tribunal peut, avant de statuer, commettre un juge pour recueillir tous les renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Ce juge pourra se faire assister de tout expert de son choix. De même, il pourra faire application des dispositions prévues à l'article L. 623-2 qui lui permettent d'obtenir une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et cela en s'adressant à toute une série de personnes énumérées par ce texte comme les commissaires aux comptes, les expert-comptables, les membres et représentants du personnel, les administrations et les organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit, pour ne citer que ces quelques personnes. Dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 621-1 ne permet plus au juge d'entendre « *toutes personnes dont l'audition lui paraît utile* », ces dernières dispositions ayant été supprimées par l'ordonnance qui a pourtant pris soin d'ajouter les notaires aux personnes énumérées.

On aura compris que cette phase préparatoire va permettre au tribunal d'être éclairé sur la situation précise du débiteur, ce qui lui permet, en particulier, de choisir la procédure adéquate.

²⁰⁹ Les tribunaux considèrent que le non-respect de cette exigence a pour conséquence de vicier la procédure et le jugement doit être annulé : Paris, 13 juin 1989, D. 1989. IR. 219.

§ 2 : Le choix de la procédure

245- Une fois le tribunal saisi de la demande d'ouverture, il aura à décider de la mesure qu'il doit prendre : sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. A chaque fois, il doit vérifier aussi bien l'existence de difficultés, l'existence ou non d'une cessation des paiements, la possibilité de surmonter les difficultés ou de maîtriser cette cessation des paiements. Toutes ces vérifications lui permettent de se prononcer sur la mesure appropriée. Ainsi, si la demande qui lui est faite tend à l'ouverture d'une sauvegarde et qu'il constate l'existence d'une cessation des paiements durable, le tribunal devra refuser l'ouverture de la sauvegarde.

De même, s'il lui est demandé d'ouvrir un redressement judiciaire alors que le débiteur est non seulement en état de cessation des paiements, mais aussi son redressement est manifestement impossible selon les termes de l'article L. 640-2 C. com., il devra refuser de mettre en place cette procédure de redressement.

246- Sur tous ces points, il y a une règle de procédure qui peut paraître un peu curieuse mais qui, en fait, ne prête pas à conséquence. Cette règle est la suivante : s'il est demandé à un tribunal de mettre en place une procédure quelconque et qu'il lui apparaît qu'une procédure plus lourde est plus appropriée, il ne peut pas directement mettre en place la procédure plus lourde. Ainsi, si le débiteur lui demande de mettre en place une procédure de sauvegarde, alors qu'il apparaît au juge qu'une mesure de redressement est plus appropriée, il ne peut pas décider directement de mettre en place cette procédure de redressement. De même, s'il lui est demandé d'ouvrir une procédure de redressement alors qu'il lui apparaît qu'une procédure de liquidation est plus appropriée, il ne pourra pas prononcer directement à la liquidation. Une telle règle figure à l'article R. 621-5 C. com. qui énonce : « *Lorsqu'il apparaît que le débiteur ne remplit pas les conditions requises pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le tribunal rejette la demande* ».

Dans sa rédaction antérieure au décret du 30 juin 2014, l'alinéa 2 de l'article R. 621-5 énonçait : « *S'il estime devoir se saisir d'office en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, il est fait application des dispositions de l'article R. 631-3* ». Le décret du 30 juin 2014 a abrogé l'alinéa 2 de l'article R. 621-5. Mais, la philosophie générale du texte subsiste. Le tribunal rejettera toujours la demande, et il appartiendra alors à un créancier ou au ministère public, voire au débiteur lui-même, de demander l'ouverture de la procédure plus lourde.

247- L'on peut se demander pour quelle raison les textes introduisent cette complication procédurale. La réponse semble être la suivante : on estime que les exigences d'un procès équitable auquel le débiteur a droit ne doivent pas l'exposer à un alourdissement de la procédure contre sa volonté. Mais, comme il y a toujours l'intérêt public ou général qui est en cause, il faut que le tribunal puisse ouvrir la procédure la plus appropriée. Malgré tout, il semble que la situation inverse puisse être possible : si une demande de liquidation est soumise au tribunal et que celui-ci constate qu'un redressement est plus approprié, il pourra, semble-t-il procéder directement à l'ouverture d'un redressement.

248- Si le tribunal ouvre une procédure de sauvegarde ou de redressement, cette procédure débutera par une période d'observation qui est destinée à établir un bilan économique et social et à établir des propositions dont l'objet est de mettre en place un plan de sauvegarde ou de redressement. La durée de cette période d'observation varie selon les circonstances et cette période peut elle-même faire l'objet de renouvellement. Ainsi, l'article L. 621-3 C. com. qui se trouve dans la réglementation de la sauvegarde énonce que le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision motivée²¹⁰. Le texte ajoute qu'elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal.

²¹⁰ La Cour de cassation considère que la loi du 26 juill. 2005 et son décret d'application ne sanctionnent ni le dépassement des délais de la période d'observation ni sa prolongation exceptionnelle en l'absence de demande du Procureur de la République : Com. 10 juin 2008, Act. proc. coll. 2008, n° 202, obs. Delattre ; JCP E 2008.267, n° 3, obs. Cabrillac et Pétel.

§ 3 : Les caractères du jugement d'ouverture

249- Le jugement d'ouverture produit un effet immédiat en ce sens qu'il bénéficie de l'exécution provisoire. De même, ce jugement bénéficie d'une opposabilité *erga omnes*.

A – L'exécution provisoire du jugement d'ouverture

250- L'article R. 661-1 C. com. réécrit par le décret du 30 juin 2014 énonce que les jugements et ordonnances rendus en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire sont exécutoires de plein droit à titre provisoire. Cette exécution provisoire est donc de plein droit. Elle n'a pas à être expressément prévue par le jugement comme c'est le cas en droit commun dans lequel l'article 514 du Code de procédure civile énonce que l'exécution provisoire ne peut pas être poursuivie sans avoir été ordonnée. Mais, le régime de l'exécution provisoire relève du droit commun. Ainsi, en droit commun, lorsque l'exécution provisoire est de plein droit, il est impossible de l'arrêter. Il s'ensuit que les ordonnances ou les jugements rendus dans le domaine des procédures collectives ne pourront pas normalement faire l'objet d'un arrêt de l'exécution provisoire. Tel est le principe. Cependant, le même article R. 661-1 C. com. prévoit que ne sont pas exécutoires de plein droit certaines décisions rendues selon des textes qu'il énumère. De plus, le décret du 30 juin 2014, a donné une nouvelle rédaction à l'alinéa 3 de l'article R. 661-1 en prévoyant : « *Par dérogation aux dispositions de l'article 524 du Code de procédure civile, le premier président de la Cour d'appel, statuant en référé, ne peut arrêter l'exécution provisoire des décisions mentionnées aux deux premiers alinéas du présent article que lorsque les moyens à l'appui de l'appel paraissent sérieux* ».

B – L’opposabilité du jugement d’ouverture

251- Le jugement d’ouverture de la procédure collective est opposable *erga omnes* et bénéficie aussi de l’autorité absolue de chose jugée. Ce jugement prend effet à compter de sa date, ce qui signifie que tous les actes qui auront été accomplis le jour du jugement d’ouverture sont réputés être intervenus après le jugement d’ouverture. Ainsi, si une saisie a été pratiquée le jour du jugement d’ouverture, elle sera considérée comme inefficace et les paiements de créances antérieures effectués ce même jour seront nuls. De même, les créances qui sont nées le jour du jugement d’ouverture sont considérées comme des créances postérieures à ce jugement. Pour renforcer le régime du jugement d’ouverture, les effets de ce jugement sont considérés commencer dès son prononcé et non pas à compter de mesures de publicité dont il doit faire l’objet.

Section 2 – Le droit saoudien

252- Le droit saoudien ne connaît qu’une seule procédure, à savoir la faillite pure et simple. Tout au plus, le tribunal aura-t-il à apprécier la nature de cette faillite, réelle, par négligence ou par fraude. Mais, la question du choix proprement dit de la procédure à mettre en place ne peut pas être envisagée comme en droit français.

Le droit saoudien régleme d’une manière sommaire le régime du jugement d’ouverture. Une réglementation plus complète se rencontre dans les législations des autres pays arabes.

253- Le jugement de faillite déclare le nouvel état dans lequel se trouve le débiteur et décide de saisir ses biens. Le tribunal désigne l'un de ses membres en qualité de secrétaire et désigne aussi un mandataire des créanciers, celui-ci étant soit désigné par les créanciers eux-mêmes, soit désigné directement par le tribunal.

L'article 111 du règlement sur le tribunal de commerce prévoit que le jugement de faillite sera publié, notamment dans les endroits publics et cela dans toutes les villes dans lesquelles le débiteur possède des biens ou exerce une activité commerciale. De même, une publicité sera faite dans un journal et cette publication reprend en résumé le contenu du jugement de faillite et l'invitation des créanciers à déclarer leurs créances dans le délai prévu dans la publication.

254- Là s'arrête la réglementation saoudienne en la matière. Le droit libanais prévoit une réglementation plus complète du contenu du jugement. L'article 495 C. com. décide que le jugement déclaratif de faillite détermine l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements ; l'article 520 précise que par ce jugement, le tribunal désignera l'un de ses membres en qualité de juge-commissaire ; l'article 512 prévoit que l'administration du patrimoine du failli est confiée à un mandataire salarié surnommé le syndic et que la désignation du ou des syndics est faite dans le jugement déclaratif ; enfin, le tribunal peut décider, conformément à l'article 493, d'ordonner les mesures conservatoires nécessaires pour la sauvegarde des droits des créanciers, soit sur l'invitation du parquet, soit de sa propre initiative.

Le droit libanais dote le jugement de faillite d'une autorité absolue de chose jugée, comme il le dote d'une opposabilité absolue au tiers. L'explication en est que le jugement a pour objet une liquidation collective des biens du débiteur et cet objectif ne peut être atteint que si le jugement est doté à la fois de l'autorité de chose jugée et de l'opposabilité au tiers. Ces règles peuvent être transposées en droit saoudien.

Section 3 -

Les voies de recours contre le jugement d'ouverture

§ 1 : Le droit français

255- Les voies de recours contre le jugement d'ouverture sont prévues aux articles L. 661-1 et s. du Code de commerce. Le premier de ces textes prévoit la possibilité de former appel ou pourvoi en cassation contre les décisions que le texte cite dans le détail. Il s'agit en fin de compte des décisions qui statuent sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Il en est de même des décisions qui statuent sur l'extension d'une procédure ou encore d'une décision qui statue sur la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, celles qui statuent sur le prononcé de la liquidation judiciaire au cours d'une procédure d'observation, celles qui statuent sur l'arrêté du plan de sauvegarde ou du plan de redressement ... A chaque fois, le texte précise les personnes qui peuvent former appel ou pourvoi en cassation²¹¹.

256- Les tiers peuvent former tierce opposition contre la décision statuant sur l'ouverture de la procédure. L'article L. 661-2 C. com. le prévoit et l'article R. 661-2 précise que la tierce opposition doit être faite dans le délai de 10 jours à compter du prononcé de la décision. Le tiers qui forme tierce opposition doit y avoir intérêt à la condition qu'il n'ait été ni partie ou représenté au jugement qu'il attaque²¹². Les articles R. 661-1 à R. 661-3 ont été modifiés par le décret du

²¹¹ Ainsi, les décisions qui statuent sur l'ouverture des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire peuvent faire l'objet d'une voie de recours de la part du débiteur, du créancier poursuivant et du ministère public ; celles qui statuent sur l'ouverture de la liquidation judiciaire peuvent faire l'objet d'une voie de recours de la part du débiteur, du créancier poursuivant, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et du ministère public ...

²¹² La Cour de cassation décide qu'il résulte des articles L. 661-2 C. com., dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, et 583 alinéa 2, du Code de procédure civile, que la tierce opposition est ouverte à l'encontre du jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde à tout créancier invoquant des moyens qui lui sont propres, s'agissant, dans cette affaire, d'un créancier qui alléguait une instrumentalisation de la procédure de sauvegarde de la part des sociétés débitrices à la seule fin d'échapper à leurs obligations contractuelles à son égard (Com., 8 mars 2011, Procédures 2011, n° 179, note Rolland). De même, elle décide que le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile immobilière qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre du jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la société (Com. 19 déc. 2006, Bull. civ. IV, n° 254 ; D. 2007.1321, note Orsini ; Rev. Sociétés 2007.401, note T. Bonneau).

30 juin 2014 qui prend soin d'ajouter aux procédures déjà visées celles du rétablissement professionnel.

§ 2 : Le droit saoudien

257- Le droit saoudien est assez lacunaire sur les voies de recours contre le jugement de faillite. Il se borne à considérer que ce jugement est soumis à toutes les voies de recours qui peuvent être exercées contre les jugements rendus par le tribunal des doléances, autrement dit l'appel et l'opposition.

Les règles sont plus explicites dans les autres pays. Ainsi, au Liban, l'article 497 C. com. décide que le jugement déclaratif de faillite ainsi que les jugements de report de la date de cessation des paiements sont « *susceptibles d'opposition et d'appel. Il en est de même de tous les jugements rendus en matière de faillite, sauf disposition contraire du présent Code* ».

Le droit libanais a réservé à ces jugements des règles qui dérogent au droit commun, cherchant à assurer par ce biais aussi l'autorité et l'opposabilité absolues de ces jugements. Il le fait pour l'opposition et l'appel, mais reste silencieux sur le recours en cassation et la révision, ce qui a amené la jurisprudence libanaise à considérer que ces dernières voies de recours relèvent du droit commun²¹³. Le droit libanais et le droit égyptien consacrent des règles propres selon que le recours est exercé contre le jugement de faillite, contre le jugement modifiant la date de cessation des paiements et contre les autres jugements. Nous exposerons ces règles en précisant celles d'entre elles qui ne peuvent pas recevoir application en droit saoudien.

²¹³ Cass. Liban, 4 mars 1965, Coll. Hatem, Tome 63, p. 21, n° 1 ; 10 juin 1965, Coll. Hatem, Tome 62, p. 14, n° 2.

A – Les voies de recours contre le jugement de faillite

258- Le jugement de faillite peut faire l'objet de deux recours : l'opposition et l'appel.

1 – L'opposition

259- L'opposition est recevable si le jugement a été rendu par défaut. L'opposition doit être faite dans un délai de 8 jours. Selon l'article 497 C. com. libanais, ce délai court « à compter de la date des jugements ». Mais, le texte ajoute que pour les jugements soumis aux formalités de l'affiche et de l'insertion par extraits dans les journaux, ces délais courent des jours où ces formalités auront été effectuées. Par dérogation au droit commun, le recours en opposition n'est ouvert qu'à celui contre lequel le jugement a été rendu. Les tiers ne peuvent pas exercer ce recours²¹⁴. En Egypte, la jurisprudence considère que le syndic provisoire peut former opposition contre le jugement de faillite si celui-ci a été rendu par un tribunal incompétent²¹⁵.

2 – L'appel

260- En application des règles de droit commun, l'appel n'est permis qu'aux parties au litige. Le débiteur peut former appel ainsi que les créanciers si le jugement avait rejeté leur demande d'ouverture de la faillite. L'appel est ouvert quel que soit le montant de la créance de celui qui forme cette voie de recours. Si l'appel a été formé par un créancier, les autres créanciers peuvent demander d'intervenir volontairement à la procédure²¹⁶.

²¹⁴ Taha, op. cit., n° 459.

²¹⁵ Cass. mixte Egypte, 6 mai 1908, B. 20.205.

²¹⁶ Appel Beyrouth, 26 juin 1950, Coll. Hatem, Tome 9, p. 37, n° 2 ; 14 mars 1950, Coll. Hatem, Tome 6, p. 23, n° 2.

261- La voie de l'appel est fermée au débiteur qui accepte le jugement qui prononce sa faillite. Cette acceptation peut être expresse ou tacite et, dans ce dernier cas, on déduit l'acceptation de tout acte accompli par le débiteur dans le cadre de la procédure. Mais, l'essentiel, est que cette acceptation soit certaine. Ainsi, il a été décidé que la participation du débiteur aux réunions des créanciers en présence du syndic n'emporte pas acceptation du jugement si le débiteur avait été convoqué à cette réunion²¹⁷. Mais, a été considéré comme ayant accepté le jugement de faillite le débiteur qui a accompli toutes les formalités qui en découlent et qui a participé sans réserve à toutes les réunions en présence du syndic en demandant des explications au syndic et aux créanciers sur le déroulement de la procédure²¹⁸. En droit commun, l'appel doit être exercé dans un délai de 30 jours à compter de la signification du jugement. Mais, l'article 497 C. com., libanais a réduit ce délai en cas de faillite à 15 jours à compter de l'accomplissement des formalités de publicité.

3 – Les pouvoirs de la juridiction saisie de l'opposition ou de l'appel

262- Si le jugement de faillite devient définitif et bénéficie de l'autorité de la chose jugée, cette situation ne peut pas être modifiée même si le débiteur remplit ses engagements à l'égard de ses créanciers. Tout au plus, pourra-t-il demander au tribunal de mettre fin à la procédure et de le réhabiliter. La situation sera plus complexe si le débiteur remplit ses engagements alors que le jugement de faillite rendu à son encontre, par défaut ou non, n'est pas devenu définitif. La juridiction saisie pourra-t-elle annuler le jugement alors que celui-ci avait été régulièrement rendu ou devra-t-elle mettre fin à la procédure en raison de l'exécution par le débiteur de ses engagements. Cette question est importante non seulement pour le débiteur qui pourra reprendre l'exercice de sa profession, mais aussi qui pourra éviter toutes les autres condamnations qu'il peut subir, comme la privation de ses droits civiques et politiques et éviter qu'une déclaration de faillite soit inscrite à son encontre. Aussi bien au Liban qu'en Egypte, la jurisprudence a décidé que,

²¹⁷ Appel mixte Egypte, 16 mai 1895, B. 7.298.

²¹⁸ Appel mixte Egypte, 16 févr. 1938, B. 50.132.

dans ce cas, le jugement de faillite doit être annulé. Ainsi, au Liban, la Cour de cassation a décidé que le tribunal qui a déclaré la faillite d'un débiteur en état de cessation des paiements peut annuler le jugement qu'il avait rendu si la preuve lui est apportée que le débiteur a rempli tous ses engagements, qu'il a payé l'intégralité de ses dettes sans attendre qu'un jugement définitif soit rendu sur les créances contestées²¹⁹. De même, en Egypte, la Cour de cassation a décidé que la Cour d'appel saisie peut annuler le jugement de faillite et mettre fin à la situation du débiteur déclaré en faillite si celui-ci n'est plus en état de cessation des paiements et s'il remplit tous ses engagements à l'égard de ses créanciers²²⁰. Le droit saoudien semble s'inspirer de cette solution²²¹

B – Les voies de recours contre le jugement modifiant la date de cessation des paiements

263- Au Liban, l'article 495 C. com. décide que le jugement déclaratif de faillite détermine l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements et le texte ajoute : « *Mais cette époque peut être fixée à une date plus ancienne par un ou plusieurs jugements de report rendus ultérieurement sur le rapport du juge-commissaire, soit d'office, soit à la demande de toute partie intéressée et notamment des créanciers agissant individuellement* ».

L'article 497 du même Code qui prévoit les voies recours contre le jugement de faillite prévoit aussi les mêmes voies de recours contre le jugement qui modifie la date de cessation des paiements : l'opposition et l'appel.

²¹⁹ Cass. Liban, 20 nov. 1962, Coll. Hatem, Tome 50, p. 15, n° 1.

²²⁰ Cass. Egypte, 9 déc. 1948, Rev. de législation et de jurisprudence, Tome 1, p. 363 ; 9 avr. 1964, ibid, 15.531.

²²¹ V., malgré son ambiguïté, Trib. des Doléances, n° 646/11/27.10.1410 H.

1 – L’opposition

264- Toute partie qui y a intérêt peut former opposition contre le jugement qui fixe ou qui modifie la date de cessation des paiements. Il en est ainsi du débiteur lui-même. Le principal intérêt qu’il éprouve en la matière est que, dans l’hypothèse où il demande lui-même l’ouverture de la faillite, il ne soit pas considéré comme ayant formé sa demande hors du délai de 20 jours qui lui est imparti, délai qui commence à courir à compter de la date de cessation des paiements²²². Bien entendu, les créanciers ont rarement intérêt à demander le report de la date de cessation des paiements puisque ce report a la plupart du temps pour conséquence d’élargir le cercle des créanciers, ce qui amoindrit les droits de ceux qui ont déclaré leur créance. Mais, les créanciers gardent le droit de former opposition surtout s’ils ont intérêt à faire annuler une extension du délai de cessation des paiements²²³.

2 – L’appel

265- L’appel est ouvert contre les jugements qui statuent sur la date de cessation des paiements. Il est soumis aux règles de droit commun et n’est ouvert qu’aux parties qui étaient présentes devant le premier juge. Cet appel doit être exercé dans un délai de 15 jours à compter de la publication du jugement.

Ces solutions peuvent difficilement être transposées en droit saoudien qui ne connaît pas la notion de cessation des paiements et n’en fixe pas de délais.

²²² Appel Beyrouth, 10 oct. 1950, Coll. Hatem, Tome 9, p. 37, n° 1.

²²³ Taha, n° 470 et 471.

C – Les voies de recours contre les autres jugements

266- Après avoir prévu l'opposition et l'appel formé contre le jugement déclaratif de faillite et les jugements de report de la date de cessation des paiements, le même article 497 du Code libanais du commerce ajoute : « *Il en est de même de tous jugements rendus en matière de faillite, sauf disposition contraire du présent Code* ».

Il existe effectivement de nombreux jugements pour lesquels le Code prévoit « *une disposition contraire* ». Il en est ainsi notamment, des jugements qui désignent les mandataires de la faillite ou qui les révoquent (art. 519), des jugements d'opposition aux décisions prises par le juge-commissaire (art. 522), pourvu que ces jugements aient été rendus dans les limites de ses pouvoirs et de sa compétence ; des jugements sur la désignation du juge-commissaire ou son remplacement par un autre (art. 523).

En dehors des jugements pour lesquels le Code prévoit une disposition contraire, tous les autres jugements rendus en matière de faillite peuvent faire l'objet d'opposition ou d'appel.

267- L'essentiel est de déterminer les jugements qui peuvent faire l'objet de ces voies de recours. La doctrine²²⁴ est d'accord pour dire qu'il s'agit des jugements qui ne pourront pas être rendus si une faillite n'est pas ouverte et qui sont fondés sur des dispositions relatives au droit de la faillite. La Cour de cassation au Liban a décidé qu'on entend par là litiges liés à la faillite et ceux qui naissent de la faillite et qui ont un lien direct avec la direction de la faillite et les pouvoirs du débiteur²²⁵. Il en est ainsi des jugements qui admettent ou rejettent la

²²⁴ Taha, n° 474.

²²⁵ Cass. Liban, 1^{er} mars 1956, Coll. Hatem, Tome 27, p. 19, n° 6 ; Cass. Egypte, 1^{er} nov. 1956, Bull. arrêt Cass. n° 7, 871.

conciliation²²⁶, les jugements sur l'admission des créances²²⁷. Les décisions rendues sur les demandes formées par des tiers contre le syndic et qui ont un lien avec le jugement de faillite²²⁸, les demandes formées par l'épouse du débiteur en faillite en revendication de ses propres immeubles et biens²²⁹.

En revanche, ne sont pas considérés comme des litiges ayant un lien avec la faillite la demande en paiement du prix formée par le syndic contre l'acquéreur d'un bien qui lui a été vendu par le débiteur avant le jugement de faillite²³⁰, la demande en paiement de loyer en exécution d'un contrat conclu avant le jugement de faillite²³¹, la demande en revendication formée par le propriétaire d'un immeuble contre le débiteur déclaré en faillite²³².

²²⁶ Appel mixte Egypte, 27 janv. 1915, B. 27.136.

²²⁷ Appel Beyrouth, 10 nov. 1959, Coll. Hatem, Tome 39, p. 20, n° 1.

²²⁸ Appel Beyrouth, 12 avr. 1960, Coll. Hatem, Tome 41, p. 14, n° 4.

²²⁹ Appel mixte Egypte, 9 juin 1943, B. 55.183.

²³⁰ Appel mixte Egypte, 30 mai 1912, B. 24.373.

²³¹ Cass. Liban, 21 mars 1961, Coll. Hatem, Tome 46, p. 19, n° 4.

²³² Cass. Liban, 1^{er} mars 1956, Coll. Hatem, Tome 27, p. 19, n° 6.

Conclusion du Titre 2

268- L'étude de la procédure d'ouverture a montré la nécessaire intervention des tribunaux étatiques. L'intervention du tribunal est nécessaire pour l'ouverture même de la procédure. La théorie de la faillite de fait ou faillite virtuelle, même s'il a été partiellement consacré par le droit positif, n'est pas suffisante pour la mise en place de la procédure ; jamais une justice privée comme l'arbitrage ne pourra être considérée compétente en la matière, même si l'arbitrage est appelé à coexister avec la procédure mise en place.

Cette justice étatique ne peut plus, en France, se saisir d'office pour ouvrir la procédure. Elle n'a jamais pu se saisir d'office en droit saoudien. Une demande doit lui être faite. En France, les solutions divergent selon les diverses procédures collectives : pour la sauvegarde, seul le débiteur peut saisir le tribunal. Pour le redressement et la liquidation judiciaires, qualité lui est reconnue ainsi qu'à ses créanciers et au ministère public. Les intérêts étatiques en la matière justifient la qualité de ce dernier de demander l'ouverture de la procédure collective. Le droit saoudien n'a pas jugé utile de consacrer cette solution et permet aux seuls débiteurs et ses créanciers la possibilité de s'adresser au tribunal. L'intérêt des créanciers est indéniable. Le débiteur a tout intérêt à présenter la demande ne serait-ce, en France, que pour bénéficier de la procédure de sauvegarde et, dans les deux pays, pour éviter que sa situation s'aggrave et qu'il en subisse en premier, les conséquences.

La volonté d'assurer une efficacité substantielle au jugement est une nouvelle manifestation de l'intérêt étatique dans ce domaine. Le jugement est doté de la force exécutoire immédiate et de l'opposabilité erga omnes en France comme en Arabie Saoudite.

TITRE 3 :

Les organes de la procédure

269- La procédure collective met en cause l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle elle est étroitement surveillée et doit se dérouler sous le contrôle de la justice étatique. De nombreux organes auront à intervenir au cours du déroulement de cette procédure. Le premier organe est le tribunal lui-même qui ouvre la procédure collective. Nous avons déjà examiné le rôle du tribunal dans l'ouverture de la faillite ainsi que sa compétence dans les matières qui lui sont connexes. Ici, il s'agit d'étudier les organes qui auront à intervenir sous le contrôle du tribunal en vue de réaliser les objectifs poursuivis par la procédure mise en place. La différence fondamentale qui existe entre le droit français et le droit saoudien quant à ces procédures impose de distinguer nettement leur étude puisque, contrairement au droit français, le droit saoudien ne connaît qu'une seule procédure, la faillite pure et simple.

Chapitre 1 :

Le droit français

270- En droit français, les organes de la procédure sont nombreux. Si l'on fait le bilan, l'on s'aperçoit que certains de ces organes peuvent être qualifiés de juridictionnels et d'autres d'organes non juridictionnels.

Section 1 –

Les organes juridictionnels

271- Le mot « *juridictionnel* » désigne tout ce qui se rapporte à la juridiction, soit comme partie de cette juridiction, soit dans la fonction que l'organe accomplit.

Dans les procédures collectives, il y a deux organes juridictionnels qui interviennent toujours avec le tribunal : le juge-commissaire et le ministère public.

§ 1 : Le juge-commissaire

272- Le juge-commissaire est un membre du tribunal. Le jugement d'ouverture le désigne. Depuis la loi du 26 juillet 2005, le tribunal, s'il l'estime nécessaire, peut désigner plusieurs juges-commissaires.

Les fonctions de ce juge sont définies à l'article L. 621-9 C. com. selon lequel ce juge est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Le président du tribunal est compétent pour remplacer le juge-commissaire empêché ou ayant cessé ses fonctions. L'article L. 661-4 C. com. décide que les jugements ou les ordonnances sur la nomination ou le remplacement du juge-commissaire ne sont pas susceptibles de recours.

273- Dans l'exercice de ses attributions, le juge-commissaire surveille les autres organes de la procédure, plus particulièrement les mandataires de justice qui seront examinés plus loin. Ainsi, l'article L. 621-8 C. com. énonce que l'administrateur et le mandataire judiciaire tiennent informé le juge-commissaire du déroulement de la procédure. Toutes les décisions qui ont une certaine importance sur le déroulement de la procédure sont prises par le juge-commissaire. En particulier, il donne son autorisation au débiteur et aux autres organes de la procédure pour l'accomplissement des actes importants. Il est permis de dire qu'il a pratiquement les mêmes pouvoirs que le tribunal lui-même sur les questions qui se rapportent à la procédure et qui ne sont pas du ressort d'un autre organe. De même, il appartient au juge-commissaire de surveiller la détermination du passif du débiteur. Par exemple, s'il y a un litige sur une créance invoquée par un créancier du débiteur, c'est le juge-commissaire qui aura à statuer sur l'admission ou non de cette créance.

274- Les ordonnances que ce juge rend sont déposées au greffe et sont notifiées aux autres organes de la procédure. Elles sont susceptibles de voies de recours devant le tribunal lui-même et le jugement qui est rendu sur ces recours est lui-même susceptible de voies de recours comme l'appel et le pourvoi en cassation, ce qui constitue une innovation introduite par la loi du 26 juillet 2005 puisque, auparavant, les voies de recours contre le jugement statuant sur les ordonnances du juge-commissaire étaient en principe interdites.

§ 2 : Le ministère public

275- C'est encore une fois l'intérêt général et l'ordre public qui sont en cause dans cette matière qui expliquent le rôle joué par le ministère public. L'article 425 CPC énonce que le ministère public doit avoir communication des procédures collectives, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues à l'article L. 653-8 du Code de commerce. L'article L. 621-8 de ce dernier énonce lui aussi que l'administrateur et le mandataire judiciaire tiennent informé le ministère public du déroulement de la procédure. Le ministère public peut, à tout moment, demander la communication de tous les actes ou des documents relatifs à la procédure collective. Il communique au juge-commissaire tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure. L'article L. 621-8 ajoute que cette communication doit être faite « *nonobstant toute disposition législative contraire* ». En d'autres termes, un devoir comme le devoir de confidentialité ne trouve pas application²³³. Le ministère public doit obligatoirement être présent aux débats dans un certain nombre de cas. Ainsi, d'après l'article L. 626-9, le jugement qui arrête le plan et l'exécution du plan de

²³³ Les tribunaux considèrent que les experts commis par le tribunal pour rechercher des faits pouvant entraîner la mise en cause des dirigeants de la société débitrice dans le cadre des sanctions de la procédure collective peuvent, sans violer le secret de l'instruction, avoir accès à des renseignements tirés de la procédure pénale en cours contre deux dirigeants de cette société puisqu'il s'agit de renseignements utiles à la procédure collective au sens de l'article L. 621-8 (Paris, 30 juin 2000, JCP E 2000, n° 45, p. 1738).

sauvegarde ne peut être rendu qu'après que le tribunal ait entendu un certain nombre de personnes, notamment « *après avoir recueilli l'avis du ministère public* ». De même, le ministère public doit être présent et entendu en cas de cession qui concerne une entreprise (art. L. 642-5 C. com.).

Le ministère public peut exercer des voies de recours comme il a le pouvoir de demander la résolution du plan de sauvegarde, de redressement ou de cession.

Section 2 –

Les organes non juridictionnels

276- Les organes non juridictionnels sont très nombreux. Tous jouent dans le secteur qui leur est réservé un rôle important. Ceux auxquels on songe en premier sont les mandataires de justice. Mais il y a aussi les représentants des salariés ainsi que les contrôleurs. La présence de toutes ces personnes procède de la même idée : la défense de l'intérêt collectif, autrement dit l'intérêt général et l'ordre public, avec toujours comme souci la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi.

§ 1 : Les mandataires de justice

277- En droit français, quatre personnes peuvent être regroupées sous la rubrique des mandataires de justice : l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan et, enfin, le liquidateur.

A – L'administrateur

278- L'article L. 811-1 C. com. par lequel débute la réglementation des missions qui sont confiées aux administrateurs judiciaires donne une définition générale des missions qui leur sont confiées : il décide qu'il s'agit de mandataires chargés par décision de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens. Dans ces conditions, on ne peut imaginer la présence d'un administrateur judiciaire que dans les deux procédures qui sont la sauvegarde et le redressement judiciaire. Dans la procédure de liquidation, ces diverses tâches, par hypothèse, n'existent pas.

L'article L. 621-4 C. com. décide, dans son 3^e alinéa, que dans le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, le tribunal désigne, notamment, un administrateur judiciaire dont les fonctions sont définies à l'article L. 622-1.

Cet article L. 622-4 reprend en substance les dispositions de l'article L. 811-1 : l'administrateur surveille le débiteur dans sa gestion ou l'assiste pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux.

La désignation d'un administrateur n'est pas nécessaire dans tous les cas d'ouverture d'une procédure collective. Le même article L. 621-4 énonce, dans son alinéa 4, que le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la procédure ouverte au bénéfice d'une personne dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires hors taxe sont inférieurs à des seuils fixés par décret.

279- Les pouvoirs de l'administrateur judiciaire sont assez étendus et s'expliquent par l'idée générale qu'il lui revient de mettre en œuvre tout ce qui permet d'assurer la sauvegarde de l'entreprise ou son redressement. Ainsi, il peut procéder, mais sur autorisation du juge-commissaire, à des actes comme les compromis ou les transactions, la constitution de sûretés sur les biens de l'entreprise ou encore le paiement de certains créanciers antérieurs afin de libérer un bien de l'entreprise d'une sûreté qui le grevait comme le gage ou le droit de rétention. Mais, l'administrateur a également des pouvoirs qu'il peut exercer

directement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque autorisation. Pour l'essentiel, ces pouvoirs sont directement liés à la poursuite de l'activité. Ainsi, l'administrateur peut demander le renouvellement de la période d'observation ou, au contraire, il peut saisir le tribunal afin que celui-ci arrête totalement ou partiellement l'activité ou procède à la conversion de la procédure en une autre procédure. De même, l'administrateur a les pouvoirs nécessaires à la reconstitution ou à la préservation des actifs du débiteur. Par exemple, il peut exercer une action en nullité d'un acte passé en période suspecte comme il peut agir en recouvrement d'une créance dont le débiteur est lui-même titulaire.

280- L'administrateur a aussi un pouvoir d'interférer dans la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation. Surtout, il a le pouvoir de décider de la continuation des contrats en cours. Par exemple, un contrat de fourniture qui était conclu bien avant l'ouverture de la procédure collective et qui était appelé à durer dans le temps. Il s'agit d'un contrat en cours. Ce contrat peut s'avérer non bénéfique à l'entreprise en difficulté. L'administrateur doit alors pouvoir y mettre fin ou, au contraire, le continuer s'il lui apparaît que ce contrat est bénéfique pour la société. Enfin, l'administrateur a pour mission d'informer la juridiction représentée par le juge-commissaire ainsi que le ministère public des résultats de l'activité.

281- Cet administrateur qui dispose de tant de pouvoirs voit sa responsabilité exposée en cas de faute dans l'exercice de ses fonctions. Il peut s'agir d'une responsabilité pénale qui est prévue à l'article L. 654-12 C. com. (par ex., s'il y a eu acquisition ou utilisation pour son compte personnel des biens du débiteur ou leur utilisation à son profit). Mais, il peut s'agir aussi d'une responsabilité civile. Par exemple en cas de poursuite d'un contrat en cours qui s'avère non bénéfique pour l'entreprise, cette responsabilité peut être engagée. De même, si l'administrateur surveille la poursuite de l'activité et omet de demander au tribunal la conversion de la sauvegarde ou du redressement en liquidation et ne parvient pas au paiement des commandes, sa responsabilité pourra également être engagée.

B – Le mandataire judiciaire

282- Le mandataire judiciaire est désigné, lui aussi, lorsqu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Avant la loi du 25 janvier 1985, les créanciers du débiteur étaient regroupés en une « *masse* » dotée d'un patrimoine propre et de la personnalité morale. Le représentant de cette masse était le syndic dont la mission était de défendre l'intérêt des créanciers. La loi du 25 janvier 1985 a mis fin à l'existence de cette masse et du syndic. Les créanciers ont vu leurs intérêts désormais défendus par celui qu'on appelait le représentant des créanciers. La loi du 26 juillet 2005 a remplacé ce représentant des créanciers par celui que l'on appelle désormais le mandataire judiciaire. Ainsi, l'article L. 622-20 C. com. énonce que le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Un créancier ne peut pas agir individuellement au lieu et place du mandataire judiciaire qui dispose ainsi d'un pouvoir exclusif²³⁴. Le même arrêt ajoute qu'il ne saurait être soutenu que tout créancier peut exercer *ut singuli* cette action dès lors que le représentant des créanciers n'a pas exercé les pouvoirs qu'il tient de l'article L. 622-20. Cependant, le même article L. 622-20 ajoute qu'en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans ses intérêts²³⁵.

283- Le mandataire judiciaire a plusieurs attributions. Ainsi, à l'occasion de l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement, il lui appartient de consulter les créanciers sur les délais et les remises qu'ils accepteraient de consentir au débiteur. Ce mandataire judiciaire est entendu sur le projet de plan de sauvegarde, de redressement ou de cession toujours en sa qualité de défenseur de l'intérêt collectif des créanciers. De même, le mandataire judiciaire a pour mission

²³⁴ V. déjà Com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 163, D. 1997.517, note F. Derrida ; Rev. proc. coll. 1998.113, obs. Martin-Serf. Le même arrêt ajoute qu'il ne saurait être soutenu que tout créancier peut exercer *ut singuli* cette action dès lors que le représentant des créanciers n'a pas exercé les pouvoirs qu'il tient de l'article L. 622-20. V. aussi Com. 28 mars 2000, Rev. proc. coll. 2002.118, obs. Martin-Serf.

²³⁵ La règle selon laquelle le représentant des créanciers ne peut agir que dans l'intérêt collectif des créanciers a pour conséquence que le créancier qui invoque un droit qui lui est propre ne peut pas être représenté par lui ; il est donc recevable à former tierce opposition (Com. 14 nov. 2000, RJDA 2001, n° 183). Ainsi, le créancier nanti sur fonds de commerce, qui dispose d'un droit propre pour s'opposer à la résiliation du bail en invoquant l'inobservation des formalités prévues par l'article 14 de la loi du 17 mars 1909, devenu l'article L. 143-2 C. com., est recevable en sa tierce opposition à l'ordonnance constatant la résiliation du bail commercial (Com., 19 mai 2004, Loyers et Copr. 2004, n° 188, note Brault).

de vérifier le passif du débiteur. Dans l'exercice de cette mission, il reçoit les déclarations de créances ; il informe les créanciers titulaires de sûretés spéciales publiées ainsi que les créanciers titulaires de contrats publiés de l'ouverture de la procédure et les invite à déclarer leurs créances. Il doit avertir tous les créanciers connus de l'ouverture de la procédure. S'il y a une contestation sur une créance qui est déclarée, le mandataire judiciaire en avertit le créancier intéressé. Le mandataire judiciaire exerce son activité tout au long de la procédure de sauvegarde ou de redressement. S'il y a un plan de sauvegarde ou de redressement qui a été établi, le mandataire judiciaire reste en fonction pendant le temps nécessaire à la vérification et à l'établissement définitif de l'état des créances. Mais, une fois cette mission terminée, la mission générale de défense de l'intérêt collectif des créanciers prend elle-même fin. Aussi, s'il y a une liquidation judiciaire qui a été déclarée, la mission du mandataire judiciaire prend également fin²³⁶.

284- Comme pour l'administrateur, le mandataire judiciaire verra lui aussi sa responsabilité engagée, à la fois sa responsabilité pénale et sa responsabilité civile. Au pénal, sa situation est la même que l'administrateur judiciaire. Au civil, on peut lui reprocher de ne pas avoir accompli correctement sa tâche pour la vérification des créances (rejet d'une créance alors que celle-ci est fondée, admission d'une créance alors que celle-ci peut être contestée). De même, sa responsabilité est souvent retenue en cas d'inertie à engager des actions en vue de la défense de l'intérêt collectif des créanciers, par exemple s'il s'abstient d'exercer une action en nullité de la période suspecte ou une action en responsabilité contre un tiers, comme une banque qui a dispensé d'une manière abusive et inconsidérée des crédits à l'entreprise²³⁷.

²³⁶ Les tribunaux décident que le monopole de représentation de l'intérêt collectif des créanciers que le législateur a entendu conférer au représentant des créanciers est transmis au liquidateur lors du jugement de liquidation judiciaire ; il appartient, par conséquent, à ce dernier, et conformément au chapitre I^{er} du titre 3 de la loi, d'exercer les actions qui relèvent de la compétence du représentant des créanciers ; un créancier ne peut se substituer à lui (Trib. Com. Chambéry, 5 oct. 1987, Gaz. Pal., 1988.1.Somm. 96).

²³⁷ Le représentant des créanciers agit au nom et dans l'intérêt des créanciers, avec l'assistance d'un contrôleur lorsqu'il en est désigné un ; dès lors, il commet une faute dont il doit réparation en n'engageant pas contre le dirigeant social, comme le lui demandait le contrôleur, une action à l'égard du dirigeant contre lequel, par la suite, ont été prononcées des condamnations judiciaires notamment pour présentation de bilan inexact (Paris, 3 févr. 1998, Rev. proc. coll. 2000.83, obs. Soinne).

C – Le commissaire à l'exécution du plan

285- Si un plan de sauvegarde ou de redressement est arrêté, le tribunal désignera un mandataire de justice qui est le commissaire à l'exécution du plan dont la mission essentielle est de veiller justement à l'exécution de ce plan, c'est-à-dire surveiller son exécution. Il est donc nommé pour la durée du plan.

Il résulte de l'article L. 626-25 que le commissaire à l'exécution du plan peut être l'administrateur ou le mandataire judiciaire nommé en cette qualité. La raison du recours à l'administrateur ou au mandataire est facile à comprendre : ces personnes connaissent bien la marche de la procédure depuis son début et sont donc à même de surveiller l'exécution du plan. Le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour poursuivre les actions antérieurement exercées en qualité d'administrateur ou mandataire. De même, la loi l'investit du pouvoir d'engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers²³⁸.

D – Le liquidateur judiciaire

286- Ce mandataire est désigné dans le jugement de liquidation judiciaire et sa mission est variée et développée.

Certaines missions qui sont dévolues en cas de sauvegarde ou de redressement à l'administrateur judiciaire sont attribuées au liquidateur en cas de liquidation. Ainsi, c'est le liquidateur qui procède aux opérations de licenciement, qui opte pour la continuation des contrats ou pour une poursuite provisoire de l'activité. C'est lui qui a pour mission de procéder à la vérification du passif. En outre, il est investi de pouvoirs encore plus étendus que ceux de l'administrateur

²³⁸ La jurisprudence décide que le commissaire à l'exécution du plan trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par l'actuel article L. 626-25, en vue de poursuivre les actions exercées avant le jugement arrêtant le plan, par le représentant des créanciers, pour la défense de leur intérêt collectif, qualité pour engager également en leur nom une action tendant aux mêmes fins (Com. 12 juill. 1914, Bull. civ. IV, n° 265, D. 1995, som. 1, obs. F. Derrida).

ou du mandataire judiciaire. C'est lui qui représente le débiteur et exerce les droits et actions relatifs au patrimoine du débiteur. Il peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires du débiteur pendant un délai de six mois à compter de la liquidation. A l'issue de ce délai, il lui est nécessaire d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire ou de recueillir l'avis du ministère public. Il procède aussi aux opérations de réalisation des actifs du débiteur. Il doit établir un rapport qui sera remis au juge-commissaire et au ministère public au moins une fois par un dans lequel il indique l'état financier, comme la répartition qui est faite aux créanciers.

- 287-** Lui aussi verra sa responsabilité pénale et civile qui peut être engagée. Sur le plan pénal, nous retrouvons les mêmes règles que pour les autres mandataires. Sur le plan civil, on voit des actions dirigées contre lui, par exemple en cas de vente d'un bien qui aurait dû en réalité être restitué à un autre créancier, et, surtout, dans le cadre des répartitions entre les créanciers qui sont assez souvent contestées par l'un ou l'autre de ces créanciers.

§ 2 : Le représentant des salariés

- 288-** On connaît la place importante que les salariés occupent dans la procédure collective puisqu'ils sont de ceux qui subissent la déroute de l'entreprise. On comprend qu'ils soient présents dès le début de la procédure. Ainsi, l'article L. 621-4 C. com. énonce que dans le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, le tribunal invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégué du personnel, les salariés élisent leur représentant qui exerce les fonctions dévolues aux premiers. Si aucun représentant des salariés ne peut être désigné ou élu, un procès-verbal de carence est établi par le chef d'entreprise et déposé au greffe du tribunal. Les dispositions de l'article L. 621-4 s'appliquent aussi en cas de redressement et en cas de liquidation. Le représentant des salariés est lui-même un salarié protégé à compter de son élection. Son licenciement obéit alors à des règles particulières et suppose

l'autorisation de l'inspection du travail. Ce représentant des salariés n'a pas en réalité vocation à représenter les salariés. Il a plutôt pour rôle essentiel de surveiller le mandataire judiciaire ou le liquidateur. Pour cette raison, le mandataire ou le liquidateur doit lui communiquer tous les documents et informations utiles.

§ 3 : Les contrôleurs

289- Traditionnellement, par contrôleurs, on vise les créanciers qui sont chargés de certaines missions et qui sont investis de certaines prérogatives. L'article L. 621-10 énonce que le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'eux soit choisi parmi les créanciers chirographaires.

Ces contrôleurs ont pour mission générale de protéger les intérêts des créanciers. Seul le tribunal pourra révoquer les créanciers nommés contrôleurs. Si le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre ou l'autorité professionnelle compétente est contrôleur de droit, sans avoir à être nommé par le juge-commissaire.

Ces contrôleurs ont une mission générale d'assistance. Ils ont aussi une mission de défense de l'intérêt collectif. Dans la mission d'assistance, ils aident le mandataire judiciaire ou le liquidateur judiciaire, notamment dans l'établissement du passif et ils aident aussi le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils ont aussi une mission de défense de l'intérêt collectif et c'est ainsi que tout créancier nommé contrôleur peut agir dans l'intérêt collectif des créanciers en cas de carence du mandataire judiciaire comme nous l'avons vu précédemment. La mission qui est ainsi confiée aux contrôleurs explique que leur responsabilité ne soit engagée qu'en cas de faute lourde.

Chapitre 2 - **Droit saoudien**

290- En droit saoudien, comme d'ailleurs dans les droits des autres pays arabes, nous retrouvons la même distinction entre les organes juridictionnels et les organes non juridictionnels. En effet, l'article 112 du règlement n° 32 du 2 juin 1931 prévoit que le tribunal qui rend le jugement de faillite désigne un de ses membres pour le représenter tandis que les créanciers désignent des représentants parmi eux. Les textes suivants assignent des fonctions à chacun de ces organes.

La réglementation est plus complète dans les autres pays arabes, notamment au Liban et en Egypte. Tout en faisant la distinction selon les deux séries d'organes, nous verrons quelles sont les règles prévues par les autres législations et qui peuvent inspirer le droit saoudien en la matière.

Section 1 – Les organes juridictionnels

291- En droit saoudien, comme ailleurs, l'organe juridictionnel par excellence est le tribunal qui déclare la faillite et qui supervise son déroulement. L'article 112 du règlement n° 32 prévoit que le tribunal désigne l'un de ses membres qu'il surnomme « *Board Trustee* » et que nous allons désigner ici sous l'appellation juge-commissaire. C'est le seul organe juridictionnel que le droit saoudien prévoit. En quoi, il diverge des législations des autres pays arabes comme, par exemple, le Liban qui donne aussi un rôle, même timide, au ministère public.

§ 1 : Le juge-commissaire

292- En droit saoudien, l'article 113 du règlement n° 32 prévoit que le juge-commissaire surveille toutes les opérations relatives à la faillite et aux actes auxquels se livre l'organe non juridictionnel sur lequel nous reviendrons²³⁹. Selon l'article 113, il intervient aussi dans la vérification des créances et dans la réunion des biens du débiteur en faillite. Là s'arrête la réglementation en droit saoudien. En droit libanais, l'article 520 C. com. énonce que le jugement qui déclare la faillite désigne l'un des membres du tribunal en qualité de juge-commissaire. L'article 521 précise que ce juge sera chargé spécialement de faire accélérer et de surveiller des opérations et la gestion de la faillite. Il fera au tribunal rapport sur toutes les contestations que la faillite pourra faire naître et qui seront de la compétence du tribunal. Ce juge restera en fonction tant que les opérations de la faillite sont en cours et jusqu'à ce qu'elle trouve son issue. Mais, en cas de décès, de révocation ou d'incapacité, le tribunal désignera un autre juge-commissaire. Il résulte de l'article 523 C. com. qui prévoit la possibilité pour le tribunal de remplacer à tout moment le juge-commissaire, que ses décisions sur ce point ne peuvent faire l'objet d'aucune voie de recours.

293- Des textes épars précisent les fonctions attribuées au juge-commissaire²⁴⁰. Sa fonction générale est précisée à l'article 521 précité. Mais aussi, il lui appartient de convoquer les créanciers à des réunions et à présider ces dernières (art. 557, 558, 583 et 597 C. com.) il donne l'autorisation au syndic d'accomplir certains actes importants comme la vente des biens meubles et des marchandises (art. 544) ; il donne l'autorisation au syndic et au débiteur de transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers (art. 546). Enfin, l'article 521 prévoit que le juge-commissaire doit faire rapport au tribunal sur toutes les contestations que la faillite pourrait faire naître et qui seraient de la compétence de ce tribunal. Ce dernier ne pourra statuer et trancher ces contestations que si le juge-commissaire présente un rapport en ce sens.

²³⁹ V. infra, n° 297 et s.

²⁴⁰ V. Taha et Baroudi, op. cit., p. 404, Taha, n° 616 ; Boustani, op. cit., p. 288 et s. ; Al Faqqi, op. cit., p. 412.

294- Les fonctions du juge-commissaire ne s'arrêtent pas à la surveillance des actes relatifs à la faillite. Dès son entrée en fonction, il doit prendre des décisions qui sont, elles aussi, prévues par les textes. Ainsi, l'article 512 C. com. décide que les frais et honoraires des syndics seront « taxés » par le juge-commissaire conformément à un tarif précisé par décret. Si une opération faite par le syndic est attaquée, compétence est donnée au juge-commissaire pour statuer sur la demande (art. 517). Les ordonnances qu'il rend sont déposées au greffe du tribunal et tout intéressé peut exercer un recours contre elles²⁴¹.

§ 2 : Le ministère public

295- Le droit saoudien ne prévoit pas l'intervention du ministère public dans la procédure de faillite. Ce n'est pas le cas dans d'autres pays.

En Egypte comme au Liban, la doctrine accorde peu d'importance à l'intervention du ministère public et semble même regretter cette intervention²⁴². Il n'en reste pas moins que les textes prévoient cette intervention, plus en Egypte qu'au Liban.

L'article 522 du Code égyptien du commerce décide que la faillite est déclarée soit à la demande du commerçant, soit à la demande d'un créancier, soit à la demande du ministère public. L'article 556 du même Code énonce que si le ministère public demande l'ouverture de la faillite, le greffe du tribunal doit la déclarer le jour de l'audience. L'article 557 prévoit que le greffe informe le

²⁴¹ Cass. Liban, 30 avr. 1954, Coll. Hatem, Tome 20, p. 17, n° 3, qui décide que l'opposition à la décision du juge-commissaire de fixer les honoraires du syndic est de la compétence du juge-unique et non de celle de la Cour d'appel. V. aussi, Cass. Liban, 20 nov. 1956, Coll. Hatem, Tome 29, p. 19, n° 3, qui décide que les décisions du juge-commissaire qui approuve ou désapprouve les actes auxquels se livre le syndic constituent des recours gracieux et les décisions du juge-commissaire n'acquièrent pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers. V. aussi, Trib. 1^{re} instance Beyrouth, 16 janv. 1961, Coll. Hatem, Tome 46, p. 17, n° 1, qui décide que les décisions du juge-commissaire sont de deux natures, certaines sont gracieuses si aucun litige n'est en cause et d'autres sont contentieuses si un litige existe entre les parties.

²⁴² Taha, op. cit., n° 622 ; Boustani, op. cit., p. 292.

ministère public de la demande d'ouverture de la faillite et ce ministère public doit être présent dès le début à la procédure. Enfin, l'article 561 énonce que le greffe du tribunal remet au ministère public le contenu du jugement de faillite dès qu'il est rendu.

296- Au Liban, on retrouve des dispositions analogues, même si elles semblent être moins développées qu'en Egypte. Ainsi, l'article 496 du Code libanais de commerce énonce que le jugement de faillite et les jugements de report de la date de cessation des paiements devront être communiqués par le greffier au ministère public. L'article 539 qui impose au syndic de remettre au juge-commissaire un mémoire sur l'état de la faillite, précise que ce juge-commissaire transmettra immédiatement les mémoires avec ses observations au ministère public. L'article 540 ajoute que les officiers du ministère public pourront se transporter au domicile du failli et assister à l'inventaire et ajoute qu'ils auront à toute époque le droit de requérir communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite.

Même si en droit égyptien et en droit libanais, le ministère public joue en tant qu'organe juridictionnel son rôle dans la faillite, ce rôle reste inconcevable en droit saoudien où les textes ne lui donnent pas ce rôle.

Section 2 – **Les organes non juridictionnels**

297- En droit saoudien, le seul organe non juridictionnel prévu par les textes est le représentant des créanciers. Dans les autres pays arabes, les textes prévoient la mise en place aussi d'un syndic et de contrôleurs. Ils font même jouer un certain rôle au débiteur.

Dans la mesure où le droit saoudien ne prévoit que le seul représentant des créanciers, celui-ci aura certainement à remplir des tâches que les législations des autres pays attribuent aux divers organes juridictionnels qu'ils instituent. Nous exposerons ces divers organes et nous verrons quelles sont les fonctions attribuées aux uns et aux autres et qui devraient être attribuées en droit saoudien au représentant des créanciers.

§ 1 : Le syndic

298- Le jugement de faillite emporte dessaisissement du débiteur. Celui-ci ne peut plus administrer ses biens ni en disposer. Ces pouvoirs appartiennent désormais au syndic comme le proclame solennellement l'article 512 du Code libanais de commerce : « *L'administration du patrimoine du failli est confiée à un mandataire salarié, le syndic* ». En Egypte, l'article 571 du Code de commerce qui prévoit aussi la désignation du syndic le surnomme « *secrétaire de la faillite* » alors qu'en droit koweïtien, le syndic est surnommé « *le directeur de la faillite* ».

Le syndic est désigné sans que les créanciers donnent leur avis. A défaut de concordat entre le failli et les créanciers, ces derniers sont regroupés en une masse et il revient alors au juge-commissaire de les consulter en vue de désigner ce que l'on appelle le syndic de l'union. L'article 584 du Code libanais de commerce énonce : « *S'il n'intervient point de concordat, les créanciers seront de plein droit en état d'union* ». Le texte ajoute que le juge-commissaire les consultera immédiatement tant sur les faits de la gestion que sur l'utilité de maintien ou du remplacement des syndics. Les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis d'un gage seront admis à cette délibération. Il sera alors dressé procès-verbal des dires et observations des créanciers, ce qui permettra au tribunal de nommer les syndics de l'union. Un ou plusieurs syndics peuvent être désignés. En droit égyptien, l'article 571 du Code de commerce prévoit qu'il en sera désigné tout au plus trois. Au Liban, l'article 514 interdit à tout parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement d'être nommé syndic. De même, le décret-loi n° 65 du 9 septembre 1983 précise les formalités que le tribunal doit

respecter lors de la désignation du syndic. Il prévoit notamment que le syndic doit être choisi parmi ceux qui sont inscrits sur une liste officielle agréée par le ministre de la justice et publiée au journal officiel.

299- Le syndic remplit plusieurs fonctions.

Il peut prendre d'abord les mesures conservatoires des droits des créanciers, comme l'apposition des scellés sur les biens du débiteur et établir le bilan au cas où le débiteur ne l'aurait pas fait lui-même. Il procède à la publication du jugement de faillite (sur l'ensemble de ces points, v. art. 496, 527 et 533 C. com.).

En outre, le syndic administre les biens du débiteur et procède, sous la surveillance du juge-commissaire, au recouvrement des dettes (art. 543).

Il participe aussi à la vérification des créances (art. 549) et l'article 501 C. com. précise que le débiteur ne peut plus ester en justice, sauf à se porter partie intervenante aux procès suivis par les syndics. Il procède à la vente des biens et peut lui-même superviser l'exploitation de l'établissement commercial du débiteur.

Enfin, le syndic de l'union liquide les biens du débiteur et procède à leur vente afin d'en distribuer le prix entre les créanciers.

300- Le syndic est un mandataire salarié (art. 512). A ce titre, sa responsabilité pourra être retenue en cas de dommages qu'il causerait à autrui, qu'il s'agisse du débiteur lui-même, d'un créancier ou d'un tiers. Il n'en reste pas moins que la masse des créanciers peut être tenue pour responsable des faits du syndic²⁴³. On voit le lien que le droit libanais et le droit égyptien établissent entre le syndic et la masse des créanciers. Dans la mesure où le droit saoudien prévoit la nomination de représentants des créanciers, nous pouvons considérer que ces derniers encourent les mêmes responsabilités que le syndic du droit libanais et du droit égyptien.

²⁴³ Le syndic est considéré comme un salarié de la masse des créanciers et du débiteur, ce qui explique sa responsabilité à leur égard. Sur la responsabilité du syndic, v. Boustani, op. cit. p. 284 ; Baroudi, op. cit., p. 359 ; Faqqi, op. cit., p. 141 ; Taha, op. cit., n° 615.

§ 2 : Les créanciers

301- L'article 112 du règlement n° 32 prévoit que les créanciers désignent deux d'entre eux pour les représenter. Le tribunal leur notifie cette désignation et le texte précise qu'ils ont pour mission de procéder aux investigations nécessaires pour déterminer le patrimoine du débiteur. Le même article 113 prévoit que les représentants des créanciers ainsi que le juge-commissaire doivent convoquer le débiteur afin de comparaître devant eux et devant le tribunal en cas de nécessité. En accord avec le juge-commissaire, les représentants des créanciers surveillent la vente des biens mobiliers et immobiliers du débiteur après avoir obtenu l'autorisation du tribunal.

302- En droit libanais, les créanciers sont réunis en une masse représentée par le syndic en vue de réaliser les biens du débiteur. Une fois les opérations de liquidation terminées, les créanciers sont convoqués à une réunion afin d'approuver les comptes établis par le syndic et donner leur avis sur la situation du débiteur.

La fonction limitée laissée aux créanciers explique que leur responsabilité est rarement retenue, sauf du fait du syndic. Il n'en sera pas de même en droit saoudien puisque les représentants des créanciers ont des fonctions qui leur sont propres et l'on peut penser que leur responsabilité sera celle qu'encourt le syndic en droit libanais et en droit égyptien.

§ 3 : Le débiteur

303- Les articles 113 et suivants du règlement saoudien n° 32 imposent au débiteur de collaborer avec le juge-commissaire et les représentants des créanciers en vue de fixer son patrimoine. Le droit libanais (art. 532) et le droit égyptien (art. 718 et 719 C. com.) tout en déclarant que le débiteur se trouve dessaisi de l'administration de ses biens, lui imposent à leur tour une obligation de

collaboration avec le juge-commissaire et le syndic afin de communiquer ses livres de commerce et les assister dans la détermination des créanciers et du bien-fondé des créances.

§ 4 : Les contrôleurs

304 Le droit saoudien ne prévoit pas la désignation de contrôleurs en cas de faillite. En droit libanais et alors même que l'on aurait pu penser que le tribunal, le juge-commissaire et le syndic pourraient maîtriser la conduite de la faillite, le législateur a préféré leur ajouter un organe supplémentaire en la personne des contrôleurs. L'article 513 du Code libanais de commerce qui prévoit la nomination du juge-commissaire ajoute que peuvent être nommés « *un ou deux contrôleurs parmi les créanciers qui font acte de candidature* ». Il est donc nécessaire que les contrôleurs soient choisis parmi les créanciers, règle qui est consacrée aussi par l'article 629 du Code syrien de commerce et par l'article 582 du Code égyptien de commerce.

Il reste que les textes ne précisent pas les fonctions de ces contrôleurs pas plus qu'ils ne règlementent leur responsabilité ou leur révocation. Ce n'est qu'implicitement qu'ils prévoient certaines de leurs fonctions. Ainsi, l'article 544 du Code libanais précise que le juge-commissaire peut consulter les contrôleurs en cas de vente des biens immobiliers du débiteur. L'article 549 précise qu'ils peuvent participer à la vérification des créances. Les contrôleurs assistent le juge-commissaire dans la vérification de la situation des débiteurs et de ses livres de commerce.

CONCLUSION DU TITRE 3

305- La multiplication des procédures collectives en droit français s'accompagne d'une multiplication des organes de ces procédures : les organes dits juridictionnels, composés du juge-commissaire et du ministère public, et les organes non juridictionnels, les mandataires de justice que sont les administrateurs, les mandataires judiciaires, les commissaires à l'exécution du plan et les liquidateurs judiciaires ; à eux s'ajoutent les représentants des salariés et les contrôleurs. Chacun de ces organes est investi d'une mission qu'il exerce sous le contrôle du juge-commissaire, lui-même dépendant du tribunal qui l'a désigné. Dans l'exercice de cette mission, chaque organe aura nécessairement à surveiller les actes accomplis par l'autre. La multiplication des organes peut ainsi constituer une garantie de la bonne et saine exécution de la mission qui incombe à chacun. La représentation des salariés a pour fonction de préserver tant bien que mal leurs droits, éviter les licenciements et si licenciements il y a, assurer une certaine compensation financière.

Le droit saoudien paraît loin de ces préoccupations. Il assure lui aussi le contrôle du tribunal sur le déroulement de la procédure par la désignation de l'un de ses membres, un juge que nous avons surnommé, pour simplifier, le juge-commissaire. A ses côtés, il n'y a qu'un seul autre organe qui n'est autre que le représentant des créanciers. Le but est toujours le même : assurer la protection de ces derniers dans le respect des exigences de l'ordre public et de l'intérêt étatique.

CONCLUSION DE LA DEUXÈME PARTIE

306- L'étude des règles communes aux procédures collectives a permis de comprendre que les problèmes se posent dans les mêmes termes en droit français et en droit saoudien : la nécessité de définir les personnes physiques et morales soumises à ces procédures, la nécessité de prévoir des règles générales applicables à toutes ces personnes, même si des adaptations apparaissent parfois nécessaires en raison de la qualité du débiteur. Dans les deux droits aussi, l'intervention de l'Etat dans la mise en place et l'organisation de la procédure collective s'imposent et expriment l'intérêt que l'Etat attache à cette matière qui met en cause tant d'intérêts, même si la justice étatique ne peut pas prendre elle-même d'initiative d'ouvrir la procédure. Les deux droits déterminent les personnes qui ont qualité et pouvoir de saisir le tribunal. Dans les deux droits, il est nécessaire de désigner les organes chargés du déroulement de la procédure sous le contrôle du tribunal.

Les mêmes questions se posent, mais les réponses qui leur sont apportées sont loin d'être équivalentes. La raison de cette divergence est toujours la même : le droit français cherche en premier à sauver l'entreprise ; ce souci l'amène à assurer une certaine protection au débiteur et à faire participer les salariés au déroulement de la procédure. Les créanciers sont quant à eux représentés par les organes de la procédure chargés d'assurer la protection de leurs intérêts. La multiplication des procédures a pour conséquence la multiplication des organes avec une définition de leurs pouvoirs. L'intervention du ministère public illustre à nouveau la mise en cause dans le droit des procédures collectives de l'intérêt général et de l'ordre public.

Le droit saoudien cherche lui aussi à protéger les intérêts de l'ordre public. C'est ce qui explique que l'ouverture de la procédure soit de la compétence exclusive des tribunaux étatiques et que ces derniers désignent un de leurs membres pour superviser son déroulement. Mais, son objectif est surtout de protéger le marché économique contre un débiteur qui a « *failli* » et cette protection s'accompagne du paiement des créanciers. Le seul organe qui

intervient à côté du juge est précisément le représentant des créanciers. Ces particularités du droit français et du droit saoudien apparaîtront encore plus dans l'examen du déroulement de la procédure.

Troisième partie :

Le déroulement de la procédure

307- Dans la deuxième partie, nous avons examiné les conditions d'ouverture de la procédure collective et les organes de cette procédure. Déjà, les divergences entre le système français et le système saoudien étaient apparues au grand jour. Elles le seront encore plus dans l'examen du déroulement de la procédure, de ses débuts jusqu'à sa clôture.

Les divergences sont dues déjà à l'existence d'une pluralité de procédures collectives en droit français alors que le droit saoudien n'en connaît qu'une. Ce constat révèle des différences de fond sur les objectifs de la procédure collective et ses fondements. Il serait artificiel de chercher à comparer dans le détail les deux systèmes tant leur philosophie et l'organisation concrète ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre. Nous distinguerons donc nettement le droit français (Titre 1) et le droit saoudien (Titre 2).

Titre 1 – Le droit français

- 308-** Le déroulement de la procédure dépend de celle qui est mise en place et de ses particularités. Néanmoins, toute la procédure collective est nécessairement tournée vers le patrimoine du débiteur, ne serait-ce que pour vérifier si ce patrimoine permet de sauver l'entreprise ou, le cas échéant, dans quelle mesure il va servir à désintéresser les créanciers.

Chapitre 1 : Les particularités de la procédure

Chapitre 2 : Le patrimoine du débiteur

Chapitre 1 – Les particularités de la procédure

- 309-** Sur les trois procédures mises en place depuis la loi du 26 juillet 2005, celle de la sauvegarde a recueilli les faveurs du législateur et celui-ci lui a consacré une réglementation particulièrement détaillée. De nombreuses règles sur le redressement et même sur la liquidation judiciaires sont empruntées à la réglementation de la procédure de sauvegarde. Nous commencerons donc par exposer cette procédure. Nous verrons ensuite les deux autres.

Sous-chapitre 1 : La sauvegarde

- 310-** La procédure de sauvegarde est composée de deux étapes : il y a la période d'observation ; si cette observation révèle que la sauvegarde est possible, un plan de sauvegarde sera mis en place.

Section 1 – La période d’observation

- 311- Cette période d’observation est dominée par l’idée de protection. Il s’agit de protéger l’entreprise justement dans le but de trouver une solution qui assure la sauvegarde de cette entreprise et, avec elle, le maintien de l’emploi. Pour assurer cette protection, il est nécessaire en premier de se tourner vers l’entreprise elle-même et de mettre en place tous les moyens qui lui assurent une survie. Mais, la protection de l’entreprise suppose aussi que ses créanciers ne puissent pas être en mesure de la mettre en déroute.

Sous-section 1 : L’entreprise

- 312- Quand on parle de l’entreprise et de sa protection, on songe directement à la poursuite de l’exploitation au sein de cette entreprise. Il n’est pas concevable de parvenir à une sauvegarde si cette activité se trouve arrêtée. Puisqu’il est nécessaire que l’exploitation soit poursuivie, encore faut-il que l’on détermine le mode de gestion de l’entreprise et comment on peut assurer la poursuite de l’activité de cette entreprise.

§ 1 : Le mode de gestion de l’entreprise

- 313- Les articles L. 622-1 et s. C. com. régissent le mode de gestion de l’entreprise. Ces textes se retrouvent d’ailleurs sous un chapitre intitulé « *De l’entreprise au cours de la période d’observation* ».

L’article L. 622-1 pose les principes généraux du mode de gestion de l’entreprise. C’est ainsi qu’il énonce que l’administration de l’entreprise est assurée par son dirigeant. Il ajoute que lorsque le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l’assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d’entre eux.

C'est donc le débiteur lui-même pris en la personne du dirigeant de l'entreprise, qui continue à l'administrer malgré l'ouverture de la procédure collective. Antérieurement, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, dès que le jugement d'ouverture était rendu, le débiteur était assisté d'un syndic. Depuis la loi du 25 janvier 1985, la désignation d'un administrateur n'est plus automatique dans le redressement judiciaire et la loi du 26 juillet 2005 est allée encore plus loin dans ce système en laissant au dirigeant le soin d'administrer l'entreprise durant la période d'observation.

Il reste qu'un ou plusieurs administrateurs peuvent être désignés par le tribunal. De là se pose la question de la répartition des pouvoirs entre le dirigeant et l'administrateur. Mais, la procédure de sauvegarde reste une procédure judiciaire. La conséquence en est que les actes qui sont effectués durant cette période d'observation sont soumis à des règles particulières et une intervention du juge, plus précisément du juge-commissaire, est nécessaire pour surveiller et même pour autoriser l'accomplissement d'un certain nombre d'actes.

Sous-paragraphe 1 :

Les pouvoirs du dirigeant de l'entreprise et de l'administrateur

314- Comme nous l'avons vu, l'article L. 622-1 C. com. énonce que l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. C'est le principe. Mais, ce principe est tempéré par le même article L. 622-1 lorsqu'il énonce que le dirigeant peut être assisté par l'administrateur lorsque le tribunal en désigne un ou plusieurs.

Depuis la loi du 25 janvier 1985, on cherche de plus en plus à laisser au dirigeant le soin d'administrer lui-même l'entreprise. L'ouverture de la procédure de sauvegarde laisse l'entrepreneur individuel (celui qui se livre à une activité commerciale ou artisanale, l'agriculteur, le professionnel indépendant), continuer l'exercice de son activité. Pour une personne morale, ce sont les dirigeants sociaux qui continuent à assurer cette même activité. Voilà pourquoi on dit que le

débiteur n'est pas dessaisi de ses droits. De plus, une entreprise placée dans une procédure de sauvegarde ne peut pas faire l'objet d'une cession totale. Donc, le débiteur n'a pas à craindre non plus d'être évincé de l'administration par suite d'une telle cession. L'adoption d'un plan de sauvegarde peut parfois et exceptionnellement avoir pour conséquence le remplacement des dirigeants. Mais, c'est là un tempérament qui n'enlève rien au principe selon lequel l'administration de l'entreprise reste de la compétence du dirigeant.

Tout ce qui est demandé à ce dirigeant est de coopérer afin que la procédure puisse atteindre ses objectifs. L'article L. 622-6 C. com. impose l'établissement d'un inventaire qui est remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire. Cet inventaire peut être dressé par un officier public désigné dans le jugement d'ouverture de la procédure. Si le jugement n'en désigne pas un, l'inventaire sera établi par le débiteur et certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert-comptable.

315- Malgré ces atteintes portées au droit du dirigeant d'administrer l'entreprise, le principe reste le même et pour bien marquer les idées, l'article L. 622-3 ajoute que le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Le texte complète ce principe en énonçant que les actes de gestion courante²⁴⁴ qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi²⁴⁵. Quoiqu'il en soit, certains actes sont purement et simplement interdits au débiteur. Ainsi, l'article L. 622-7 énonce que le jugement qui ouvre la procédure de sauvegarde emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Il emporte aussi de plein droit d'autres conséquences comme l'inopposabilité de certains droits de rétention. L'ordonnance du 12 mars 2014 a néanmoins introduit une nuance dans cette règle en énonçant que si l'acte est susceptible d'avoir une incidence

²⁴⁴ V. Civ. 1^{re}, 5 juin 2008, Dr. Soc. 2008, n° 181, note Legros, jugeant qu'en application des articles L. 622-1 C. com. et 974, 975 et 976 du Code de procédure civile, le pourvoi formé contre une société mise en procédure de sauvegarde est irrecevable dès lors que la déclaration de pourvoi déposée au greffe de la Cour de cassation n'est pas aussi dirigée contre l'administrateur désigné par le jugement d'ouverture avec la mission d'assister le débiteur pour tous les actes de gestion.

²⁴⁵ On a quelque mal à comprendre pour quelle raison le législateur a éprouvé le besoin de prévoir une règle relative aux seuls actes de gestion courante alors que le principe est que le débiteur exerce seul sur son patrimoine les pouvoirs d'administration.

déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public.

B - L'intervention de l'administrateur judiciaire

316- Le même article L. 622-1 prévoit que le tribunal, lorsqu'il désigne un ou plusieurs administrateurs, les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion et de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. C'est donc le tribunal qui a tout pouvoir pour définir la mission qui est confiée à l'administrateur. Cependant, la loi intervient elle aussi pour conférer directement à l'administrateur certains pouvoirs sans que ceux-ci soient nécessairement déterminés par le juge.

1 – Pouvoirs déterminés par le juge

317- L'idée qui prédomine ici est de surveiller ou d'assister le débiteur. L'administrateur ne va donc pas représenter le débiteur, autrement dit, il ne lui appartient pas de remplacer le dirigeant dans l'accomplissement des actes. Il s'agit seulement d'une mission de surveillance et d'assistance. La mission de surveillance devrait signifier que l'administrateur intervient pour vérifier si la gestion faite par le dirigeant n'encourt pas la critique. Donc, les actes sont accomplis par le dirigeant lui-même et, à ce titre, ils sont valables. Tel est d'ailleurs le sens de la règle posée à l'article L. 622-3. Dans la mission de surveillance, l'administrateur ne pourra que saisir le tribunal et démontrer à celui-ci que les actes du débiteur ne sont pas conformes aux intérêts de l'entreprise, ce qui permettra peut-être à cet administrateur d'obtenir du tribunal qu'il élargisse la mission qui lui est confiée. L'administrateur a cette mission de surveillance. S'il se montre négligent dans l'exécution de l'obligation de surveillance, sa responsabilité pourra être retenue. Sur la mission proprement dite d'assistance, les choses sont quelque peu ambiguës. Normalement, l'assistance devrait signifier que les actes continuent à être accomplis par le dirigeant de

l'entreprise mais avec l'accord de l'administrateur. Donc, tout aussi normalement, les deux doivent intervenir pour l'accomplissement des actes.

318- Néanmoins, cette directive générale sur la mission d'assistance soulève quand même un certain nombre de difficultés concrètes. Par exemple, on se demande quelle est la mesure de l'intervention de l'administrateur. Doit-il intervenir dans tous les actes qui sont accomplis par le dirigeant ? Si on a une pareille conception de l'assistance, on risque de retrouver le système de la loi du 13 juillet 1967 avec l'intervention du syndic. C'est la raison pour laquelle depuis la loi de 1985, on pense de plus en plus que le dirigeant doit pouvoir accomplir seul les actes. C'est ainsi que les actes de gestion courante²⁴⁶ restent de sa seule compétence (commande de marchandises en vue de leur vente ; conclusion d'un contrat de transport, ...). Des actes de disposition sont permis dès que ces actes constituent des actes de gestion courante comme la vente d'un véhicule utilitaire par une société qui exploite un garage. Dans cette analyse, on soutient qu'en fin de compte, l'intervention de l'administrateur sera nécessaire pour les actes qui sont expressément précisés par le tribunal. Autrement dit, si le tribunal a décidé que tel acte ne peut être accompli par le dirigeant seul, l'intervention de l'administrateur sera alors a priori nécessaire. A priori, car une autre question va se poser : au cas où le juge a expressément prévu que tels actes ne peuvent être accomplis qu'avec l'assistance de l'administrateur, quelle sera la sanction des actes qui ont néanmoins été accomplis par le débiteur seul sans l'assistance de l'administrateur ? On retrouve les mêmes hésitations : l'acte est-il valable ou est-il frappé de nullité ou tout au moins d'inopposabilité ? Il y a des décisions qui se prononcent dans un sens et dans l'autre sauf que l'on voit apparaître une tendance jurisprudentielle selon laquelle l'acte accompli sans l'assistance de l'administrateur n'est pas frappé de nullité. Il est valable entre les parties. Mais il est inopposable à la procédure collective.

²⁴⁶ V. Com. 11 juin 1996, BRDA 1996, n° 15/16, p. 7, considérant comme acte de gestion courante au sens de l'article L. 622-3 la commande de marchandises destinées à être vendues dans une boutique, cette commande ayant été effectuée pour les besoins de son activité commerciale ; v. aussi, Com. 9 janv. 2001, Rev. proc. coll. 2002.90, obs. Lebel, retenant la même qualification pour la conclusion d'un contrat de transport dès lors que l'acheminement de marchandises fabriquées auprès de sa clientèle constitue une activité quotidienne de la société débitrice.

Quoi qu'il en soit, l'idée générale est que le débiteur n'est pas dessaisi. Il garde le pouvoir d'administrer l'entreprise, sauf à ce que l'administrateur intervienne là où cela s'avère nécessaire. Pour l'ensemble de ces raisons, tout le monde pense que le mieux est que le tribunal précise dans le jugement les actes que le débiteur ne peut pas accomplir seul.

2 – Pouvoirs déterminés par la loi

319- La loi prévoit un certain nombre de pouvoirs qu'elle attribue directement à l'administrateur. Ainsi, l'article L. 622-13 C. com. énonce que l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats²⁴⁷ en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Une telle disposition signifie que l'administrateur a un pouvoir exclusif pour prendre la décision. Dans d'autres cas, l'administrateur intervient avec le dirigeant pour la prise de certaines décisions. Par exemple, les actes conservatoires (comme former une voie de recours contre une décision, se constituer partie civile au nom de l'entreprise ...) seront accomplis conjointement par l'administrateur et le dirigeant. De même, l'élaboration d'un plan de sauvegarde impose que l'administrateur et le débiteur fassent des propositions de réorganisation de l'entreprise.

Il reste que d'une manière générale, lorsque l'administrateur intervient, qu'il intervienne à titre exclusif ou pour surveiller ou encore assister le dirigeant, cet administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise, par exemple, il est tenu d'appliquer la législation du travail, la législation sur les sociétés exactement comme le ferait le dirigeant de l'entreprise.

²⁴⁷ V. Brunetti-Pons, « *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives* », RTD Com. 2000.783 ; v. déjà L. Boyer, L'incidence de la faillite sur les contrats en cours, Ann. Univ. Sc. Soc. Toulouse, T. XXIII, 1975, p. 101 et s.

Sous-paragraphe 2 :

Les autorisations du juge-commissaire

320- Dans toute procédure collective, il y a le souci de protéger l'entreprise et les tiers. Voilà ce qui explique que le juge-commissaire intervienne pour prendre lui-même les décisions les plus graves. Les textes prévoient un certain nombre d'actes qui doivent nécessairement être soumis à l'autorisation du juge-commissaire. Après les avoir exposé, nous en verrons le régime.

A – Les actes soumis à l'autorisation du juge-commissaire

321- Les textes prévoient deux catégories d'actes qui sont soumis à l'autorisation du juge-commissaire. Dans la première catégorie, nous pouvons inclure les actes dont l'accomplissement serait de nature à altérer la consistance du patrimoine. Pour cette raison, on les qualifie d'actes graves. Dans la seconde catégorie, on classe les paiements de certains créanciers qui sont antérieurs à l'ouverture de la procédure collective.

1 – Les actes graves

322- L'article L. 622-7 qui commence par énoncer que le jugement d'ouverture emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement, énumère aussi d'autres actes interdits. Son II ajoute que le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à compromettre ou transiger. Ce texte semble distinguer les actes de disposition des actes constitutifs d'hypothèque ou de nantissement et des actes par lesquels on compromet ou on transige. En réalité, il s'agit dans tous ces actes d'actes de disposition. Quoi qu'il en soit, pour bien comprendre cet article L. 622-7, il faut revenir à l'article L. 622-3 dont le 1^{er} alinéa énonce que le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et

actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. L'alinéa 2 ajoute : « *En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi* ».

L'article 622-7 énonce que le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise.

Quand on met bout à bout l'article L. 622-7 et l'article L. 622-3, al. 1^{er}, l'on s'aperçoit qu'il y a une contradiction puisque l'article L. 622-3 permet au débiteur d'accomplir les actes de disposition, alors que l'article L. 622-7 subordonne cet accomplissement à l'autorisation du juge-commissaire.

323- En réalité, l'article L. 622-3 vise les actes de disposition tout court, alors que l'article L. 622-7 vise les actes de disposition « *étrangers à la gestion courante de l'entreprise* ». En effet, quand on consulte la jurisprudence, on s'aperçoit qu'elle considère comme des actes courants les contrats de vente d'appartements qui sont consentis par des sociétés de construction-vente, la vente d'un véhicule par une société exploitant un garage, ce qui constitue des actes courants pour la société compte tenu des liens qu'ils présentent avec l'activité de l'entreprise. En revanche, l'autorisation du juge-commissaire prévue à l'article L. 622-7 sera nécessaire dès lors que l'acte est étranger à l'activité de la société, par exemple l'affectation de fonds pour l'acquisition d'un immeuble alors que cet acte est étranger à l'activité sociale²⁴⁸.

Le juge-commissaire peut donc autoriser de tels actes de disposition même s'ils sont étrangers à l'activité de l'entreprise. Il peut aussi autoriser la constitution de sûretés, hypothèque ou nantissement. On aurait pu croire que ces actes sont étrangers à l'activité courante de l'entreprise mais, parfois, la constitution d'une sûreté est nécessaire pour le fonctionnement de cette entreprise. Pour éviter la discussion sur la question de savoir si l'acte est ou non en lien avec l'activité, on estime que l'autorisation du juge-commissaire est toujours nécessaire.

²⁴⁸ La jurisprudence considère comme constitutifs des actes étrangers à la gestion courante l'affectation de fonds pour l'acquisition d'un immeuble (Civ. 1^{re}, 27 janv. 2004, Act. proc. coll. 2004, n° 90 ; un engagement de caution : Douai, 15 octobre 1998, Rev. proc. coll. 1999. 219, obs. Saint-Alary-Houin).

Enfin, le texte vise le compromis et la transaction. Ces actes sont considérés comme suffisamment graves pour qu'ils nécessitent l'autorisation du juge-commissaire.

2 – Les actes de paiement de créanciers antérieurs

324- L'article L. 622-7 C. com. pose le principe que le jugement d'ouverture emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement. Mais il décide que le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement. En réalité, le juge-commissaire autorise le paiement de créances antérieures au jugement à la condition qu'il s'agisse d'un paiement destiné à retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité.

Il faut donc supposer ici qu'un bien appartenant au débiteur est frappé d'un gage ou bien fait l'objet d'un droit de rétention ou d'un transfert fiduciaire de la part d'un créancier. Le bien retenu par le créancier qui refuse de le restituer tant qu'il n'est pas payé peut se révéler nécessaire à la continuation de l'activité. En ce qui concerne le gage, seuls les actes qui peuvent faire l'objet d'une autorisation se rapportent au gage avec dépossession puisque le bien n'est plus en la possession du débiteur. De même, pour le transfert fiduciaire, si le bien n'est pas resté entre les mains du débiteur, il n'y aura aucune raison d'autoriser un quelconque paiement.

325- Dans tous les cas, il est nécessaire aussi que le bien en question soit utile à la continuation de l'activité. Si le bien est étranger à l'exploitation professionnelle ou s'il est de peu d'utilité pour cette exploitation, le juge refusera de donner l'autorisation. En somme, le texte doit être interprété d'une manière assez stricte. Cette interprétation s'explique aisément par l'idée que l'on se trouve en présence d'une rupture de l'égalité entre les créanciers et c'est la raison pour laquelle on

autorise le paiement de ces créanciers seulement lorsqu'ils disposent de prérogatives qui sont de nature à porter atteinte à l'exploitation de l'entreprise.

B – Le régime des actes soumis à l'autorisation du juge-commissaire

- 326-** Pour la procédure d'autorisation, il faut se référer à la partie réglementaire, plus particulièrement à l'article R. 622-6 C. com. modifié par le décret du 30 juin 2014. Ce texte énonce que lorsque le juge-commissaire statue sur une demande d'autorisation présentée par le débiteur en application de l'article L. 622-7, le greffier convoque le débiteur, l'administrateur s'il y en a un, le mandataire judiciaire et s'il y a lieu, les créanciers titulaires de sûretés spéciales sur les biens dont la vente est envisagée. L'autorisation doit être donnée pour chaque acte et non pour un ensemble d'actes.
- 327-** La question se pose de savoir quelle est la sanction en cas de non-obtention de l'autorisation du juge-commissaire. En réalité, l'accomplissement de l'acte sans respecter la condition légale peut s'avérer grave dans la mesure où la sanction peut être aussi bien pénale que civile. Ainsi, l'article L. 654-8 C. com. édicte des peines d'emprisonnement de deux ans et d'une amende pour toute personne qui se livre à un acte de disposition sans l'autorisation prévue à l'article L. 622-7. Il y a aussi une sanction civile qui n'est autre que la nullité de l'acte, nullité absolue comme le décide la jurisprudence²⁴⁹.

²⁴⁹ V. déjà, Paris, 10 févr. 1994, D. 1994 IR. 79 énonçant que la sanction de l'excès de pouvoir du dirigeant, qui intervient quel que soit l'auteur de l'acte incriminé dans un délai préfix de trois ans, est la nullité absolue de l'acte.

§ 2 : La poursuite de l'activité

328- La poursuite de l'activité de l'entreprise est prévue à l'article L. 622-9 C. com. Selon ce texte, « *l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation* ». Le principe est ainsi posé même si le texte ajoute que cette poursuite de l'activité est faite « *sous réserve des articles L. 622-10 à L. 622-16* ».

La poursuite de l'activité est importante : il n'est pas possible de parvenir à une sauvegarde ou encore à un redressement si l'activité de l'entreprise est arrêtée. Mais, en même temps, il ne faut pas que cette poursuite soit faite à tout prix. C'est ainsi que l'article L. 622-10 énonce que, à tout moment de la période d'observation, le tribunal peut ordonner la cessation partielle de l'activité. Dans les mêmes conditions, le tribunal peut convertir la procédure en un redressement judiciaire si les conditions de ce redressement sont réunies. Cependant, si la poursuite de l'activité s'avère bénéfique, on va recourir à plusieurs moyens pour la conforter. Plusieurs règles trouvent alors application : celle de la continuation des contrats, la priorité des créanciers postérieurs sur les créanciers antérieurs et, enfin, le désintéressement des salariés.

A – La continuation des contrats

329- La poursuite de l'activité de l'entreprise ne se conçoit pas sans la continuation des contrats que cette entreprise avait conclus. Un contrat de fourniture qui porte sur des produits nécessaires à la marche de l'entreprise doit être maintenu puisque, sans ce contrat, c'est l'activité elle-même qui est menacée. Ainsi, le contrat prend une valeur patrimoniale en ce sens qu'il devient un élément de l'activité. C'est la raison pour laquelle l'article L. 622-13 décide que l'administrateur peut exiger la poursuite des contrats en cours.

Mais il faut tenir compte aussi de la situation du cocontractant qui peut craindre que la continuation du contrat lui soit défavorable dans la mesure où son propre cocontractant se trouve dans une situation délicate. C'est ce qui explique le principe qui subordonne le maintien des contrats en cours à l'institution d'un équilibre des intérêts en présence, équilibre auquel des aménagements sont apportés.

1 – Le principe de l'équilibre des intérêts

330- Deux séries de règles doivent être conciliées alors qu'elles paraissent contradictoires : d'une part, la liberté contractuelle en vertu de laquelle l'une des parties peut sortir du contrat si l'autre partie n'exécute pas ses obligations ; d'autre part, les exigences de la procédure collective et la nécessité de la poursuite de l'activité de l'entreprise et ces exigences peuvent avoir pour conséquence la nécessité d'assurer une continuation du contrat. La conciliation de ces deux règles ne peut être assurée qu'en respectant un certain équilibre dans les intérêts des parties en présence. Ce principe de l'équilibre des intérêts permet de comprendre quels sont les contrats qui sont soumis à la continuation et ensuite le régime de la continuation.

a) La détermination des contrats soumis à la continuation

331- L'article L. 622-13 C. com. décide que l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours. Ce texte ne précise pas les contrats qui sont soumis à la continuation. Tout ce que l'on peut dire c'est qu'en ne donnant pas de précision sur les contrats en cause, l'article L. 622-13 s'applique normalement à tous les contrats. Même les contrats qui sont conclus intuitu personae sont soumis à la continuation, comme les contrats bancaires. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, on s'était demandé si de tels contrats

pouvaient être continués. La Cour de cassation l'avait pensé²⁵⁰. Cependant, la Cour de cassation avait tempéré cette règle en admettant que l'établissement bancaire pouvait bénéficier de la priorité des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure. Cette solution se retrouve dans l'actuel article L. 622-17 qui décide que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période sont payées à leur échéance.

332- Encore faut-il que les contrats soient en cours. La loi n'en donne pas une définition précise et l'on assiste à un contentieux très développé pour déterminer cette notion de contrats en cours. L'idée générale est que l'on doit se trouver en présence d'un contrat qui doit être exécuté normalement après le jugement d'ouverture. Par exemple, un contrat conclu avant le jugement mais qui n'a pas été ou n'a pas été complètement exécuté avant le jugement.

Le contrat en cours est donc nécessairement un contrat qui a été conclu avant le jugement d'ouverture et non pas un contrat qui était en cours de formation lorsque le jugement d'ouverture est intervenu. Par exemple, si, avant le jugement d'ouverture, il y avait une offre de contrat qui n'était pas ferme, on ne pourra pas considérer qu'il s'agisse d'un contrat en cours. En revanche, si l'on était en présence d'une promesse de vente en bonne et due forme, l'administrateur pourra lever l'option même après le jugement d'ouverture.

333- Dans la pratique, le contrat en cours est souvent un contrat à exécution successive comme un bail, un crédit-bail, ou encore un contrat de fourniture. Cependant, la notion reste quand même ambiguë. Un contrat de vente qui a été conclu et qui a été assorti d'une clause de réserve de propriété, contrat conclu avant le jugement d'ouverture mais le prix n'a pas été complètement payé avant ce jugement ; peut-on considérer qu'il s'agit d'un contrat en cours ?

²⁵⁰ Com. 8 déc. 1987, Bull. civ., IV, n° 266, D. 1988.52, note Derrida, JCP 1988.II.20927, note Jeantin.

b) Le régime de la continuation des contrats

334- Le mot continuation prend en réalité les deux sens : ou bien la continuation proprement dite du contrat, c'est-à-dire continuer de l'exécuter, ou bien la rupture du contrat. C'est en ce sens que l'article L. 622-13 énonce que l'administrateur a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, ce qui signifie une option offerte à l'administrateur, soit pour continuer le contrat, soit pour le rompre.

C'est donc l'administrateur et le texte précise que c'est l'administrateur seul qui a la faculté d'exercer l'option. S'il n'y a pas d'administrateur, c'est le débiteur lui-même qui dispose de l'option. Cependant, ce débiteur sera alors obligé de recueillir l'avis du mandataire judiciaire. Ainsi, l'article L. 627-2 énonce que le débiteur exerce, après avis conforme du mandataire judiciaire, la faculté ouverte à l'administrateur de poursuivre des contrats en cours en application de l'article L. 622-13 et L. 622-14. En cas de désaccord entre le débiteur et le mandataire judiciaire, le juge-commissaire sera saisi par tout intéressé. Pour revenir au cas le plus fréquent où un administrateur a été désigné, celui-ci a une totale liberté pour opter dans un sens ou dans un autre, et, dans ce domaine la loi lui facilite la tâche puisque le même article L. 622-13 énonce que nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Autrement dit, nous nous retrouvons en présence d'une règle d'ordre public et qui est d'application générale.

335- En cas de continuation, le cocontractant est tenu de remplir ses obligations même si le débiteur n'exécute pas des engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution par le débiteur de ses engagements antérieurs n'ouvre droit au profit du créancier (le cocontractant) qu'à déclaration de créance. Donc, l'exception d'inexécution pour ses engagements antérieurs se trouve ainsi paralysée.

Cependant, l'administrateur qui demande la continuation doit désormais exécuter le contrat dans son entier et respecter toutes ses clauses. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'article L. 622-13 lorsqu'il énonce que l'administrateur a la

faculté de demander la continuation en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Il y a ainsi une certaine protection qui est assurée au cocontractant. L'article L. 622-13 va encore plus loin et ajoute qu'à défaut de paiement et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, le contrat est résilié de plein droit et le ministre public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal afin de mettre fin à la période d'observation. De même, lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, ce paiement doit se faire au comptant, sauf si l'administrateur obtient l'acceptation par le cocontractant du débiteur de délais de paiement.

2 – Les aménagements du principe de l'équilibre des intérêts

336- Le principe de l'équilibre des intérêts est imposé par la combinaison des exigences du droit des procédures collectives et celles du droit des contrats. Ce principe connaît quelques aménagements et ceux-ci sont dus tantôt à la nécessité de protéger certains cocontractants, tantôt aux exigences de la procédure collective qui aura la primauté sur le droit des contrats.

a) La protection de certains cocontractants

337- Trois catégories de cocontractants pour lesquels le législateur a montré ses faveurs : les salariés, les parties au contrat fiduciaire et les cocontractants dans les contrats d'édition ou de reproduction audiovisuelle.

Les contrats de travail sont soumis à un régime particulier en ce sens que l'administrateur ne dispose pas à leur égard d'une option comme pour les autres contrats. D'ailleurs, l'article L. 622-13 énonce que ses dispositions ne concernent pas les contrats de travail. Il s'ensuit que si le débiteur se trouve placé dans une procédure de sauvegarde, les contrats de travail doivent être maintenus et si licenciement il y a, ces licenciements doivent respecter les règles de droit commun.

Le même article L. 622-13 énonce que ses dispositions ne concernent pas non plus les contrats de fiducie. Un tel contrat n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure à l'égard du constituant. L'explication en est que dans la fiducie, les biens et les droits sortent du patrimoine du constituant pour entrer dans celui du fiduciaire. Toutefois, le texte apporte une dérogation à la règle qu'il pose : la procédure affectera les contrats de fiducie si le constituant a conservé l'usage ou la jouissance des biens et droits transférés dans le patrimoine fiduciaire. Cette conservation est possible et peut être convenue entre les parties. On estime ainsi ici que le transfert de propriété ne doit pas primer et la procédure va avoir ses effets sur le patrimoine.

Mais il y a le risque que le fiduciaire soit lui aussi placé dans une procédure collective. L'article 2024 du Code civil décide alors que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire. L'explication se trouve dans la définition du contrat de fiducie. Dans cette définition, le fiduciaire tient les biens « *séparés de son patrimoine propre* », ce qui signifie que ces biens ne sont pas entrés purement et simplement dans son patrimoine.

Le contrat d'édition ou de reproduction audiovisuelle constitue lui aussi une dérogation et ici c'est la protection des auteurs qui est recherchée (art. L. 132-15 CPI).

Voilà le régime de la continuation des contrats qui s'explique par la protection de certains cocontractants. Un régime particulier pour d'autres contrats est édicté par la primauté des exigences du droit des procédures collectives.

b) La primauté du droit des procédures collectives

- 338-** Ici, le contrat le plus important dont le régime est affecté par la primauté du droit des procédures collectives est le contrat de bail d'immeuble en cas d'ouverture de la procédure à l'égard du locataire.

L'idée ici est que le maintien du bail est nécessaire pour la continuation de l'activité. C'est la raison pour laquelle le législateur a consacré des dispositions spéciales à ce contrat et ces dispositions montrent que les exigences de cette continuation de l'activité ont pour conséquence un affaiblissement des prérogatives du bailleur. Cet affaiblissement se vérifie à trois points de vue : la limitation du droit du bailleur de résilier le bail ; l'affaiblissement du privilège du bailleur et l'affaiblissement de ses droits pour la cession du bail.

339- Dans un premier point de vue, il y a une limitation du droit du bailleur dans la résiliation du bail. La règle générale de droit commun est que le bailleur peut demander la résiliation du bail en cas de non-paiement des loyers. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du preneur, on peut envisager ici deux cas de figure : celui des loyers antérieurs au jugement d'ouverture et celui des loyers postérieurs au jugement d'ouverture.

L'article L. 622-14 envisage ces deux cas même si l'un d'eux n'est envisagé que d'une manière implicite. Ce texte énonce que la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur et affectés à l'activité de l'entreprise est constatée ou prononcée notamment lorsque le bailleur demande la résiliation ou fait constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, le bailleur ne pouvant agir qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement.

Le texte vise les loyers et charges postérieurs au jugement d'ouverture, ce qui signifie que, pour les loyers et charges antérieurs à ce jugement, le défaut de leur paiement ne permet pas la résiliation du bail. Pour ces loyers, la solution est implicite. Pour les loyers postérieurs, la situation est claire : ces loyers doivent être payés. L'article L. 622-17 décide bien que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance. Il suffit de combiner les dispositions de cet article L. 622-17 avec celles de l'article L. 622-14 pour comprendre que les loyers échus après le jugement d'ouverture doivent être payés à leur échéance. Sinon, le bailleur dispose du droit de résilier le bail.

340- Dans le second point de vue, il y a un affaiblissement du privilège du bailleur.

L'article 2332 du Code civil énonce que les créances privilégiées sur certains meubles sont les loyers des immeubles sur les meubles qui garnissent les lieux loués pour garantir le paiement des loyers. Or, l'article L. 622-16 C. com. précise que, en cas de procédure de sauvegarde, le bailleur n'a privilège que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure. Pour les loyers à échoir, le texte distingue selon que le bail est ou non résilié : si le bail est résilié, le bailleur a un privilège pour l'année courante à la fois pour le paiement des loyers et charges et pour les dommages et intérêts qui pourraient être alloués par les tribunaux, le bailleur ne peut pas exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes.

341- Enfin, dans le troisième point de vue, concernant le régime de la cession du bail, l'article L. 622-15 énonce qu'en cas de cession de bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite. Dans le droit commun du bail, il est souvent prévu dans le contrat qu'au cas où le preneur cède le bail, le cédant sera tenu solidairement avec le cessionnaire envers le bailleur. La solidarité est donc écartée en cas de procédure collective dans le but de ne pas augmenter les charges qui pèsent déjà sur l'entreprise en difficulté.

B – La priorité des créanciers postérieurs sur les créanciers antérieurs

342- Durant la période d'observation, l'activité se poursuit et, pour faciliter cette poursuite, le législateur a institué le principe de la continuation des contrats en cours. Mais, il se peut que ces contrats en cours ne soient pas suffisants pour assurer la poursuite de l'activité et que l'entreprise soit amenée à conclure d'autres contrats, notamment des contrats qui permettent le financement de la poursuite de l'exploitation. Or, il est bien évident qu'une entreprise qui se trouve déjà en difficulté pourra difficilement trouver de nouveaux cocontractants qui acceptent de conclure des contrats avec elle et s'exposer ainsi au risque que leurs créances ne soient jamais honorées. C'est la raison pour laquelle le législateur

confère aux créanciers dont la créance est née après le jugement d'ouverture une priorité de paiement. Il décide même de faire bénéficier ces créanciers d'un véritable privilège qui leur permet de garantir le paiement de leur créance. Alors que les créanciers antérieurs sont soumis au principe de l'égalité, ceux dont la créance naît après le jugement d'ouverture vont être payés et même bénéficier d'un privilège qui garantit leur paiement prioritaire. L'article L. 622-17 le prévoit : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période sont payées à leur échéance* ». Le texte ajoute : « *Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège* ».

Il résulte de ces textes que la créance doit remplir un certain nombre de conditions pour bénéficier de la règle de priorité. A défaut de paiement, le privilège est mis en place.

1 – Les qualités que doit avoir la créance

343- L'article L. 622-17 C. com. détermine ces qualités : la créance doit être née régulièrement, elle doit être postérieure et elle doit avoir une finalité bien déterminée

a) La régularité de la créance

344- Le texte vise les créances nées régulièrement. La condition de la régularité doit s'apprécier en fonction des règles sur la gestion de l'entreprise au cours de la période d'observation. Nous avons déjà vu quels étaient les pouvoirs du dirigeant et comment se répartissaient les pouvoirs au cours de cette période d'observation. Si la créance a pris naissance dans le respect de ces règles sur les pouvoirs, elle sera considérée régulière. Bien entendu, ce critère ne va pas sans soulever certaines difficultés. Il en sera ainsi pour les créances extracontractuelles, en

particulier les créances délictuelles. Pour ces dernières, l'idée est que la créance extracontractuelle bénéficie de la règle de la priorité si elle est en relation avec la poursuite de l'activité (par ex., une explosion d'une usine qui provoque un dommage au voisinage).

Si la créance n'est pas née régulièrement, la jurisprudence décide qu'elle sera hors procédure, ce qui signifie que le créancier ne peut être payé qu'après désintéressement des créanciers de la procédure.

b) La postériorité de la créance

345- La créance doit être née après le jugement d'ouverture. S'agissant du cas le plus fréquent, celui de la créance contractuelle, la règle signifie que l'acte doit être intervenu après le jugement d'ouverture. « *Intervenu* », ce qui signifie qu'il a acquis date certaine après le jugement. S'est alors posé le problème des créances dont la cause se situe avant le jugement d'ouverture, mais une prestation a été fournie après le jugement d'ouverture : un contrat a été conclu avant le jugement d'ouverture, mais a été exécuté après ce jugement. La réponse ici semble être que les créances nées de l'exécution du contrat après le jugement d'ouverture bénéficient du privilège.

c) La finalité de la créance

346- L'article L. 622-17 décide que la créance doit être née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ».

Ainsi, les créances des mandataires et administrateurs qui ont été désignés sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure ; les frais d'établissement de l'inventaire sont nés pour les besoins de la période d'observation ; les créances qui proviennent de la continuation du contrat sont nées en raison d'une prestation fournie au débiteur.

Si les créances présentent ces qualités, elles bénéficieront de la règle de la primauté. Elles bénéficieront aussi du privilège.

2 – Le privilège

347- Ceux que l'on appelle les créanciers postérieurs ne sont pas soumis au principe de l'arrêt des poursuites individuelles. Leurs créances doivent être payées à l'échéance. Si elles ne le sont pas, elles vont bénéficier d'un privilège qui leur permettra d'être payées selon un ordre déterminé.

a) Le paiement à l'échéance

348- La règle est donc que les créanciers qui sont concernés par un privilège verront leurs créances payées au fur et à mesure qu'elles arrivent à échéance. C'est le débiteur ou l'administrateur qui procède au paiement. Ces créances produisent des intérêts. Elles ne sont pas non plus soumises à la procédure de déclaration des créances.

Il se peut que plusieurs créances arrivent à échéance à la même date ou à des dates rapprochées. S'il n'y a pas suffisamment de fonds disponibles pour procéder au paiement de toutes les créances, le débiteur ou l'administrateur devra alors suivre un ordre de classement : d'abord le paiement des salaires qui bénéficient d'un super privilège, ensuite les autres créances selon l'ordre de l'échéance. Si, malgré tout, il n'y a pas de fonds suffisants, la question se pose de savoir si les créanciers peuvent exercer des poursuites individuelles pour parvenir au paiement de leurs créances. La jurisprudence l'a admis et a décidé que le titulaire d'une créance qui bénéficie du privilège et qui reste impayé peut exercer librement son droit de poursuite individuelle et le droit d'être payé à l'échéance est indissociable du droit d'exercer des poursuites. Si le créancier postérieur n'est pas payé à l'échéance, se met en place l'ordre de paiement prévu dans la réglementation du privilège.

b) L'ordre de paiement

349- Tous les biens du débiteur vont répondre des créances postérieures. L'on se trouve en présence d'un privilège général, avec cette précision que seuls les biens du débiteur qui sont détenus par lui-même sont grevés de ce privilège. En outre, les biens détenus par le débiteur mais qui appartiennent à des tiers échappent à l'assiette de la sûreté, comme un bien qu'il a acheté avec clause de réserve de propriété ou un bien qu'il détient en crédit-bail.

Pour pouvoir bénéficier du privilège, les créances postérieures doivent être portées à la connaissance des mandataires de justice. L'article L. 622-17 énonce, dans son IV, que les créances impayées perdent le privilège si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut du mandataire judiciaire lorsqu'il en a été désigné un ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans un délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. L'ordonnance du 12 mars 2014 a complété ce texte de la manière suivante : « *Lorsque cette information porte sur une créance déclarée pour le compte du créancier en application de l'article L. 622-24, elle rend caduque cette déclaration si le juge n'a pas statué sur l'admission de la créance* ».

Si les créances ont fait l'objet de l'information requise, elles seront payées selon un ordre fixé par les textes (art. L. 622-17 pour la sauvegarde et le redressement judiciaire, art. L. 641-13 pour la liquidation judiciaire) : d'abord les créances des salariés, ensuite les frais de justice et, enfin, les prêts consentis et les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis.

C – Le désintéressement des salariés

350- Dans cette procédure de sauvegarde et, plus précisément, durant la période d'observation, le principe est le maintien des contrats de travail en cours. Par hypothèse, l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. Donc elle doit continuer à assurer le paiement des salaires. Si des licenciements se révèlent nécessaires pour le maintien de l'activité, ces licenciements obéiront au droit commun et la charge financière de ces licenciements va peser sur l'entreprise.

Mais, encore faut-il, qu'il y ait des fonds disponibles pour cette prise en charge. Parfois, ces fonds n'existent pas. De là vient la règle de l'intervention de l'AGS, avec toujours le risque que l'employeur se livre à des licenciements afin de faire supporter les frais à l'AGS. C'est la raison pour laquelle dans le cas d'une procédure de sauvegarde, le mandataire judiciaire doit justifier à l'AGS de sa demande de prise en charge et de l'indisponibilité des fonds nécessaires pour désintéresser les salariés. Toute une procédure pourra alors être mise en œuvre afin que l'AGS s'assure du bienfondé de la demande.

Sous-section 2 : Les créanciers de l'entreprise

351- Dans cette procédure de sauvegarde, il y a toujours l'espoir que l'entreprise trouve une solution aux difficultés qu'elle rencontre et qu'elle se réorganise. A cet effet, il est nécessaire que l'entreprise ne soit pas exposée aux poursuites de ses créanciers. De là vient la nécessité de protéger l'entreprise contre ses créanciers. Il ne s'agit évidemment pas des créanciers postérieurs dont la situation a déjà été examinée, il s'agit des créanciers antérieurs. Cependant, ces derniers doivent tant bien que mal être eux aussi protégés : ils ont agi le plus régulièrement avec le débiteur, ils lui ont consenti des crédits, ont conclu avec lui des contrats divers. Il n'y a pas de raison pour les sacrifier totalement.

Il s'ensuit que, lorsque l'on parle ici des créanciers de l'entreprise, il faut envisager le problème dans sa globalité : la protection de l'entreprise contre ses créanciers antérieurs et le mode de protection des créanciers antérieurs lequel se manifeste à travers toute une procédure qui n'est autre que la déclaration des créances.

§ 1 : La protection de l'entreprise contre ses créanciers antérieurs

352- Le problème ici est de trouver les moyens qui permettent de protéger l'entreprise contre ses créanciers antérieurs. Deux séries de règles ont alors été prévues : la première porte sur l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution et la seconde porte sur l'interdiction des paiements. Ces deux séries de règles se sont révélées précieuses. Mais il y avait un autre danger : il est fréquent que les dirigeants de l'entreprise se portent garants, notamment en se constituant cautions, de leur entreprise, durant la période qui précède l'ouverture de la procédure collective. Or, si l'on tient à ce que ces dirigeants s'engagent dans la sauvegarde de l'entreprise, il faut assurer leur propre protection. La loi du 26 juillet 2005 a amplifié la règle : on parle désormais de la suspension des poursuites contre les garants personnes physiques.

Telles sont les trois règles protectrices :

Sous-paragraphe 1 : Arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution

Sous-paragraphe 2 : L'interdiction des paiements

Sous-paragraphe 3 : La suspension des poursuites contre les cautions, coobligés et garants personnes physiques

Sous-paragraphe 1 : Arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution

353- Cette règle est clairement posée à l'article L. 622-1 : « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :*

1° à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent,

2° à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ».

Le texte ajoute que le même jugement interdit toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles. L'article L. 622-21 consacre ainsi le principe de l'arrêt ou encore de la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution pour les créances nées avant le jugement d'ouverture, de même que pour les créances nées après le jugement d'ouverture sans pour autant qu'elles bénéficient du privilège. C'est ce que l'on appelle le gel des droits des créanciers. Avec ce gel, on peut être fixé sur le passif de l'entreprise au jour où le jugement est rendu, ce qui permettra de savoir s'il est possible d'assurer ou non la sauvegarde de l'entreprise à l'issue de la période d'observation.

354- La situation peut, a priori, paraître paradoxale. L'on est par hypothèse en présence d'un débiteur qui n'est pas en cessation des paiements, autrement dit, il peut normalement continuer à exécuter ses engagements. Pourtant, le législateur lui permet de ne pas payer et impose à ses créanciers d'arrêter toute action en vue du recouvrement de leurs créances. L'explication en est qu'il est nécessaire de protéger l'entreprise en attendant qu'elle se réorganise. Elle se trouve dans une situation précaire et il faut l'aider à trouver une issue. Il n'en reste pas moins que le paradoxe qui vient d'être relevé explique que la règle n'est pas absolue et que certaines poursuites peuvent être reprises.

A – Portée de l'arrêt ou de la suspension des poursuites et des voies d'exécution

Cet arrêt prend l'allure d'un principe auquel des tempéraments sont apportés.

1 – Le principe de l'arrêt ou de la suspension des poursuites et des voies d'exécution

355- Ce que l'article L. 622-21 vise par l'arrêt ou la suspension des poursuites et des voies d'exécution les créances qui ont leur origine avant l'ouverture de la procédure collective ; il vise aussi les créances postérieures mais qui ne bénéficient pas du privilège de l'article L. 622-17. Pour toutes ces créances, le texte est rédigé en des termes généraux : aucune distinction n'est faite selon que la créance est chirographaire ou garantie par des sûretés, selon qu'elle est ferme ou conditionnelle. Aucune distinction n'est faite : toutes les créances sont concernées.

L'article L. 622-21 vise les créances qui tendent au paiement d'une somme d'argent, ce qui signifie que si une action a déjà été exercée, le créancier doit la suspendre et ce créancier ne peut pas exercer une nouvelle action. Les créanciers devront alors déclarer leurs créances au passif de l'entreprise. L'article L. 622-21 concerne aussi les actions en résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent : ainsi, un vendeur qui n'a pas été payé, ne peut pas exercer une action en résolution de la vente pour inexécution ; le bailleur ne peut pas exercer une action en résolution pour non-paiement des loyers.

356- Il faut observer que toutes les actions qui sont concernées par le principe sont des actions en paiement ou en résolution pour défaut de paiement. Donc, la notion de paiement est essentielle pour déterminer les actions visées par la règle de l'article L. 622-21. Si l'action a un autre fondement que le paiement d'une somme d'argent, cette action devrait être considérée comme recevable : par exemple, une action en vue de la nomination d'un expert ou une action, en vue de contraindre le débiteur à remettre un document est une action recevable. On dit d'une manière générale que toute action qui se rapporte à une obligation de faire est recevable du moment qu'elle ne tend pas à un paiement ou à une résolution pour défaut de paiement.

Le principe de l'article L. 622-21 signifie aussi qu'est arrêtée l'exécution de certaines décisions : un jugement qui est rendu avant l'ouverture de la procédure et qui condamne le débiteur à titre provisoire au paiement d'une somme d'argent ; si le débiteur forme appel et, à ce moment, la procédure collective est ouverte, le jugement qui l'avait condamné à titre provisoire va subir le principe de la suspension.

Nous avons donc une application très large du principe de l'arrêt ou de la suspension des poursuites et des voies d'exécution. Mais ce principe connaît des tempéraments.

2 – Les tempéraments au principe de l'arrêt des poursuites ou de la suspension des poursuites individuelles

357- Le principe ne trouve application qu'aux créances antérieures ou, si elles sont postérieures, ne bénéficient pas du privilège. Cependant, certaines de ces créances échappent au principe. Ainsi, les créances dont le principe est définitivement acquis avant le jugement d'ouverture ne sont pas soumises au principe de l'arrêt ou de la suspension. Pour elles, un autre principe trouve application, celui de ne pas remettre en cause les droits définitivement acquis. De même, échappent au principe de l'arrêt ou de la suspension les actions intentées contre des tiers étrangers à la procédure. En effet, le principe de la suspension ou de l'interdiction des poursuites s'applique aux poursuites exercées contre le débiteur. Ce qui signifie qu'il ne concerne pas les poursuites à l'égard des tiers étrangers à la procédure. Ainsi, si le débiteur s'était engagé solidairement avec un tiers, le principe de l'arrêt ou de la suspension des poursuites ne privera pas les créanciers d'exercer leurs poursuites contre le débiteur solidaire.

B – La reprise des actions

358- L'article L. 622-22 décide que les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Les instances déjà engagées et qui sont en cours sont seulement interrompues jusqu'à ce que le créancier ait déclaré sa créance. Une fois la créance déclarée, l'action est reprise et le texte précise que cette reprise a lieu de plein droit et les organes de la procédure (mandataire judiciaire, administrateur, ...) sont appelés à la procédure. La jurisprudence a eu souvent à rappeler que la reprise de l'instance suspendue n'a qu'un seul but, celui de constater l'existence de la créance, d'en fixer le montant en vue de sa déclaration. Cette reprise ne peut donc pas aboutir à la condamnation du débiteur. Quant au tribunal, il doit s'assurer que la créance avait bien été déclarée ne serait-ce qu'à titre provisoire et doit s'assurer si l'instance a été régulièrement reprise.

Le régime de l'interruption de l'instance est soumis au droit commun de la procédure civile (art. 369 et s. CPC). La jurisprudence décide que l'ouverture d'une procédure collective n'interrompt l'instance qu'au profit de la personne qui y est soumise et ne dessaisit pas le juge.

Sous-paragraphe 2 : L'interdiction des paiements

L'article L. 622-7 C. com. pose le principe de l'interdiction des paiements et lui apporte des exceptions.

A – Le principe de l'interdiction des paiements

359- L'article L. 622-7 pose le principe selon lequel « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Le texte ajoute que le jugement emporte de plein droit aussi inopposabilité du droit de rétention dans certains gages et le jugement s'oppose aussi à la réalisation d'un pacte comissoire. L'interdiction est donc générale en ce sens qu'elle couvre toutes les créances nées antérieurement et en ce sens aussi qu'elle s'applique que la créance soit chirographaire ou garantie par une sûreté. Elle est automatique puisqu'elle est de plein droit et il n'est nul besoin d'une formalité particulière pour qu'elle trouve application.

Le principe de l'interdiction des paiements explique le domaine que le texte assigne à l'interdiction qu'il prévoit : le droit de rétention et le pacte comissoire.

360- Pour le droit de rétention, le texte vise celui qui est prévu à l'article 2286-4° du Code civil, texte qui concerne le créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession. L'article L. 622-7 prévoit dans son II que le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement d'ouverture, notamment pour retirer le gage et nous avons vu que ce texte vise le gage avec

dépossession. Dans le gage sans dépossession, l'article 2286-4° permet aux créanciers d'exercer un droit de rétention « *fictif* » puisque la chose reste entre les mains du débiteur. Dans ce cas, l'article L. 622-7 prévoit que ce droit de rétention est inopposable.

361- L'alinéa 3 décide que le jugement d'ouverture fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire. Comme pour le droit de rétention, le pacte comissoire aboutit à contraindre le débiteur à payer. Le législateur a voulu paralyser ces deux mécanismes.

L'explication du principe de l'interdiction des paiements prévu à l'article L. 622-7 est simple : elle se trouve dans un autre principe, celui de légalité des créanciers puisque ceux-ci ne peuvent être payés que selon des règles très précises qui régissent le plan ou, en cas de liquidation, l'ordre dans lequel les créanciers peuvent être payés. On reconnaîtra aussi à ce principe le mérite de permettre au débiteur de bénéficier d'un temps de répit afin qu'il trouve des solutions auxquelles il se heurte.

Le bien-fondé de ce principe explique les sanctions de sa violation. Elles sont lourdes. Ainsi, l'article L. 622-7 prévoit que tout acte ou tout paiement passé en violation du principe de l'interdiction est annulé. L'article L. 654-8 prévoit même un emprisonnement et une amende contre toute personne qui effectue un paiement en violation des modalités de règlement du passif ou en violation des dispositions de l'article L. 622-7.

B – Les exceptions au principe de l'interdiction des paiements

362- Le législateur a apporté des exceptions au principe de l'interdiction des paiements. Ainsi, tout en posant ce principe, l'article L. 622-7 ajoute que le jugement d'ouverture emporte également de plein droit interdiction de payer toutes créances nées après le jugement d'ouverture non mentionnées au I de l'article L. 622-17. Les créances de l'article L. 622-17 sont celles qui sont nées après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou

de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, créances qui bénéficient du privilège. Donc, il y a interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture et qui n'est pas comprise dans cette énumération. Après avoir visé ces créances, l'article L. 622-7 ajoute que les interdictions de paiement ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires.

363- Autre exception au principe : la compensation. Cette situation est prévue à l'article L. 622-7 aussi qui prévoit que le principe de l'interdiction des paiements ne s'applique pas aux paiements par compensation de créances connexes.

En droit civil, la compensation est présentée comme un double paiement. L'article 1289 du Code civil prévoit que lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes et c'est la raison pour laquelle l'on parle d'un double paiement. L'article 1290 du Code civil ajoute que la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs : les deux dettes s'éteignent réciproquement.

Pour comprendre le problème de la compensation en cas de procédure collective, il faut revenir aux conditions de la compensation. Ces conditions sont énumérées à l'article 1291 du Code civil : la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles. Si les conditions de la compensation se trouvent réunies avant le jugement d'ouverture, la compensation doit jouer. Mais qu'en est-il si les conditions de la compensation ne se réalisent qu'après le jugement d'ouverture, par exemple si l'une des créances est exigible avant le jugement d'ouverture alors que l'autre ne le devient qu'après le jugement d'ouverture ? Traditionnellement, le droit français considère qu'une fois le jugement d'ouverture rendu, aucune compensation ne serait possible puisque la compensation est une forme simplifiée de paiement et l'arrêt des poursuites individuelles ainsi que le principe de l'interdiction du paiement des créances antérieures tendent précisément à l'empêcher et à empêcher tous paiements de créances antérieures. Cependant, la jurisprudence

admet depuis longtemps qu'en cas de connexité entre les créances réciproques, la compensation peut produire son effet extinctif postérieurement à l'ouverture de la procédure, et cela même si toutes les conditions de la compensation ne sont pas réunies.

Sous-paragraphe 3 : La suspension des poursuites contre les garants
personnes physiques

364- La règle est prévue à l'article L. 622-28 qui prévoit, dans son 2^e alinéa, que le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toutes actions contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Cette règle de protection des garants a été posée par la loi du 10 juin 1994 qui l'avait prévue uniquement pour les cautions personnes physiques. La loi du 26 juin 2005 en a fait bénéficier les autres garants que le texte énumère. Parmi ces garants figurent évidemment les dirigeants de l'entreprise.

L'objectif poursuivi par le législateur est de favoriser les garanties données par les personnes physiques autant que de protéger celles-ci en cas de déroute du débiteur principal.

365- Ceux qui bénéficient de cette règle de suspension sont d'abord ceux qui ont consenti une sûreté personnelle, en particulier les cautions du débiteur. De même, bénéficient du texte ceux qui ont affecté ou cédé un bien en garantie. On songe surtout ici à la fiducie-sûreté, celle dans laquelle un bien est cédé à titre de garantie. Ce bien peut être un bien mobilier ou un bien immobilier.

Cependant, cette règle connaît des limites. Dans son premier alinéa, l'article L. 622-28 prévoit que les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires sur les biens des garants, mais l'ordonnance du 12 mars 2014 a ajouté à ce premier alinéa la disposition suivante : « *Nonobstant*

les dispositions de l'article 1154 du Code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts ». De même, la règle profite aux seules personnes physiques, ce qui signifie que si le garant est une personne morale, la règle ne trouve pas application.

Les développements qui précèdent montrent à quel point la situation des créanciers antérieurs est fragile. Leurs droits ne sont pas néanmoins totalement sacrifiés.

§ 2 : La déclaration des créances

366- La déclaration des créances est une procédure qui est destinée aux créanciers antérieurs et parfois aux créanciers postérieurs qui peuvent demander que leurs droits soient reconnus et qu'ils peuvent participer aux opérations d'apurement du passif. On parle du principe de l'obligation de déclarer les créances et ce principe permet de comprendre le régime de la déclaration des créances.

A – Le principe de l'obligation de déclarer les créances

367- L'article L. 622-24 décide qu'à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire.

Le domaine d'application de ce principe est très vaste en ce sens que toutes les créances, dès lors qu'elles sont antérieures, sont soumises au principe de la déclaration.

Il s'agit certes des créanciers qui ont traité avec le débiteur pour les besoins de sa profession. Mais non seulement puisque toutes les créances, quelles qu'elles soient sont soumises au principe. Ainsi, la créance du conjoint du débiteur contre celui-ci ou une créance née de la garantie des défauts de conformité en cas de vente conclue avant le jugement d'ouverture sont soumises au principe de la déclaration.

368- La loi du 26 juillet 2005 a même imposé l'obligation de déclaration des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17. Nous avons vu que les dispositions de ce dernier texte visent les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période. Ces créances là sont payées à leur échéance et bénéficient du privilège.

Certaines créances ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration : dès son 1^{er} alinéa, le texte soustrait à l'obligation les salariés et, dans son dernier alinéa, il ajoute que les créances alimentaires ne sont pas soumises à ses dispositions sur l'obligation de déclaration.

B – Le régime de la déclaration des créances

369- La déclaration de créances est traditionnellement analysée en une demande en justice que le créancier peut former lui-même. La jurisprudence fait application ici des dispositions de l'article 853 CPC d'après lesquelles les parties se défendent elles-mêmes. Comme la demande en justice, elle obéit à un régime procédural qui se manifeste à tous égards : la déclaration doit être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix ; la déclaration elle-même doit manifester clairement et avec certitude la volonté du créancier de déclarer sa créance et si celle-ci résulte d'un titre exécutoire, elle n'aura pas besoin d'un formalisme supplémentaire.

370- Le créancier qui ne déclare pas sa créance dans les délais subit deux sanctions : la forclusion et l'inopposabilité de la créance.

Si la créance n'est pas déclarée dans les délais, le créancier est considéré forclos. Il n'a plus le droit de déclarer sa créance et de bénéficier des effets de la déclaration. Cette sanction prévue à l'article L. 622-26 qui prévoit aussi la possibilité d'un relevé de la forclusion encourue. L'ordonnance du 12 mars 2014 a précisé, dans le même article L. 622-24, que lorsque le créancier a été relevé de forclusion, les délais ne court qu'à compter de la notification de cette décision et sont alors réduits de moitié.

La seconde sanction est l'inopposabilité de la créance. Avant la loi du 26 juillet 2005, les créances non déclarées étaient frappées d'extinction : le créancier ne pouvait plus s'en prévaloir à l'égard de quiconque. La loi du 26 juillet 2005 a écarté cette sanction. Désormais, l'article L. 622-26 énonce que les créances non déclarées régulièrement dans les délais sont inopposables au débiteur. Le texte décide qu'à défaut de déclaration dans les délais, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. Il y a donc en réalité deux sanctions qui sont attachées à l'absence de déclaration : la non-admission dans les répartitions et les dividendes et l'inopposabilité au débiteur.

371- Pour autant, il n'y a pas d'extinction de la créance. L'explication donnée à cette nouvelle règle est que le droit français qui décidait l'extinction de la créance était isolé au sein de l'Union européenne puisque, dans l'écrasante majorité des pays, la non-déclaration n'est pas sanctionnée par l'extinction de la créance mais par son inopposabilité.

La première sanction est compréhensible s'il y a des répartitions et des dividendes à distribuer : le créancier ne pourra pas en bénéficier. Il s'ensuit que la non-déclaration n'affecte pas la créance elle-même, elle affecte seulement le droit du créancier dans les répartitions et les dividendes. La seconde sanction, à savoir l'inopposabilité, est plus difficile à appréhender. Le texte décide que les créances sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan. Il s'ensuit que tant que le plan est en cours, le créancier ne peut pas se prévaloir de sa créance à l'encontre

du débiteur. Le texte va encore plus loin et décide que cette inopposabilité sera maintenue après l'exécution du plan dans le cas où le débiteur aurait respecté les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal. Ce sont là des mesures de protection du débiteur qui ne doit pas être exposé à des créances qui risquent de mettre en danger le plan ou qui menacent la situation du débiteur qui a respecté les engagements pris. Le législateur va encore plus loin et fait bénéficier de la même protection les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. L'explication est la même que celle que nous avons déjà vue : il s'agit de protéger les personnes physiques, surtout les dirigeants de la personne morale qui avaient consenti des sûretés au profit de tiers.

Section 2 –

Le plan de sauvegarde

372- L'article L. 620-1 par lequel débute la réglementation de la sauvegarde énonce dans son 2^e alinéa que cette procédure donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation.

Le plan est donc arrêté par le juge et tend à la réalisation des objectifs poursuivis par la procédure de sauvegarde, autrement dit faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

L'idée d'un plan arrêté par voie judiciaire sans l'accord des créanciers est apparue pour la première fois en droit français dans l'ordonnance du 23 septembre 1967. Cette idée a été amplifiée avec la loi du 25 janvier 1985 qui prévoyait que le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation et que ce plan prévoit soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession. Avec la loi de 2005 et l'article L. 620-1, le plan est

porteur de bien d'espoirs puisqu'il s'agit rien moins que de redresser l'entreprise. L'article L. 620-1 résume les diverses étapes relatives au plan : il y a une période d'observation qui peut donner lieu à un plan arrêté par jugement et ce plan cherche à promouvoir les espoirs de la loi de sauvegarde et l'entreprise. Nous verrons successivement :

§ 1 : La mise en place du plan de sauvegarde

§ 2 : La mise en œuvre du plan de sauvegarde

§ 1 : La mise en place du plan de sauvegarde

373- Le plan de sauvegarde est destiné à sauver l'entreprise. Son élaboration doit être minutieusement préparée avant qu'il soit vérifié par le tribunal qui est chargé de l'arrêter.

A – L'élaboration du plan de sauvegarde

374- Pour préparer le plan de sauvegarde, on commence par un bilan de la situation et ce bilan permet d'établir un projet de plan dont l'objet est de réorganiser l'entreprise.

1 – Le bilan

375- Le bilan consiste à présenter un schéma de la situation de l'entreprise avec sa situation active et sa situation passive. Il s'agit, comme les textes le précisent d'un bilan économique, social et environnemental. L'article L. 623-1 énonce que l'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts est chargé de dresser le bilan et ce bilan précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Le texte fait état aussi d'un

bilan environnemental. Il s'agit d'une innovation introduite par une loi du 30 juillet 2003 et qui s'explique par l'importance que prend la protection de l'environnement et les dépenses auxquelles l'entreprise peut être exposée à cette fin.

Le bilan contribue à élaborer un projet de plan.

2 – Le projet de plan

376- L'article L. 626-2 régit le projet de plan. Ce projet détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités de l'activité, de l'état du marché et des moyens de financement possibles. De même, il doit définir les modalités de règlement du passif et les garanties que le débiteur doit éventuellement souscrire pour en assurer l'exécution.

Le projet de plan contient aussi un volet social : il doit exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité. Lorsque le projet prévoit des licenciements pour motif économique, il doit rappeler les mesures déjà prises et qui doivent être prises pour faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé.

Le projet de plan embrasse donc la totalité de la situation. C'est ce qui explique le système de consultation mis en place en vue de son élaboration : au fur et à mesure de l'avancement de cette élaboration, les propositions pour le règlement sont communiquées sous la surveillance du juge-commissaire au mandataire judiciaire, au contrôleur ainsi qu'au comité d'entreprise ou à défaut au délégué du personnel.

377- Le projet de plan doit contenir bien d'autres précisions. Avec l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 626-1 énonce que le plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. De même, les propositions de règlement des dettes peuvent porter sur des délais, des

remises, des conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Dans ces cas, les propositions sont, sous la surveillance du juge-commissaire communiquées par l'administrateur au mandataire judiciaire, aux contrôleurs ainsi qu'aux représentants du personnel. Au cas où les propositions portent sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance. De même, s'il y a une proposition pour conversion en titres, le mandataire judiciaire recueille, individuellement et par écrit, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance. Sur ces points, il y a donc une certaine protection des créanciers. Leur avis doit être recueilli par le mandataire judiciaire qui en dresse l'état et cet état est adressé au débiteur et à l'administrateur ainsi qu'au contrôleur.

Une fois toutes ces informations et ces offres réunies, le débiteur informe et consulte les représentants du personnel et le mandataire judiciaire des mesures qu'il envisage de proposer dans le projet de plan. Il informe et consulte les contrôleurs sur le bilan économique et social. Tous ces éléments sont transmis au tribunal, ce qui permet de passer à la phase suivante.

B – L'arrêté du plan

378- L'article L. 620-1 fait état d'un « *plan arrêté par jugement* ». Il s'agit donc d'un acte juridictionnel. On s'en rend encore plus compte en étudiant les questions qui se rapportent à l'arrêté du plan et qui sont envisagées par les articles L. 626-9 et s. C. com.

Le plan est donc arrêté par le tribunal qui doit respecter certaines conditions. Ainsi, l'article L. 626-9 impose au tribunal avant d'arrêter le plan d'entendre le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants des salariés. Il recueille l'avis du ministère public. C'est en entendant toutes ces personnes impliquées par la procédure que le tribunal pourra apprécier si, comme le décide l'article L. 626-1, il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. Dans ce cas, le tribunal arrête le plan et

désigne une personne qui doit veiller à son exécution. Il s'agit précisément du commissaire à l'exécution du plan. L'article L. 626-25 décide que le tribunal nomme l'administrateur ou le mandataire judiciaire en qualité de commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan. Si besoin est, le tribunal peut désigner plusieurs commissaires à l'exécution du plan.

Le texte traite du commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan. Il s'ensuit que le commissaire à l'exécution du plan doit surveiller cette exécution pour s'assurer qu'elle se déroule normalement. C'est que la gestion de l'entreprise reste assurée par ses propres dirigeants.

379- Mais le commissaire à l'exécution du plan a des pouvoirs qui lui sont propres en dehors de la surveillance de l'exécution du plan : des actions introduites avant le jugement qui arrête le plan et auxquelles l'administrateur ou le mandataire judiciaire est partie sont poursuivies par le commissaire à l'exécution du plan. De même, il est habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers, comme les actions en responsabilité exercées contre des tiers dont les agissements auraient contribué à l'aggravation de la situation du débiteur. La durée du plan est fixée par le jugement. L'article L. 626-12 fixe une durée maximale du plan lequel ne peut excéder 10 ans et si le débiteur est un agriculteur, la durée ne peut excéder 15 ans.

§ 2 : La mise en œuvre du plan de sauvegarde

380- La mise en œuvre du plan de sauvegarde a deux volets : le premier, le plus optimiste, est l'exécution du plan et le second, pessimiste, est celui de l'inexécution du plan.

A – L'exécution du plan de sauvegarde

381- Le principe est affirmé par l'article L. 626-11 : « *Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous* ». Le plan est opposable erga omnes et cette opposabilité prend effet à la date du jugement. Celui-ci est donc doté de l'exécution provisoire dès la date à laquelle il est rendu.

Devenu opposable à tous, tout le monde peut se prévaloir de ses dispositions. Le même article L. 626-11 le prévoit pour les personnes physiques coobligées, celles qui ont consenti une sûreté personnelle ou qui ont affecté ou cédé un bien en garantie : ces personnes peuvent se prévaloir des dispositions du plan pour éviter, par exemple, les recours dirigés contre elles. De même, au cas où le débiteur bénéficiaire d'un plan décède, ses héritiers pourront se prévaloir des dispositions du plan. Mais aussi, si le jugement qui arrête le plan prévoit un partage de dividendes au profit des créanciers dont la créance a été admise, ces créanciers pourront s'en prévaloir pour exiger le paiement de ces dividendes.

De même, devenu opposable à tous, le plan a pour conséquence que l'activité de l'entreprise se poursuit. Le principe est que cette activité est poursuivie par les organes de l'entreprise. Le commissaire à l'exécution du plan exerce un contrôle a posteriori : il vérifie que les actes accomplis sont conformes aux prévisions du plan.

382- Evidemment, une partie importante de l'activité qui sera déployée va consister à réorganiser l'entreprise selon, ici aussi, les prévisions du plan. Aux termes de l'article L. 626-1, le plan peut comporter l'arrêt, l'adjonction ou la cessation d'une ou plusieurs branches d'activités. Si le débiteur est une personne morale, le plan peut mentionner les modifications des statuts nécessaires à la réorganisation de l'entreprise.

Le plan organise aussi le paiement du passif. Ici, des règles très précises prévues par le législateur reçoivent application. L'article L. 626-18 organise la situation des créanciers :

- il y a ceux qui acceptent les délais et les remises conformément aux articles L. 626-5 et L. 626-6 : le tribunal leur donne acte de ces délais et remises ;

- il y a les créanciers qui acceptent la conversion de leurs créances en titres : le tribunal homologue les accords qui portent sur ces points.

Pour les autres créanciers, le tribunal va vérifier les délais de paiement qui avaient été prévus entre le débiteur et les créanciers avant l'ouverture de la procédure : si ces délais sont supérieurs à la durée du plan, le tribunal ordonnera le maintien de ces délais. Dans les autres cas, le tribunal imposera des délais uniformes de paiement. Et si certains de ces créanciers l'acceptent, le plan pourra les faire bénéficier d'un paiement dans des délais plus brefs mais assortis d'une réduction proportionnelle du montant de la créance.

Le plan lui-même n'est pas nécessairement immuable. Il s'agit d'un plan de sauvegarde, ce qui veut dire que si au cours de son exécution, il apparaît nécessaire de le réajuster, voire de le modifier, la mutabilité sera possible. Mais, de telles modifications sont subordonnées à l'intervention du tribunal. La règle est prévue à l'article L. 626-26 aux termes duquel une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. L'ordonnance du 12 mars 2014 a ajouté à cet article une disposition selon laquelle *« lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers, la saisine du tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan »*. Une modification mineure n'a pas besoin de l'intervention du tribunal : elle peut être faite par le débiteur lui-même sous le contrôle du commissaire à l'exécution du plan.

B – L’inexécution du plan

383- Si le plan n’est pas exécuté, il devra, comme tout engagement, être résolu. Cette résolution est prévue à l’article L. 626-27 qui décide, dans son alinéa 2, que le tribunal qui a arrêté le plan peut, après avis du ministère public, en décider la résolution si le débiteur n’exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan.

Le tribunal est saisi par un créancier, le commissaire à l’exécution du plan ou le ministère public.

Quant aux effets de la résolution, le même article L. 626-27 décide que le jugement qui décide la résolution met fin aux opérations et à la procédure et le principe est que la résolution fait recouvrer aux créanciers l’intégralité de leurs créances et sûretés, après déduction des sommes perçues. La résolution emporte aussi déchéance de tout délai de paiement qui aurait été accordé au débiteur. La plupart du temps, celui-ci se retrouve en état de cessation des paiements qui est constatée au cours de l’exécution du plan. Dans ce cas, le même article L. 626-27 décide que lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l’exécution du plan, le tribunal qui a arrêté ce plan décide sa résolution et ouvre une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement est manifestement impossible, une procédure de liquidation judiciaire.

Section 3 –

La sauvegarde accélérée

384- Cette procédure a été réglementée par une loi du 22 octobre 2010 dont les dispositions se retrouvaient aux articles L. 6281 et s. C. com. Cependant, l’ordonnance du 12 mars 2014 a entièrement réécrit ces textes.

Il résulte de l'article L. 628-1 que la procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. Ce projet doit être susceptible de recueillir de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans les délais fixés.

La procédure ne peut être ouverte qu'à l'égard d'un débiteur dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et qui a établi des comptes consolidés.

385- La circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée si cette situation ne précède pas depuis plus de 45 jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.

Il revient au tribunal de statuer sur l'ouverture de la procédure après un rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés. Le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs judiciaires.

Quant aux effets de la sauvegarde accélérée, l'article L. 628-6 nouveau précise que l'ouverture d'une telle procédure ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 et soumis à l'obligation de déclaration prévue par ce texte ainsi qu'à l'égard des cocontractants mentionnés aux articles L. 622-13 et L. 622-14. Le tribunal arrête le plan dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture. A défaut d'arrêté de plan dans ce délai, le tribunal met fin à la procédure.

Sous-chapitre 2 : Le redressement judiciaire

386- Le redressement judiciaire est organisé dans les articles L. 631-1 et s. C. com. Le Code consacre relativement très peu de textes au redressement judiciaire.

Probablement parce que de nombreuses règles qui s'appliquent à la sauvegarde trouveront application dans la procédure de redressement judiciaire. C'est un fait que les deux procédures sont très proches et, d'ailleurs, après la loi du 26 juillet 2005, on s'est aperçu qu'il y a très peu de procédures de sauvegarde qui ont été ouvertes, peut-être parce que les praticiens n'étaient pas habitués à cette procédure, ce qui avait pour conséquence que le débiteur se retrouvait la plupart du temps dans une situation qui le conduisait au redressement judiciaire plutôt que de bénéficier à temps de la procédure de sauvegarde. Depuis, les idées ont bien évolué et de plus en plus de procédures de sauvegarde sont ouvertes.

387- Pour bien comprendre la différence entre les deux procédures, il faut revenir aux textes, en particulier deux d'entre eux :

- le premier est l'article L. 626-27 précité aux termes duquel le tribunal qui a arrêté le plan de sauvegarde et qui constate la cessation des paiements au cours de l'exécution du plan décide sa résolution et ouvre une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement judiciaire n'est pas envisageable, il prononcera la liquidation.

Un autre texte, l'article L. 621-12 aux termes duquel s'il apparaît après l'ouverture de la procédure de sauvegarde que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire.

Dans ces deux textes, et, dans beaucoup d'autres, ce qui distingue les deux procédures, c'est l'existence d'une cessation des paiements : si celle-ci existe, il n'est plus question de recourir à la sauvegarde, il faut passer à une autre procédure, la plupart du temps celle du redressement.

L'article L. 631-1 par lequel commence la réglementation du redressement judiciaire énonce que celle-ci est ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Ce texte prévoit ainsi le cas d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Après l'examen de cette ouverture, on verra le régime du redressement judiciaire.

Section 1 – L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire

Section 2 – Le régime du redressement judiciaire

Section 1 – **L'ouverture de la procédure de redressement** **judiciaire**

388- Cette ouverture est subordonnée à des conditions de fond et à des conditions de procédure.

§ 1 : Les conditions de fond

Nous avons déjà aperçu la plupart de ces conditions :

- le débiteur qui peut être placé dans cette procédure est celui-là même à l'égard duquel une procédure de sauvegarde peut être ouverte. Les articles L. 631-2 et L. 631-3 reprennent l'énumération qui figure à l'article L. 620-2 ;

- ensuite, le débiteur doit être en état de cessation des paiements.

§ 2 : Les conditions de procédure

La compétence d'attribution et la compétence territoriale en la matière sont les mêmes que pour la procédure de sauvegarde. Il faudrait néanmoins que l'on se penche quelque peu sur la saisine du tribunal et sur le jugement d'ouverture de la procédure.

A – La saisine du tribunal

389- Cette question de saisine est réglementée par les articles L. 631-4 et L. 631-5. Le premier réglemente la saisine du tribunal par le débiteur lui-même alors que le second porte sur la saisine du tribunal par d'autres personnes.

1 – La saisine du tribunal par le débiteur

390- Il résulte de l'article L. 631-4 que l'ouverture de la procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans le 45 jours qui suivent la cessation des paiements, s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Le texte fait de la demande d'ouverture par le débiteur une « *obligation* » à sa charge. Si le débiteur s'abstient de le faire, il s'exposera à des sanctions : il peut être condamné à une interdiction de gérer et, d'une manière générale, le dépôt tardif de la demande peut aussi être considéré comme constitutif d'une faute de gestion de la part du dirigeant, ce qui signifie en pratique que celui-ci peut être tenu pour responsable et être alors condamné pour insuffisance de l'actif de l'entreprise.

391- Le texte prévoit que durant le délai de 45 jours, le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation. Cette procédure est celle qui est prévue avec le mandat ad hoc pour prévenir les difficultés de l'entreprise. Cette procédure peut aboutir à l'établissement d'un accord qui est constaté par le

président du tribunal. Pour revenir à l'article L. 631-4, si le débiteur n'a pas demandé l'ouverture d'une conciliation, il a l'obligation de déposer son bilan dans le délai de 45 jours.

De même, en cas d'échec d'une procédure de conciliation qui a été ouverte et s'il apparaît que le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal sera saisi afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

2 – La saisine du tribunal par d'autres personnes

392- Il n'est plus question que le tribunal se saisisse d'office. Mais, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 631-3-1 nouveau C. com. énonce : « *Lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments faisant apparaître que le débiteur est en état de cessation des paiements, le président en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal. Le président ne peut siéger, à peine de nullité du jugement, dans la formation de jugement ni participer aux délibérés si le ministère public demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de ce débiteur* ».

Nous comprenons de ce nouveau texte que, même si le tribunal ne peut plus se saisir d'office, il peut prendre l'initiative d'informer le ministre public de la situation afin que celui-ci demande l'ouverture de la procédure. La précaution prise par le texte est de priver le président du tribunal de la possibilité de siéger dans la formation de jugement ou de participer aux délibérés au cas où le ministère public demande cette ouverture dans les circonstances prévues par le texte.

En dehors du ministère public, l'article L. 631-5 prévoit que le tribunal peut aussi être saisi sur assignation d'un créancier. Le texte décide qu'une telle assignation est possible quelle que soit la nature de la créance. Il s'ensuit que, qu'il s'agisse d'une créance civile ou commerciale, une assignation en vue de l'ouverture de la procédure est possible.

B – Le jugement d’ouverture

393- L’article L. 631-9 renvoie aux règles sur le jugement d’ouverture de la procédure de sauvegarde. Un renvoi est donc fait aux articles L. 621-4 et s. C. com. Nous retrouvons alors les mêmes règles concernant la désignation des organes de la procédure et du représentant des salariés.

Il y a toutefois quelques règles particulières qui sont prévues pour la procédure de redressement. Pour l’inventaire des biens du débiteur, le tribunal désigne un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté. De même, le tribunal doit vérifier si le redressement est possible et s’il s’avère que le « *redressement est manifestement impossible* », il procédera à l’ouverture d’une liquidation.

L’ordonnance du 12 mars 2014 a ajouté un nouvel article L. 631-9-1 aux termes duquel si les capitaux propres n’ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l’article L. 626-3, l’administrateur a qualité pour demander la désignation d’un mandataire en justice chargé de convoquer l’assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d’une ou plusieurs personnes qui s’engagent à respecter le plan.

Section 2 –

Le régime du redressement judiciaire

394- Comme dans la procédure de sauvegarde, un plan est mis en place dans le redressement judiciaire à l’issue d’une période d’observation.

§ 1 : La procédure d'observation

395- L'article L. 631-7 énonce d'une manière elliptique que les articles L. 621-1, L. 621-2 et L. 621-3 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire. Ces textes sont ceux qui se trouvent sous un chapitre intitulé « *De l'ouverture de la procédure de sauvegarde* » et ce sont précisément ces textes qui prévoient, notamment dans l'article L. 621-3, la mise en place d'une période d'observation d'une durée minimale de six mois qui peut être renouvelée par décision du tribunal. Quant aux autres textes auxquels l'article L. 631-7 se réfère, il s'agit d'abord de l'article L. 621-2 qui désigne le tribunal compétent pour ouvrir la procédure : tribunal de commerce au cas où le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et tribunal de grande instance pour les autres débiteurs. C'est aussi celui qui prévoit l'extension de la procédure pour confusion des patrimoines ou fictivité de la personne morale et aussi qui organise la procédure à l'égard du débiteur entrepreneur individuel. L'article L. 621-1 organise la procédure d'ouverture : le tribunal qui doit convoquer et entendre le débiteur et au cas où ce débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal doit entendre l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont le débiteur relève. Nous insisterons davantage sur les caractéristiques se rapportant à la situation du débiteur et à celle des garants et sur les dispositions qui permettent d'assurer le redressement de l'entreprise.

A – La situation du débiteur

396- Dans la procédure de sauvegarde, le débiteur est in bonis. Il continue donc lui-même à gérer l'entreprise. Ici, le débiteur est par hypothèse en cessation des paiements. C'est la raison pour laquelle les textes prévoient une prise en charge accrue de l'entreprise par les organes de la procédure.

L'article L. 631-12 C. com. donne au tribunal le pouvoir de fixer la mission du ou des administrateurs. Le texte lui donne dans ce domaine le pouvoir de faire jouer à l'administrateur plusieurs rôles :

- Le rôle le moins contraignant pour le débiteur : le tribunal qui charge le ou les administrateurs d'assister le débiteur entièrement ou en partie, dans l'administration de l'entreprise. Il s'agit donc d'une mission d'assistance qui, en elle-même, nous éloigne de la mission de surveillance déjà rencontrée dans la sauvegarde. Assister le débiteur c'est être présent à ses côtés et participer à tous les actes de vie de l'entreprise. Un acte qui doit être signifié au débiteur doit l'être aussi à l'administrateur ; une voie de recours qui doit être exercée par le débiteur impose la participation de l'administrateur ; l'administrateur doit s'assurer aussi que les actes auxquels se livre le débiteur sont conformes aux intérêts de l'entreprise.

- Mais, le tribunal peut aussi aller au-delà de cette mission d'assistance et charger l'administrateur (ou les administrateurs) de la mission d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise. Ici, il va pratiquement se substituer au débiteur et contrôler effectivement tous les actes qui se rapportent à l'administration. La jurisprudence considère que l'administrateur doit dans ce cas respecter les obligations légales et conventionnelles qui incombent au débiteur, ce qui signifie que l'administrateur se substitue au débiteur. De nombreuses conséquences sont tirées de cette substitution : puisque l'administrateur a reçu pour mission d'administrer l'entreprise, lui seul devient responsable des événements qui se rapportent à cette entreprise ; en cas d'infraction à la réglementation sur la sécurité du travail et qu'un accident en est résulté, c'est lui qui serait tenu pour responsable.

397- Nous vérifions à nouveau combien nous nous éloignons du rôle du débiteur dans la procédure de redressement judiciaire. Bien entendu, la désignation de l'administrateur au cas où le débiteur exerce une profession libérale est particulièrement délicate. Le débiteur est tenu à un devoir de confidentialité et, de

plus, les spécificités de la profession qu'il exerce ne permettent pas de désigner un administrateur non qualifié. On a donc proposé que l'administrateur doit être choisi selon ses qualifications en considération de la profession exercée par le débiteur.

398- Toujours en ce qui concerne la situation du débiteur, il faut prendre garde à la réglementation des droits sociaux des dirigeants de la société. L'article L. 631-10 porte sur les droits des dirigeants de la personne morale dans le capital de cette personne. Les dirigeants qui détiennent des parts sociales, des titres de capital ou des valeurs mobilières donnant accès à ce capital. A compter du jugement d'ouverture, ces divers droits détenus par les dirigeants ne peuvent plus être cédés que dans les conditions fixées par le tribunal. Le but de cette règle est d'éviter que les dirigeants de la personne morale s'empressent de céder leur participation pour fuir leurs responsabilités, pouvant alors mettre en danger le capital de la personne morale. Le tribunal va donc surveiller les cessions et ne les autoriser que dans les conditions qu'il fixe lui-même, c'est-à-dire en essayant de sauvegarder le capital de l'entreprise.

Le texte vise les dirigeants de droit ou de fait. Ces derniers sont ceux qui, sans être investis officiellement d'une mission de direction au sein de la personne morale, disposent en réalité d'un pouvoir de contrôle et de direction. L'exemple le plus courant est celui des groupes de société : la société mère détient une part suffisamment importante dans le capital d'une filiale pour qu'elle puisse en réalité exercer son contrôle sur cette filiale. Donc, les dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait, sont soumis à l'obligation de l'interdiction de cession. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par la nullité de la cession.

399- La situation de ces dirigeants de fait ou de droit a été encore aggravée avec l'article L. 631-10-1 issu de la loi du 12 mars 2012 : le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile sur les biens des dirigeants de fait ou de droit à l'égard desquels l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur.

La situation du débiteur et des dirigeants de fait ou de droit connaît ainsi de nombreuses restrictions dans le redressement judiciaire, ce qui éloigne considérablement de leur situation dans la procédure de sauvegarde. C'est d'ailleurs pour cela que l'on parle du dessaisissement du débiteur. Un phénomène analogue s'observe dans la situation des garants.

B – Les garants

400- L'article L. 631-14 prévoit, dans son dernier alinéa, que les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au 2^e alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au 1^{er} alinéa de l'article L. 622-28. L'article L. 622-26 et ce texte de la procédure de sauvegarde qui décide que les créances non déclarées sont inopposables durant l'exécution du plan, notamment aux personnes physiques garantes. Dans la procédure de redressement, ce texte ne trouve pas application. Quant à l'article L. 622-28, il prévoit dans son premier alinéa que le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels ainsi que tous les intérêts des retards et majorations, alors que l'article L. 622-8 les fait bénéficier de cet avantage.

L'on s'éloigne donc de plus en plus de la procédure de sauvegarde. Le législateur se montre plus sévère à l'égard du débiteur qui est en cessation des paiements. Il n'en reste pas moins que le but reste tout de même de parvenir au redressement de l'entreprise.

C – Le redressement de l'entreprise

Comme son nom l'indique, la procédure tend à redresser l'entreprise. Des mesures spécifiques sont mises en place à cet effet. Les plus importantes concernent les salariés et la reconstitution de l'actif de l'entreprise.

1 – La situation des salariés

- 402-** Dans la procédure de sauvegarde, il n'y a aucune raison a priori de procéder à des licenciements, sauf en cas de nécessité pour assurer la sauvegarde. C'est la raison pour laquelle les licenciements sont strictement encadrés dans cette procédure. Dans le redressement judiciaire, l'entreprise est en cessation des paiements. Donc on est dans une situation bien fragile à la fois pour l'entreprise et pour ses salariés. Ce n'est pas pour autant que les licenciements peuvent être décidés en toute liberté. L'article L. 631-17 pose le principe : « *Lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements* ».
- 403-** Les précautions rédactionnelles prises par le législateur sont impressionnantes : il faut que le licenciement présente à la fois les caractères énumérés : urgent, inévitable et indispensable. Dans sa rédaction initiale, issue de la loi du 26 juillet 2005, ce texte prévoyait que, préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur doit procéder à certaines mesures : consultation des représentants du personnel, information des autorités administratives. La Cour de cassation veille sur le respect de ces obligations : elle oblige les juges du fond à vérifier les trois conditions prévues à l'article L. 631-17 dans sa rédaction actuelle, comme elle les oblige à consulter les représentants des salariés : elle considère insuffisant de se référer à la consultation du représentant du personnel qui aurait été faite à l'occasion d'une procédure de sauvegarde pour considérer que l'on n'a plus besoin de consulter le représentant du personnel dans une procédure de redressement. L'article L. 631-17 a été modifié par la loi du 14 juin 2013 et énonce depuis que l'administrateur met en œuvre le plan de licenciement dans les conditions prévues au Code du travail et doit joindre à la demande qu'il adresse au juge-commissaire l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés.

Justement, cette loi du 14 juin 2013 a profondément modifié les dispositions du Code du travail au cas de la mise en place d'une procédure collective. L'article 1233-58 C. trav. met en place tout un système de licenciement qui dépend d'ailleurs du nombre des salariés dont le licenciement est envisagé et fait varier les conditions du licenciement selon ces divers cas avec toujours le souci de reclassement et d'indemnisation des salariés. Un autre souci du législateur dans le cadre de ce processus de redressement : la reconstitution du capital de l'entreprise.

2 – La reconstitution du capital de l'entreprise

404- L'on se trouve en présence d'un patrimoine qui est négatif. Il faut le reconstituer, autrement aucun redressement n'est envisageable. Pour la reconstitution de capital, l'un des moyens des plus efficaces paraît celui de remettre en cause les actes qui ont été accomplis par le débiteur et qui semblent défavorables à l'entreprise. La loi met en place tout un système de nullités de ces actes. Les articles L. 632-1 à L. 632-4 organisent tout un système de nullité des actes qui peuvent paraître avoir été désavantageux pour l'entreprise. Si la nullité de ces actes est prononcée, avec l'effet rétroactif de la nullité, on peut espérer que cela permettra de reconstituer tant soit peu le patrimoine de l'entreprise.

Pour l'essentiel, la nullité frappe les actes qui ont été accomplis durant la période suspecte. Quant au texte, il traite de deux sortes d'actes : ceux qui sont nuls de plein droit et ceux qui sont susceptibles d'être annulés. Les premiers sont nuls automatiquement alors que la nullité des autres reste à la libre appréciation du juge.

a) Les actes nuls de plein droit

405- Ces actes sont très nombreux. Leur énumération figure dans le I de l'article L. 632-1. Le tout 1^{er} alinéa de ce texte énonce : « *Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants* ». A la rédaction de ce texte, on comprend que le prononcé de la nullité est obligatoire pour le juge évidemment si les conditions de cette nullité, telles qu'elles sont

prévues par le législateur, sont réunies. Le juge ne perd pas pour autant tout pouvoir d'appréciation en la matière : il garde ce pouvoir, mais celui-ci s'exerce sur les conditions que l'acte doit remplir lorsque ces conditions donnent lieu à une appréciation.

406- Il y a des actes qui ne laissent aucune marge d'appréciation au juge, sauf celle de vérifier que les conditions énoncée par le texte sont réunies. Ainsi, le 1^{er} de l'article L. 632-1 énonce : « *Sont nuls ... tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière* ». Ici, le seul pouvoir laissé au juge est de vérifier qu'il s'agit d'un acte à titre gratuit, que cet acte a opéré transfert de propriété mobilière ou immobilière et que cet acte est intervenu après la date de cessation des paiements. On peut en dire autant de cet autre acte dont la nullité est déclarée de plein droit par l'ordonnance du 12 mars 2014 : « *La déclaration d'insaisissabilité faite par le débiteur en application de l'article L. 526-1* ». Ici aussi, le pouvoir de contrôle du juge est très limité puisqu'il suffit de constater qu'il y a une déclaration d'insaisissabilité faite conformément à l'article L. 526-1 C. com. et que cette déclaration est intervenue après la date de cessation des paiements.

407- Pour d'autres actes, le juge vérifie toujours les conditions d'application du texte mais avec, en plus, une appréciation plus large qui lui est laissée. Ainsi, selon l'article L. 632-2 : « *Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* ». Ici aussi, il y a des conditions qui ne supportent aucune interprétation : contrat conclu pendant la période suspecte, contrat commutatif. Mais, en plus, le juge aura à apprécier s'il y a un excès dans la prestation du débiteur. Sur cet excès, il dispose d'un certain pouvoir d'appréciation.

b) Les actes annulables

408- Ces actes sont prévus à l'article L. 632-1 dans son II et L. 632-2. L'article L. 632-1 énonce, dans son II, que le tribunal « *peut* » annuler les actes à titre gratuit visés au 1^o du I fait dans les six mois précédant la date de cessation des paiements.

Il s'agit des actes opérant transfert de propriété. Ils sont nuls de plein droit s'ils sont faits durant la période suspecte. Mais ils peuvent être annulés s'ils ont été faits dans les six mois qui précèdent de la date de cessation des paiements.

L'article L. 632-2 prévoit toute une série de cas dans lesquels le tribunal peut aussi annuler les actes, mais en subordonnant cette nullité à une condition particulière, celle de la connaissance par le créancier de l'état de cessation des paiements du débiteur. Le texte décide que les paiements pour dettes échues faits à compte de la date de cessation des paiements ainsi que les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation de ses paiements ainsi que les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements. De même, peut être annulé tout avis à tiers détenteur, toute saisie-attribution ou opposition délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci.

Les actes sont annulables : la nullité, dit la Cour de cassation, présente un caractère facultatif. Même si le juge constate que toutes les conditions sont réunies, il conserve la faculté de prononcer la nullité ou de rejeter la demande en nullité.

Cette nullité peut être prononcée sans qu'il soit nécessaire que les juges du fond constatent l'existence d'un préjudice subi par le débiteur ou par ses créanciers. De même, la nullité ici visée concerne les actes accomplis au cours de la période suspecte : elle ne trouve pas application aux actes passés par le débiteur après le jugement d'ouverture car ces actes obéissent à un régime particulier.

§ 2 : Le plan de redressement

409- Au terme de la période d'observation, on arrive à l'élaboration du plan de redressement. De nouveau, on retrouve ici la prédominance de la procédure de sauvegarde : l'article L. 631-19 énonce que les dispositions du chapitre VI du titre 2 sont applicables à la procédure de redressement. Il s'agit précisément des dispositions que la réglementation de la sauvegarde consacre à l'élaboration du plan de redressement.

Application sera faite donc de principe au redressement judiciaire des règles prévues pour le plan de la procédure de sauvegarde. Cependant, ici aussi, la procédure de redressement judiciaire montre sa spécificité par rapport à la procédure de sauvegarde. Cette spécificité se manifeste tant par l'adoption de règles propres au plan de redressement et au plan de cession.

A – Règles propres au plan de redressement

410- Ces règles propres sont relatives à la mise en place du plan et au régime applicable aux dirigeants et coobligés personnes physiques.

1 – La mise en place du plan

411- Dans la procédure de sauvegarde, l'article L. 626-30-2 prévoit que le débiteur, avec le concours de l'administrateur, présente au comité des créanciers des propositions en vue d'élaborer le projet de plan. Dans le redressement judiciaire, c'est la règle inverse qui prévaut : l'administrateur, avec le concours du débiteur, élabore le projet de plan et, le cas échéant, présente au comité des créanciers les propositions en vue d'élaborer le projet de plan. Il y a donc un rôle

renforcé de l'administrateur. De même, dans l'article L. 626-8 consacré à la procédure de sauvegarde, c'est le débiteur qui propose les mesures qui seront prises dans le projet de plan. Dans l'article L. 631-19, c'est à l'administrateur que cette tâche incombe.

b) L'arrêté du plan

412- Le plan ici aussi est arrêté par le tribunal mais après que la procédure prévue à l'article L. 1233-58 C. trav. précité ait été respectée et le plan doit préciser les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Ce délai d'un mois sera mis à profit pour que l'autorité administrative valide ou homologue le projet de licenciement.

Telles sont les règles spécifiques à la mise en place du plan. Il y a aussi des règles spécifiques concernant les dirigeants et les coobligés personnes physiques.

2 – Les dirigeants et les coobligés personnes physiques

413- Dans la procédure de sauvegarde, les dirigeants de l'entreprise gardent leurs fonctions même s'ils doivent désormais composer avec les organes de la procédure. La situation est bien différente dans le redressement judiciaire.

L'article L. 631-19-1 décide qu'au cas où le redressement de l'entreprise le requiert le tribunal peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise. La demande lui est faite par le ministère public et le tribunal doit entendre ou appeler les représentants des salariés. Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ce qui se comprend car on ne voit pas comment on va remplacer un avocat ou un médecin alors que l'intuitu personae joue un rôle important dans ce domaine.

Pour les coobligés et les personnes qui ont consenti une garantie, le texte prévoit qu'ils ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du plan. L'on s'éloigne de l'esprit de la sauvegarde. La situation n'est pas la même en présence d'une entreprise qui se trouve en état de cessation de paiements. Des règles particulières sont nécessaires. Ces règles particulières sont prévues aussi en ce qui concerne le plan de cession.

B – Le plan de cession

- 414- Dans la sauvegarde, l'entreprise est maintenue avec ses dirigeants. Rien n'empêche que le plan envisage la cession ou la modification d'une partie de l'activité. Mais, pour l'essentiel, et c'est le but de cette procédure, il s'agit de sauver cette entreprise et assurer sa pérennité.

La situation est différente dans le redressement judiciaire. L'article L. 631-13 prévoit que dès l'ouverture de la procédure, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise par une cession totale ou partielle de celle-ci. La cession totale ou partielle de l'entreprise est cette cession qui sera faite selon les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV. Or, le titre IV est celui qui est relatif à la liquidation judiciaire. L'on se rapproche de plus en plus de la liquidation tout en s'éloignant de la sauvegarde.

Sous-chapitre 3 : La liquidation judiciaire

- 415- Dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, l'espoir est de parvenir à sauver l'entreprise, ne serait-ce que partiellement et au prix de nombreux sacrifices, notamment avec les licenciements. Dans la liquidation, tout espoir de sauvegarde ou de redressement est perdu, c'est ainsi que l'on arrive à cette procédure. L'article L. 640-1 résume la situation en énonçant dans son alinéa 1^{er} : « *Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout*

débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible ». L'alinéa 2 du même texte donne le but de la procédure : « *La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ».

Section 1 – **Les conditions d'ouverture de la liquidation** **judiciaire**

L'on retrouve les conditions de fond et les conditions de procédure.

§ 1 : Les conditions de fond

416- Ici il y a une distinction à faire entre la liquidation judiciaire traditionnelle que l'on appelle la liquidation judiciaire de droit commun et une nouvelle forme de liquidation judiciaire introduite par la loi de 2005 qui s'appelle la liquidation judiciaire simplifiée.

A – La liquidation judiciaire de droit commun

417- Avant la loi du 10 juin 1994, la liquidation judiciaire ne pouvait être prononcée que si elle était précédée d'une période d'observation. Depuis la loi de 1994, il y a toujours une liquidation judiciaire qui peut être ouverte avec période d'observation. Mais la liquidation judiciaire peut aussi être prononcée sans qu'il y ait une période d'observation.

1 – La liquidation judiciaire prononcée au cours de la période d’observation

418- L’on connaît la mise en place d’une période d’observation qui permet d’être fixé sur la situation précise de l’entreprise. Cette période est mise en place dans l’hypothèse d’une procédure de conciliation ou d’une procédure de sauvegarde. Et si l’on constate que cette procédure n’est plus appropriée, le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire. Ainsi, l’article L. 626-27 sur la sauvegarde prévoit l’inexécution par le débiteur de ses engagements pris dans le plan de sauvegarde arrêté par le tribunal. Ce texte décide que si la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l’exécution du plan, le tribunal qui a arrêté le plan décide la résolution de celui-ci et ouvre une procédure qui peut être la liquidation judiciaire s’il apparaît que le redressement n’est pas possible. Mais, la liquidation judiciaire peut être ouverte directement, sans qu’il y ait une période d’observation.

2 – La liquidation judiciaire ouverte directement, sans période d’observation

419- C’est précisément ce que prévoit l’article L. 640-1 : La liquidation judiciaire est ouverte à l’égard de tout débiteur qui se trouve en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. L’essentiel ici est que le tribunal constate que le redressement est précisément « *manifestement impossible* » et si c’est le cas, il peut ouvrir la liquidation judiciaire.

Le tribunal qui ouvre cette procédure doit caractériser l’impossibilité du redressement. A titre d’exemple, si le tribunal constate qu’alors même que le débiteur est endetté, il a des commandes en cours de nature à permettre d’envisager son redressement, le tribunal ne peut pas prononcer la liquidation.

B – La liquidation judiciaire simplifiée

420- Cette procédure est une innovation de la loi du 26 juillet 2005. Elle est prévue aux articles L. 644-1 et s. et l'article L. 644-1 énonce que cette procédure est soumise aux règles de la liquidation judiciaire de droit commun, sous réserve des dispositions qui lui sont propres.

Dans quels cas cette procédure peut être envisagée ? L'article L. 641-2 énonce qu'il est fait application de la procédure simplifiée si l'actif du débiteur ne comprend pas des biens immobiliers et si le nombre des salariés au cours des six derniers mois précédant l'ouverture de la procédure ainsi que son chiffre d'affaires sont égaux ou inférieurs à des seuils fixés par décret. Si cette procédure est qualifiée de simplifiée, cette simplification se vérifie à la fois dans la réalisation de l'actif et le traitement du passif.

421- Pour la réalisation de l'actif, l'article L. 644-2 décide que dans la procédure simplifiée, le liquidateur procède à la vente des biens mobiliers de gré à gré ou aux enchères publiques dans les trois mois suivant le jugement de liquidation et à l'issue de cette période, il est procédé à la vente aux enchères publiques des biens subsistant.

Comme le précise l'article L. 644-2, cette procédure déroge à celle que prévoit l'article L. 642-19 qui organise la vente des biens dans la liquidation judiciaire ordinaire : il prévoit l'intervention du juge-commissaire ; la vente de gré à gré est strictement encadrée sous le contrôle de ce juge, ce qui est aussi le cas dans la vente aux enchères. Dans la procédure simplifiée, ces contraintes sont écartées.

422- Pour le traitement du passif, par hypothèse, l'actif du débiteur est limité et il n'y a aucun espoir que tous les créanciers puissent être satisfaits. Dans la liquidation judiciaire de droit commun, l'article L. 641-4 régit notamment la question de la vérification des créances et l'idée générale dans la réglementation de la sauvegarde et du redressement judiciaire est que, en principe, toutes les créances doivent être vérifiées et déclarées. Comme dans la procédure

simplifiée, l'actif du débiteur est limité, l'article L. 644-3 déroge aux dispositions de l'article L. 641-4 et prévoit qu'il sera procédé à la vérification des seules créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et des créances résultant d'un contrat de travail. Ce ne sont donc plus toutes les créances qui seront vérifiées : seulement celles qui viennent en rang utile.

Le jugement d'ouverture désigne le juge-commissaire et invite à désigner le représentant des salariés et des contrôleurs et ces organes ont les mêmes pouvoirs que dans les autres procédures.

Le personnage clé de la procédure de liquidation est précisément le liquidateur. Il est désigné dans le jugement d'ouverture. L'article L. 641-1 énonce que le jugement de liquidation désigne en qualité de liquidateur un mandataire judiciaire et ajoute que le ministère public peut proposer un liquidateur à la désignation du tribunal. Comme le décide l'article L. 641-11, le juge-commissaire lui communique tous les renseignements utiles à l'accomplissement de sa mission.

423- Le liquidateur a un triple rôle : il représente le débiteur, il représente les créanciers et c'est lui qui procède à la réalisation de l'actif du débiteur.

En tant que représentant du débiteur, le liquidateur reçoit lui-même les courriers adressés au débiteur. C'est lui qui assure la gestion du patrimoine de ce débiteur. Ainsi, selon l'article L. 641-4, c'est lui qui procède aux licenciements. De même, d'après l'article L. 641-11-1, le liquidateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant bien entendu la prestation promise au cocontractant du débiteur.

Le liquidateur représente aussi les créanciers. C'est lui qui vérifie les créances, ce qui lui permet d'établir le passif de l'entreprise. Le liquidateur poursuit les actions en cours qui intéressent les créanciers et qui ont été introduites avant le jugement de liquidation. Il peut même introduire des actions nouvelles. En effet, l'article L. 641-4 énonce que le liquidateur peut introduire ou poursuivre les actions qui relèvent du pouvoir du mandataire judiciaire. L'article L. 642-24 énonce que le liquidateur peut compromettre ou transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers.

Enfin, le liquidateur procède à la réalisation de l'actif du débiteur. Même s'il représente le débiteur ou les créanciers, le liquidateur reste un organe de la procédure. C'est sur lui qu'incombe l'obligation d'accomplir les opérations de réalisation de l'actif et d'apurement du passif. Il doit établir un rapport sur la situation du débiteur et doit tenir informé le juge-commissaire, le ministère public et le débiteur du déroulement des opérations.

Section 2 - **Le régime de la liquidation judiciaire**

§ 1 : Le dessaisissement du débiteur

424- Dans chacune des procédures examinées, une question particulière a été étudiée, celle qui est relative aux pouvoirs du débiteur durant la période concernée : le débiteur qui garde ses pouvoirs de direction de l'entreprise dans la procédure de sauvegarde ; le débiteur qui est assisté et même parfois remplacé dans le redressement judiciaire. Dans la liquidation judiciaire, la solution est encore plus sévère pour le débiteur. Elle est prévue à l'article L. 641-9 : « *Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens* ».

Le dessaisissement, c'est, schématiquement, le défaut de pouvoirs du débiteur pour tout ce qui se rapporte à ses biens. Il ne peut plus les administrer et bien entendu en disposer, tout cela pour protéger son patrimoine, éviter qu'il n'en dispose pour le distraire ou détriment de l'entreprise et de ses créanciers. L'article L. 641-9 prévoit le principe du dessaisissement et ce principe produit des effets.

A – Le principe du dessaisissement

425- Si le débiteur est dessaisi de ses biens, c'est qu'il va être représenté dans leur administration et la disposition par le liquidateur. L'article L. 641-9 décide clairement que les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur. Ce dessaisissement porte sur tous biens du débiteur. Le même texte précise que ce dessaisissement porte sur tous les biens du débiteur, même ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas terminée. Tous les biens du débiteur sont concernés : si le débiteur est marié sous le régime de la communauté, les biens propres du débiteur et les biens communs sont frappés par le dessaisissement. Si le débiteur recueille une succession, les biens qui lui échoient obéissent aussi au principe du dessaisissement. S'il recueille une indemnité par suite d'une action en responsabilité qu'il avait engagée contre un tiers, cette indemnité est elle aussi couverte par le dessaisissement.

426- Le dessaisissement couvre tous les actes auxquels le débiteur cherche à se livrer : il ne peut pas conclure un contrat de vente portant sur ses biens ; il ne peut pas procéder au paiement d'une créance. Si un paiement est fait au débiteur en liquidation judiciaire, celui qui a procédé à ce paiement ne sera pas libéré et il pourra être tenu d'un second paiement. De même, il est interdit au débiteur en principe d'exercer une action en justice : il sera représenté dans cette action par le liquidateur.

Certaines exceptions sont apportées au principe du dessaisissement. Ainsi, l'article L. 641-9 prévoit, dans son alinéa 2, que le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime. Le même texte précise que le débiteur accomplit les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur. A titre d'exemple, on estime que le débiteur peut former une voie de recours contre les décisions qui statuent sur la liquidation judiciaire ; il peut former une voie de recours contre une décision du juge-commissaire qui a autorisé le liquidateur à vendre un bien. C'est ce qu'on appelle les droits propres laissés par la loi à ce débiteur en liquidation judiciaire.

Cette notion de « *droits propres* » peut se révéler d'une application souvent difficile en pratique. Ainsi, si le débiteur se prévaut d'une faute commise par le liquidateur dans l'exécution de sa mission et envisage d'exercer une action en responsabilité contre ce liquidateur, on peut penser qu'il s'agit là d'un « *droit propre* » d'autant qu'il serait absurde d'imaginer que le liquidateur va exercer une action contre lui-même. Pourtant, la Cour de cassation décide que cette action est de nature patrimoniale et le débiteur ne peut pas l'exercer avant la clôture des opérations de liquidation.

B – Les effets du dessaisissement

427- Le dessaisissement a des effets qui concernent le débiteur et la violation du principe du dessaisissement est sanctionnée.

L'article L. 641-9 régleme cette question des effets à l'égard du débiteur du dessaisissement.

Pour les dirigeants des personnes morales, le texte décide que les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf si les statuts ou l'assemblée générale en décident autrement.

Pour le débiteur personne physique, le texte prévoit qu'il ne peut exercer au cours de la liquidation judiciaire aucune des activités mentionnées à l'article L. 640-2 qui précise quelles sont les personnes à l'égard desquelles la procédure peut être ouverte (ce qui exercent une activité commerciale ou artisanale, ...). Il faut comprendre de ce texte que le débiteur personne physique ne peut pas se livrer à ces activités.

Il n'y a pas de disposition formelle sur les sanctions du non-respect du dessaisissement. On a pensé autrefois que les actes accomplis en violation du dessaisissement sont nuls d'une nullité d'ordre public. La Cour de cassation préfère parler d'inopposabilité de l'acte à la procédure collective.

§ 2 : La cession de l'entreprise

428- Dans une liquidation, il n'est plus question de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise. Il faut la liquider. Cette liquidation n'est pas incompatible avec un maintien de l'activité. Ainsi, l'article L. 641-10 énonce que si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui de créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal. Ainsi, s'il apparaît nécessaire de continuer l'activité de fabrication pour rendre la cession de l'entreprise plus attractive, cette activité pourra être continuée. Mais, toute la procédure tend à la cession de l'entreprise. Un plan de cession sera mis en place. Mais ce plan peut être remplacé ou accompagné par une réalisation des biens meubles et immeubles de l'entreprise.

Selon l'article L. 640-1, la liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et biens. Cette cession se fait la plupart du temps par le recours à un plan et cette cession a pour finalité de réunir les fonds qui vont servir à désintéresser les créanciers. En même temps, cette cession peut aussi permettre de maintenir des activités et ainsi sauver au moins une partie des emplois. Ces deux séries d'objectifs dans la liquidation sont d'ailleurs prévues par le législateur. L'article L. 642-1 le prévoit et, pour réaliser ces objectifs, le texte précise que la cession peut être totale ou partielle.

Conclusion du titre 1

429- L'étude du déroulement de la procédure a permis de comprendre encore plus clairement le particularisme des trois procédures collectives que le droit français institue. Ces procédures se dédoublent parfois et c'est ainsi que dans la procédure de sauvegarde, le législateur consacre la sauvegarde accélérée et, dans la procédure de liquidation, on introduit une liquidation simplifiée. Parfois, il y a un chevauchement des procédures et c'est ainsi que la sauvegarde accélérée, amplifiée par l'ordonnance du 12 mars 2014, s'applique à un débiteur qui est déjà engagé dans une procédure de conciliation et qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir de la part des créanciers à l'égard de qui la procédure produit effet un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans des délais très brefs.

On retrouve la même volonté du législateur de sauver l'entreprise dès qu'une possibilité en ce sens paraît vraisemblable. Le contrôle du tribunal est nécessaire pour procéder à la vérification et au sérieux des propositions. Ce contrôle se rencontre fréquemment dans toutes les procédures collectives prévues, comme c'est le cas de la période d'observation et le plan de sauvegarde ou de redressement.

Pour sauver l'entreprise, il est apparu nécessaire au législateur de laisser une large marge de manœuvre au débiteur, lui faire confiance : il n'est pas dessaisi de ses droits et de ses biens, sauf si l'on arrive à la procédure de liquidation ; une protection doit être assurée à l'entreprise, d'abord et surtout contre ses créanciers. Pour autant, on ne peut pas laisser le débiteur totalement libre de ses actes et il y a toujours la crainte qu'il tire profit de la situation de protection dans laquelle il se trouve pour accomplir des actes qui pourraient être contraires aux intérêts des créanciers et même de l'entreprise. S'ensuit tout un système d'assistance et d'autorisation du débiteur avec l'intervention du juge-commissaire, du ministère

public et du tribunal, système complexe et parfois subtile comme en témoignent le régime des actes qui doivent être accomplis ou le système des nullités des actes accomplis. De même, la protection de l'entreprise ne peut pas être l'objectif absolu et unique. Il y a aussi les créanciers. On conçoit que certains de leurs intérêts soient sacrifiés, mais le sacrifice a des limites. Il faut trouver le juste équilibre entre leurs intérêts et ceux de l'entreprise. Equilibre toujours difficile à trouver.

Titre 2 - Le droit saoudien

430- Le droit saoudien ne connaît qu'une seule procédure collective : la faillite pure et simple. Le chapitre 10 du règlement sur le tribunal de commerce est intitulé : « *De la faillite* » et l'article 103 par lequel débute ce chapitre énonce que le failli est la personne dont les dettes excèdent les biens et qui ne peut faire face à toutes ces dettes. La procédure mise en place est ainsi la faillite avec cette distinction, déjà relevée, entre la faillite réelle, la faillite par négligence et la faillite frauduleuse (art. 104). Il n'est donc pas question dans l'étude du droit saoudien de procéder aux distinctions que fait le droit français entre telle et telle autre procédure collective. Nous examinerons successivement :

Chapitre 1 : Les effets de la faillite

Chapitre 2 : La clôture de la faillite

Chapitre 1 – Les effets de faillite

La faillite a des effets sur le débiteur et sur ses créanciers.

Section 1 - **Effets de la faillite à l'égard du débiteur**

- 431- Une nouvelle distinction s'impose selon que ces effets se rapportent à la personne du débiteur (§ 1) ou à son patrimoine (§ 2).

§ 1 : Effets de la faillite à l'égard de la personne du débiteur

- 432- Le règlement saoudien sur le tribunal de commerce a été élaboré à une époque où la réglementation de la faillite avait un caractère essentiellement répressif. Le débiteur n'est pas digne de la confiance et de la considération qui sont nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale. Il doit alors être écarté de la vie commerciale afin qu'il ne constitue plus une menace pour les autres commerçants et pour le marché économique lui-même. Le débiteur s'expose à des poursuites pénales (A) et s'expose à une privation de ses droits politiques et civiques (B).
- 433- Avant d'examiner ces deux points, il convient de préciser que, malgré le caractère répressif de la réglementation, des considérations d'ordre humanitaire amènent le législateur à prévoir une aide au profit du débiteur et de sa famille. Ainsi, l'article 118 du règlement sur le tribunal de commerce énonce qu'en cas de faillite réelle ou par négligence, les dépenses du débiteur en faillite et des personnes qui dépendent de lui seront prélevées sur ses biens placés sous

l'autorité du juge-commissaire et des représentants des créanciers. Cette situation perdure jusqu'à la clôture de la faillite et le partage des biens du débiteur entre ses créanciers.

On aura remarqué que le droit du créancier et des personnes qui en dépendent à cette aide financière est limité aux cas d'une faillite réelle ou d'une faillite par négligence. Le législateur saoudien refuse de l'accorder en cas de faillite frauduleuse en raison de la gravité des actes accomplis par le débiteur et de son comportement qui a conduit à la faillite.

La doctrine en Arabie Saoudite considère que cette règle se comprend pour ce qui concerne le débiteur, mais paraît excessive pour les personnes qui dépendent de lui, comme les membres de sa famille²⁵¹.

- 434-** Dans les autres pays arabes, la même solution est retenue sans qu'une distinction soit faite selon la faillite qui est prononcée. Ainsi, l'article 531 du Code libanais de commerce énonce que le failli pourra obtenir pour lui et sa famille, sur l'actif de la faillite, des secours alimentaires qui seront fixés, sur la proposition des syndics, par le juge-commissaire. Ce texte fait apparaître une autre différence avec le droit saoudien : en droit libanais, et il en est de même en droit égyptien²⁵². L'aide consentie au débiteur est décidée par le juge-commissaire sur proposition du syndic, mais sans l'intervention des créanciers. En Arabie Saoudite, elle est décidée à la fois par les représentants des créanciers et par le juge-commissaire. Mais le droit libanais fait intervenir les créanciers au cas, à défaut de concordat, ils seront constitués en union. L'article 585 C. com. libanais décide que les créanciers seront consultés sur la question de savoir si un secours pourra être accordé au failli sur l'actif de la faillite. Il ajoute que lorsque la majorité des créanciers présents y auraient consenti, une somme pourra être accordée au failli à titre de secours sur l'actif de la faillite. Les syndics en proposeront la quotité qui sera fixée par le juge-commissaire, sauf recours au tribunal de la part des syndics seulement.

²⁵¹ Karman, op. cit., p. 331.

²⁵² Taha, op. cit., n° 481.

A – Les poursuites pénales

435- L'article 109 du règlement sur le tribunal de commerce décide que le débiteur déclaré en faillite devra présenter ses livres de commerce, une liste de ses dettes et une autre qui montre le capital dont il disposait au moment où il a commencé l'exercice du commerce jusqu'à la date de la déclaration de la faillite ainsi que les pertes qu'il a subies et ses dépenses. Puis, il ajoute que le tribunal de commerce ordonne immédiatement son arrestation ou son placement sous l'autorité de la police. Cette dernière mesure signifie que le débiteur restera en liberté mais devra s'abstenir de quitter son domicile sans l'autorisation de la police qui le surveille.

En réalité, l'emprisonnement du débiteur n'est pas considéré comme une sanction à son encontre. Il s'agit plutôt d'une mesure conservatoire qui entre dans le cadre de l'organisation de la faillite. Cette qualification de la mesure signifie que le tribunal peut, à tout moment, modifier sa décision. Ainsi, s'il a ordonné l'arrestation du débiteur, il pourra par la suite décider de le placer sous l'autorité de la police. L'article 115 du règlement sur le tribunal de commerce prévoit qu'au cours de la procédure de faillite et des investigations, le tribunal chargé de la faillite peut décider de libérer provisoirement le débiteur en état d'arrestation jusqu'à l'obtention des résultats définitifs des investigations sur la faillite. Le tribunal sera saisi à cet effet soit par le débiteur lui-même, soit d'office. Il résulte de ce texte que la libération du débiteur ne peut intervenir qu'avant la fin des investigations sur la faillite. Au moment où ces investigations prennent fin, un jugement définitif sera rendu soit pour libérer le débiteur, soit pour l'emprisonner. Dans ce cas, les voies de recours contre le jugement sont celles qui sont prévues en matière pénale. De même, on considère que la libération du débiteur avant la fin des investigations est subordonnée à l'accomplissement des formalités prévues

à l'article 113 du règlement. Enfin, il est nécessaire que le juge-commissaire et le représentant des créanciers ne s'opposent pas à la libération du débiteur de crainte qu'il prenne la fuite et ne collabore plus avec eux. Dans la pratique, on impose au débiteur de présenter une personne qui se porte garante de lui²⁵³.

436- La situation est analogue dans les autres pays arabes, même si la réglementation qui lui est consacrée paraît plus complète. Au Liban, comme en Egypte et en Syrie, la faillite n'est pas considérée en elle-même comme un délit pénal devant être réprimé. Cependant, si la déclaration de faillite révèle que le débiteur s'est livré à certains actes frauduleux ou qu'il a commis une faute lourde, portant ainsi atteinte au droit de ses créanciers, des sanctions pénales peuvent être prononcées. Dans tous les cas, et avant d'explicitier ces sanctions, il est nécessaire de relever qu'en droit libanais, il n'est pas nécessaire qu'un jugement de faillite ait été rendu pour que les tribunaux prononcent des sanctions pénales. On se souvient que l'article 498 du Code libanais de commerce consacre la théorie de la faillite réelle ou de la faillite de fait²⁵⁴. Il s'ensuit que si un tribunal saisi constate que le débiteur se livre à des actes frauduleux ou qu'il a commis une faute lourde, il pourra prononcer les sanctions pénales indépendamment de l'existence ou non d'un jugement de faillite.

Tout dépend donc des actes accomplis par le débiteur. Ainsi, les articles 632 et s. du Code libanais de commerce réglementent les sanctions des banqueroutes et décident que ces cas de banqueroutes sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an. Mais, pour qu'une banqueroute existe, le commerçant doit se trouver dans l'un des cas suivants : si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa famille sont jugées excessives ; s'il a consommé de fortes sommes soit pour des opérations de pur hasard, soit pour des opérations fictives de bourse ou sur marchandises ; si, postérieurement à l'époque de la cessation des paiements et dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours et, enfin, si après la cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse.

²⁵³ Karman, op. cit., p. 331.

²⁵⁴ V. supra.

437- L'article 734 du même Code donne une simple possibilité au tribunal de condamner à l'emprisonnement un banqueroutier simple dans les cas suivants : s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés ; s'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat ; s'il ne s'est pas conformé aux obligations relatives au registre de commerce ; si dans les 20 jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait au greffe la déclaration en ce sens et, enfin, s'il n'a pas tenu de livres et fait des inventaires ; si ces livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus ou s'ils ne reflètent pas sa véritable situation active ou passive sans néanmoins qu'il y ait fraude.

438- Enfin, le droit libanais envisage le cas de la faillite frauduleuse dans l'article 639 du Code de commerce. Il considère « *banqueroutier frauduleux* » tout commerçant failli qui aura soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, se sera reconnu frauduleusement débiteur de sommes qu'il ne devait pas. Le législateur libanais ne s'arrête pas là et condamne les tiers en cas de banqueroute frauduleuse dans les cas énumérés à l'article 641 C. com. Il s'agit des personnes convaincues d'avoir dans l'intérêt du failli, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, le tout sans préjudice des autres cas de complicité prévus par le Code pénal ; les personnes convaincues d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées ; enfin, les personnes qui, exerçant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, se sont rendues coupables de faits de banqueroute frauduleuse. L'article 642 va encore plus loin et décide que le conjoint, les descendants ou les ascendants du failli ou ses alliés aux mêmes degrés, qui auraient détourné, diverti ou recelé des effets appartenant à la faillite, sans avoir agi de complicité avec le failli, seront punis des peines du vol.

On mesure ainsi le caractère répressif de la réglementation qui explique les sanctions pénales. La répression se manifeste aussi en ce qui concerne les droits politiques et civiques du débiteur.

B – Les droits politiques et civiques du débiteur

439- En droit saoudien, le jugement de faillite a pour effet de faire perdre au débiteur ses droits politiques et civiques. Aucune distinction n'est faite selon la nature de la faillite prononcée.

Cependant, le règlement sur le tribunal de commerce ne va pas plus loin dans la réglementation de la perte de ces droits. La situation est analogue dans les autres pays arabes. Ainsi, en droit égyptien et en droit libanais, le débiteur déclaré en faillite perd ses droits politiques et ses droits civiques quelle que soit la nature de la faillite. L'article 500 du Code libanais de commerce énonce, en des termes généraux « *Tout failli est ... l'objet de déchéances civiques : il n'est plus électeur ni éligible aux assemblées politiques ou professionnelles ; il ne peut occuper aucune fonction ni charges publiques* ». Sur le fondement de ce texte, la jurisprudence libanaise considère que le failli ne peut pas être chargé d'une mission d'intérêt général²⁵⁵. En cas de faillite d'une société anonyme, les mêmes peines sont appliquées aux dirigeants de la société. Ainsi, l'article 155 du Code libanais de commerce énonce que le tribunal de commerce doit appliquer au président du conseil d'administration, alors même qu'il n'est pas réputé commerçant, les déchéances attachées par la loi à la faillite si la société est déclarée en faillite et que celle-ci soit imputable au dol ou à des fautes graves dans la direction des affaires sociales.

440- La perte des droits politiques et civiques s'accompagne de mesures particulièrement vexatoires pour le débiteur. Au Liban, l'article 499 du Code de commerce décide que le nom des commerçants déclarés en faillite sera inscrit sur un tableau affiché à la porte de chaque tribunal et dans la salle centrale de toutes les bourses. Au Liban, la doctrine trouve cette mesure excessive²⁵⁶. Il reste que l'inscription prévue à l'article 499 n'a pas lieu si le commerçant était mort au moment de sa déclaration en faillite et elle sera radiée six mois après son décès dans les autres cas.

²⁵⁵ Appel Sud-Liban, 29 mars 1961, Coll. Hatem, Tome 44, p. 29, n° 3, qui énonce que l'expertise n'est pas une fonction ou une mission d'intérêt général, ce qui signifie qu'un débiteur en faillite peut être nommé expert.

²⁵⁶ Taha, n° 484.

441- Toutefois, le législateur a prévu la réhabilitation du débiteur. Celui-ci peut recouvrer ses droits politiques et civiques et reprendre sa place dans la société et sur le marché commercial et économique. Cependant, la possibilité de cette réhabilitation est subordonnée à la nature de la faillite prononcée. Les articles 132 à 134 du règlement saoudien sur le tribunal de commerce sont consacrés à cette question. Ainsi, l'article 132 décide que, dans une faillite réelle, le débiteur qui paye ses dettes et les coûts de la faillite peut être réhabilité sur le plan commercial et s'installer en qualité de commerçant. L'article 133 ajoute que, dans une faillite frauduleuse ou au cas où le débiteur est convaincu de vol, de fraude, de dissimulation de ses biens ou de refus de présenter ses livres et ses comptes ne sera pas réhabilité. En revanche, dans une faillite pour négligence, le débiteur peut être réhabilité s'il paye ses dettes et exécute les peines qui ont été prononcées contre lui. L'article 134 du même règlement prévoit que le commerçant réhabilité doit soumettre aux autorités publiques une copie de sa réhabilitation ainsi que toutes les autres preuves qui en confirment la réalité.

442- Cette réhabilitation se retrouve dans les autres législations des pays arabes. Mais, au Liban, une distinction doit être faite selon qu'il s'agisse de la réhabilitation commerciale prévue par le Code de commerce et la réhabilitation sur le plan pénal prévue par le Code pénal en cas de condamnation du débiteur pour crime ou délit.

Mais, dans tous les cas, la faillite frauduleuse ne permet pas au débiteur d'être réhabilité. Ainsi, l'article 660 C. com. libanais énonce : « *Ne sont point admis à la réhabilitation commerciale les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance, à moins qu'ils n'aient obtenu leur réhabilitation pénale* ».

A nouveau, nous retrouvons en droit libanais une réglementation détaillée de la réhabilitation qui fait défaut en droit saoudien. L'article 651 C. com. décide que lorsqu'il s'est écoulé dix ans depuis la déclaration de faillite, le failli non banqueroutier est réhabilité de droit sans remplir aucune formalité. Il s'agit ainsi d'une réhabilitation de plein droit pourvu, encore une fois, qu'il ne s'agisse pas d'une faillite pour faute grave ou d'une faillite frauduleuse. Mais, comme on le

voit, le débiteur ne recouvre ainsi que les droits civiques et politiques. Mais la réhabilitation ne peut pas porter atteinte aux fonctions des syndics, si leur mandat n'est pas terminé, ni aux droits des créanciers au cas où leur débiteur ne serait pas intégralement libéré.

L'article 642 prévoit la même réhabilitation de droit pour le failli qui aura intégralement acquitté les sommes par lui dues en capital, intérêts et frais. De même, la mesure profitera à l'associé d'une société de personnes tombée en faillite qui justifie qu'il a acquitté, dans les mêmes conditions, sa part contributive des dettes de la société, alors même qu'un concordat particulier lui aurait été consenti.

443- L'article 653 du même Code prévoit cette fois une possibilité d'obtenir la réhabilitation, en cas de probité reconnue, pour le failli qui, ayant obtenu un concordat, aura intégralement payé les dividendes promis et celui qui justifie de la remise entière de ses dettes par ses créanciers ou de leur consentement unanime à sa réhabilitation. La demande en réhabilitation sera adressée au Procureur de la République près le tribunal qui a prononcé la faillite, avec les quittances et les pièces qui la justifient. Le magistrat communiquera toutes les pièces au président du tribunal qui a déclaré la faillite et au Procureur de la République du domicile du demandeur, en les chargeant de recueillir tous les renseignements qu'ils pourront se procurer sur la réalité des faits exposés. Mais, l'article 656 prévoit que tout créancier qui n'aura pas reçu intégralement ses dividendes concordataires ou qui n'aura pas fait remise entière de ses dettes au débiteur pourra, pendant le délai d'un mois à partir de cet avis, faire opposition à la réhabilitation par simple acte au greffe, appuyé des pièces justificatives.

§ 2 : Effets de la faillite sur le patrimoine du débiteur

444- Dès que le jugement de faillite est rendu, les biens du débiteur sont placés dans une situation particulière afin qu'ils puissent effectivement constituer le gage général de ses créanciers. Les mesures ainsi prises tendent à la protection des créanciers contre les agissements du débiteur qui pourrait préférer désintéresser certains d'entre eux au détriment d'autres ou tout simplement les distraire. Cette situation donne lieu au dessaisissement.

Mais, le jugement de faillite produit aussi des effets à l'égard des actes accomplis par le débiteur, non seulement à compter du jour du jugement de faillite, mais aussi dans la période qui précède ce jugement, au cas où ces actes portent aux intérêts des créanciers.

Nous examinerons successivement :

A – Le dessaisissement

B – La nullité des actes accomplis par le débiteur

A – Le dessaisissement

445- Aux termes de l'article 110 du règlement sur le tribunal de commerce, après examen des documents qui lui sont soumis par le débiteur, des livres de commerce et la demande faite par le débiteur ou tout autre créancier pour faire déclarer sa faillite, le tribunal rend un jugement qui déclare la faillite, ordonne la saisie des biens du débiteur et, à compter de la date de ce jugement, tous les actes accomplis par le débiteur ne peuvent être exécutés.

C'est le dessaisissement qui se retrouve dans toutes les législations des autres pays arabes comme, notamment, au Liban où l'article 501 C. com. énonce que le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir du jour même où il est rendu, dessaisissement pour le failli, au profit des syndics, de l'administration de tous ses biens, même ceux qui peuvent lui échoir pendant la durée de la faillite.

Le texte ajoute : « *Le failli ne peut plus notamment aliéner aucun de ses biens, il ne peut plus effectuer aucun paiement ni en recevoir, à moins qu'il s'agisse du règlement fait de bonne foi d'un effet de commerce ; il ne peut contracter aucune obligation ; il ne peut plus ester en justice, sauf à se porter partie intervenante aux procès suivis par les syndics. Mais il peut faire tous actes conservatoires de ses droits* ».

446- En droit saoudien et dans les droits des autres pays arabes, le dessaisissement est de plein droit et intervient à partir de la date du jugement.

Ainsi, le dessaisissement n'est pas considéré comme un défaut de capacité du débiteur ni comme une expropriation de ses biens. Le débiteur, même déclaré en faillite, conserve sa capacité juridique et reste propriétaire de ses biens²⁵⁷. La faillite s'analyse plutôt en une saisie collective des biens du débiteur, ce qui a pour conséquence que ses biens sont placés sous l'autorité de la justice en attendant de prendre les mesures nécessaires pour la clôture de la faillite. C'est la raison pour laquelle le débiteur ne peut plus administrer ses biens ni en disposer. De même, les actes qu'il accomplirait ne peuvent en aucun cas porter atteinte aux intérêts des créanciers. Il n'en reste pas moins que les actes qu'il accomplit avec les tiers sont valables entre les parties même si le tiers ne peut pas s'en prévaloir à l'encontre des créanciers.

Mais, aussi étendu qu'il soit, le dessaisissement ne porte pas sur tous les biens du débiteur (1) et un examen plus approfondi doit être consacré au sort des actes accomplis par lui (2).

²⁵⁷ Karman, op. cit., p. 333 ; M. Chafic, op. cit., n° 245 ; H. Al Masri, op. cit., p. 161.

1 – Etendue du dessaisissement

447- Le dessaisissement porte sur tous les biens appartenant au débiteur au moment où le jugement de faillite est rendu qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles ou encore de droits à l'égard des tiers. De même, le dessaisissement porte sur tous les biens qui échoient au débiteur durant le déroulement de la procédure quelle que soit la cause de leur acquisition. Même les biens qu'il recueille par succession, par donation ou par legs sont soumis au principe du dessaisissement.

448- Pour autant, certains biens échappent au dessaisissement. Ainsi, les biens qui se trouvent entre les mains du débiteur mais dont il n'est pas propriétaire ne tombent pas sous le coup du dessaisissement et le tiers propriétaire de ces biens peut exercer une action en revendication à leur égard. Ainsi, l'article 120 du règlement sur le tribunal de commerce décide que les biens déposés chez le débiteur sont remis en nature à leur propriétaire. Le texte ajoute que si les biens ne se trouvent pas en nature entre les mains du débiteur, aucune action en revendication ne peut être exercée et leur propriétaire sera considéré comme un créancier ordinaire.

De même, les biens qui ne peuvent pas être saisis ne sont pas compris dans le dessaisissement. L'article 114 du même règlement décide qu'il est nécessaire de séparer les biens qui ne peuvent être saisis des autres biens pour lesquels application est faite des règles sur le dessaisissement. Sans doute, le principe est que tous les biens du débiteur peuvent faire l'objet d'une saisie puisqu'ils constituent le gage général de ses créanciers. Il reste que certains textes dérogent à ce principe. Ainsi, l'article 217 du règlement sur les procédures charé'i décide que les biens meubles et immeubles qui permettent au débiteur d'assurer son logement ne peuvent faire l'objet d'une saisie. Le même texte permet de saisir les salaires et les revenus du débiteur, ce qui signifie que ses salaires et revenus sont compris dans le dessaisissement, sauf ce que le tribunal décide d'attribuer au débiteur et aux personnes dont il a la charge pour assurer leur entretien durant la

procédure²⁵⁸. De même, les droits qui sont attachés à la personne du débiteur et à son statut personnel comme son droit de poursuivre l'auteur d'un dommage qui lui a été causé échappe au principe du dessaisissement, avec cette précision qu'en cas de dédommagement obtenu par lui, les sommes représentant le dommage sont comprises dans le dessaisissement. Enfin, le débiteur peut prendre toutes les mesures conservatoires sur ses biens puisque ces mesures ne constituent aucune menace aux intérêts de ses créanciers²⁵⁹.

449- L'on retrouve des règles analogues dans les autres pays arabes. Ainsi, au Liban, le dessaisissement porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur que ces biens soient ou non en relation avec l'exercice de l'activité commerciale. Il en est de même des biens qui lui échoient par succession, donation ou legs. Au Liban aussi, le dessaisissement ne peut pas porter sur les biens qui ne peuvent faire l'objet d'une saisie. L'article 502 prévoit qu'échappent au dessaisissement les droits exclusivement attachés à la personne du failli ou à sa qualité de chef de famille et ceux qui mettent en jeu un intérêt d'ordre essentiellement moral. Ainsi, le dessaisissement ne comprend pas le droit au mariage, au divorce, voire à l'autorisation de l'épouse d'exercer le commerce. Il ne comprend pas non plus la tutelle sur les biens des enfants mineurs. Comme en Arabie Saoudite, le dessaisissement ne porte pas sur les biens qui appartiennent aux tiers.

450- Comme le dessaisissement ne signifie pas perte par le débiteur de sa capacité juridique, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour considérer que le débiteur peut exercer une autre activité commerciale durant le déroulement de la procédure, sous la seule réserve que cet exercice ne porte aucune atteinte aux droits de ses créanciers²⁶⁰. Comme en Arabie Saoudite, l'article 502 du Code libanais prévoit, dans son alinéa 2, que restent en dehors du dessaisissement les biens déclarés insaisissables par la loi ainsi que les gains que peut réaliser le failli par son activité ou son industrie, dans la mesure fixée par le juge-commissaire comme correspondant aux besoins de sa subsistance et de celle de sa famille.

²⁵⁸ V. P.M. Douidar, *Théorie générale sur les saisies judiciaires selon le règlement sur les procédures charé'i dans le Royaume d'Arabie Saoudite*, 2004, p. 155 et s.

²⁵⁹ Karman, *op. cit.*, p. 336.

²⁶⁰ Appel mixte Egypte, 13 juin 1934 B. 46.329 ; 12 févr. 1936, B. 48.123 ; Juge unique de Beyrouth, 25 nov. 1954, Coll. Hatem, Tome 21, p. 27, n° 2.

2 – Effets de la faillite sur les actes accomplis par le débiteur

451- Dans la mesure où le dessaisissement a pour objectif d'interdire au débiteur d'administrer ses biens et d'en disposer afin qu'il ne cause aucun préjudice à ses créanciers, il est logique d'interdire au débiteur d'accomplir tout acte juridique de nature à soustraire l'un de ses biens à son patrimoine, soit d'une manière directe, soit d'une manière indirecte. Ainsi, il lui est interdit non seulement de vendre un bien mais aussi de le grever d'une sûreté qui peut avoir pour conséquence de le soustraire à son patrimoine. C'est la raison pour laquelle l'article 110 du règlement sur le tribunal de commerce considère que tous les actes accomplis par le débiteur après le jugement de faillite sont inopposables aux créanciers. De même, il est interdit au débiteur d'administrer ses biens puisque cette administration, si elle n'a pas pour effet de soustraire directement un bien au patrimoine, peut avoir un effet négatif sur les actifs puisqu'il y a toujours la crainte que le débiteur cherche d'une manière ou d'une autre à porter atteinte aux intérêts de ses créanciers. Le débiteur ne peut donc pas vendre, hypothéquer, donner ou louer un bien qui lui appartient. Il ne peut pas non plus payer une quelconque dette que ce soit par paiement direct ou par l'établissement d'un effet de commerce, comme une lettre de change.

452- De même, le débiteur ne peut pas lui-même recouvrer les droits dont il est titulaire à l'égard des tiers. Tout paiement qui lui est fait doit l'être entre les mains des organes de la faillite qui le conservent en attendant la clôture de la procédure.

Enfin, le droit saoudien²⁶¹ prévoit, à l'instar d'autres droits, que le débiteur ne peut pas lui-même exercer une action en justice relativement aux biens qui sont soumis au dessaisissement. L'explication se trouve dans le fait que cet exercice peut menacer les intérêts des créanciers. Au cas où une action a été engagée avant le jugement de faillite, les organes de la faillite devront être appelés à la

²⁶¹ V. Karman, p. 337.

procédure. On retiendra néanmoins que cette interdiction d'agir en justice en qualité de demandeur ou de défendeur est limitée aux biens qui sont soumis au principe du dessaisissement. Le débiteur peut, en revanche, exercer toute action dès lors que le principe du dessaisissement n'est pas en cause.

Sur ces divers points, le droit saoudien est en harmonie avec les législations des autres pays arabes. Au Liban, comme en Egypte, le principe est que tous les actes accomplis par le débiteur après le jugement de faillite ne peuvent recevoir exécution et sont inopposables à la masse des créanciers. Ainsi, sont inopposables à la masse les actes d'administration ou de disposition comme la vente, la location, l'hypothèque, la donation, l'aveu, l'emprunt et tout effet de commerce qu'il établirait²⁶². De même, le débiteur ne peut procéder au paiement d'aucune de ses dettes ou au recouvrement de ses créances. Au Liban, l'alinéa 2 C. com. énonce : « *Le failli ne peut plus notamment aliéner aucun de ses biens, il ne peut plus effectuer aucun paiement, ni en recevoir, à moins qu'il s'agisse du règlement fait de bonne foi d'un effet de commerce ; il ne peut contracter aucune obligation ...* »²⁶³.

453- Les droits libanais et égyptien ont été confrontés, comme c'est le cas en droit français au problème de la compensation. En règle générale, la compensation est interdite et le tiers doit verser les sommes qu'il doit au débiteur entre les mains des organes de la faillite. Il reste que la règle de l'interdiction de la compensation n'est pas absolue et connaît des dérogations. La plus importante d'entre elles se rapporte à l'hypothèse où les deux dettes ont la même cause juridique, de sorte qu'il existe entre eux une connexité permettant à l'une des parties de ne pas exécuter son engagement tant que l'autre n'exécute pas le sien²⁶⁴.

²⁶² Juge unique Beyrouth, 7 janv. 1954, Coll. Hatem, Tome 19, p. 21, n° 2.

²⁶³ Sur le paiement de bonne foi d'un effet de commerce, Appel mixte Egypte, 1^{er} fév. 1928, B. 40.170.

²⁶⁴ Appel mixte Egypte, 26 nov. 1913, B. 26.48, qui décide qu'en cas de clôture d'un compte courant en raison de la faillite de l'une des parties, le syndic ne peut pas demander le paiement complet des sommes qui figurent sur ce compte et dont le débiteur en faillite serait le titulaire.

Si le débiteur est l'auteur d'un dommage survenu après la déclaration de faillite, la victime ne peut pas réclamer à la masse le paiement des sommes qui lui sont dues. Cependant, la doctrine considère que si le dommage est survenu avant le jugement de faillite mais qu'un jugement de dédommagement n'a été rendu qu'après le jugement de faillite, la victime peut réclamer paiement des sommes à la masse des créanciers²⁶⁵.

454- De même, le débiteur en faillite ne peut plus ester en justice, sauf, précise l'article 501 C. com. à se porter partie intervenante aux procès suivis par les syndics. On déduit de ce texte qu'il est interdit au débiteur d'ester en justice pour tout ce qui concerne les biens soumis au principe du dessaisissement. De même, il lui est interdit de continuer les actions en cours qui ont été exercées avant le jugement de faillite. Si un jugement a été rendu avant le jugement de faillite, il ne peut être signifié au débiteur²⁶⁶. De même, il n'est pas permis au débiteur d'exercer une voie de recours contre un jugement rendu après le jugement de faillite²⁶⁷.

455- Puisqu'il est interdit au débiteur d'ester en justice pour ce qui concerne ses biens, il doit nécessairement être représenté par une autre personne. Le droit libanais prévoit qu'il revient au syndic d'agir au lieu et place du débiteur. Les actions doivent donc être dirigées contre ce syndic²⁶⁸.

Dans son alinéa 3, l'article 501 du Code libanais décide que le débiteur peut faire tous actes conservatoires de ses droits. En effet, de tels actes conservatoires ne portent pas atteinte aux droits des créanciers. Bien au contraire, ils peuvent leur profiter. C'est la raison pour laquelle il est permis au débiteur d'accomplir des

²⁶⁵ Taha, op. cit., n° 513.

²⁶⁶ Appel Egypte, 17 mars 1934, Droits, Tome 15.9 décidant qu'une signification d'un jugement faite au débiteur déclaré en faillite ne fait pas courir les délais des voies de recours.

²⁶⁷ Cass. Egypte, 12 févr. 1959, Bull. arrêt Cass., S. 10, p. 154 ; Cass. Liban, 10 oct. 1957, Coll. Hatem, Tome 33, p. 24, n° 3 et 13 janv. 1960, Coll. Hatem, Tome 40, p. 22, n° 1, qui rejette le pourvoi en cassation formé par le débiteur sans l'intervention du syndic.

²⁶⁸ Appel Beyrouth, 3 juin 1951, Rev. Av. 1952, p. 50. Cass. Egypte, 19 mars 1959, Bull. arrêt Cass., S. 10, p. 232, énonçant néanmoins que l'absence du syndic dans un litige concernant les biens du débiteur n'est pas une cause d'irrecevabilité de l'action, mais toute décision rendue serait inopposable à la faillite en raison de l'absence du syndic.

actes comme l'interruption de la prescription, faire opposition à un paiement, exercer une saisie conservatoire entre les mains d'un tiers, signifier les jugements rendus en sa faveur²⁶⁹. De même, il peut former appel contre les jugements qui lui sont défavorables jusqu'à ce que le syndic le remplace devant la Cour d'appel²⁷⁰.

Si le principe est d'interdire au débiteur en faillite d'exercer une action en justice, il n'en reste pas moins que le syndic peut intervenir dans les litiges en cours et exercer les actions durant la procédure. Mais le débiteur peut exercer personnellement certaines actions. Il en est ainsi des actions pénales pour des faits dont il serait victime, des litiges concernant ses relations familiales comme le divorce ou la séparation ou encore la pension alimentaire. De même, il peut exercer une action en réparation d'un préjudice moral²⁷¹.

B – Nullité des actes accomplis avant le jugement de faillite

456- Il aurait été plus exact de traiter de la nullité des actes de la période suspecte. La doctrine en Arabie Saoudite se réfère parfois à cette notion²⁷². Cependant, nous avons vu²⁷³ que le droit saoudien ne connaît pas la période suspecte. En tout cas, il ne la régleme pas. Mais la doctrine, non sans éprouver une certaine gêne, pense qu'il est possible d'attaquer les actes accomplis par le débiteur avant le jugement de faillite et semble vouloir s'inspirer sur ce point des législations des autres pays arabes²⁷⁴.

Au Liban, comme en Egypte, on retrouve une réglementation relativement détaillée sur la nullité des actes de la période suspecte. La doctrine distingue d'ailleurs ce que l'on appelle les cas de nullité obligatoire et les cas de nullité facultative.

²⁶⁹ Appel Egypte, 19 mai 1935, Rev. Av. 16.298.

²⁷⁰ Appel Beyrouth, 3 juin 1952, Coll. Hatem, Tome 16, p. 18, n° 2.

²⁷¹ Appel Egypte, 22 avr. 1945, B. 46.88.

²⁷² Karman, op. cit, p. 337.

²⁷³ V. supra, n° .

²⁷⁴ Karman, ibid.

1 – Les cas de nullité obligatoire

- 457-** Le droit libanais et le droit égyptien peuvent décider de la nullité obligatoire de certains actes du moment qu'ils déterminent la période suspecte. Ce n'est pas le cas en droit saoudien, ce qui signifie que nous ne pouvons pas envisager, dans ce droit, d'établir des nullités de plein droit, d'autant qu'aucun texte ne porte sur cette question. Cependant, rien n'empêche les tribunaux saoudiens de s'inspirer des solutions retenues dans les textes libanais et égyptiens et consacrés par la jurisprudence pour décider que de tels actes doivent être annulés.
- 458-** En droit libanais, l'article 507 C. com. décide que sont nuls de droit relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque de la cessation des paiements telle qu'elle a été fixée par le tribunal ou dans les 20 jours qui ont précédé cette époque, les actes que ce texte énumère. Avant de les exposer, il convient d'observer que la nullité suppose que l'acte accompli soit de ceux qui sont énumérés par le texte et qu'il ait été accompli durant la période suspecte ou dans les 20 jours qui avaient précédé sa date. Quant au tribunal saisi de la demande en nullité, il n'aura pas à statuer sur la fraude du débiteur ou sur une éventuelle entente de sa part avec le tiers concerné. Quant aux actes, il s'agit : des donations, des paiements de dettes avant leur échéance, des paiements de dettes effectués autrement que par argent ou par effet de commerce et, enfin, les garanties de dettes antérieures.
- 459-** L'article 507 prévoit donc en premier les actes et aliénations à titre gratuit, à l'exception des dons minimes habituels. Il prévoit aussi les constitutions de wakfs. La formulation générale du texte expose à la nullité tous les actes dans lesquels il y a une intention libérale même s'ils n'ont pas pour effet un paiement en argent. Ainsi, est frappée de nullité la donation d'un bien immobilier ou mobilier ou encore la reconnaissance d'un droit réel sans contrepartie, comme un droit de préemption ou un droit d'usufruit sur un bien dont le débiteur est propriétaire. Peu importe que l'acte de donation soit fait sous la forme d'un contrat de vente. Ici, la théorie de la simulation trouve pleinement application et l'acte sera frappé de nullité de plein droit. Quant à la constitution de wakfs, la jurisprudence égyptienne a considéré qu'elle constitue une donation exposée à la nullité

obligatoire²⁷⁵. On s'est demandé si le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers s'expose à la nullité obligatoire. Il ne le semble pas puisque le bénéficiaire de l'assurance a un droit direct contre l'assureur. Mais la doctrine admet que le syndic peut demander au bénéficiaire de restituer les primes d'assurance que le débiteur avait versées à l'assureur. De même, en cas de mariage, la stipulation d'une dot à la charge du mari au profit de l'épouse ne s'expose pas à la nullité obligatoire²⁷⁶.

460- La deuxième série d'actes prévue à l'article 507 C. com. se rapporte aux « *paiements anticipés, sous quelque forme qu'ils aient été faits* ». L'explication en est qu'il n'est pas raisonnable que le débiteur qui est en état de cessation des paiements ou sur le point de l'être se livre à des paiements pour des dettes non échues et non exigibles. Un tel paiement laisse présumer avec certitude sa volonté de privilégier un créancier au détriment des autres créanciers. Il s'expose à une nullité obligatoire.

461- En troisième lieu, sont frappés de nullité obligatoire « *les paiements de dettes pécuniaires échues effectués autrement qu'en espèces, lettres de change, billets à ordre, mandats de virement et d'une façon générale toute dation en paiement* ». En principe, le paiement des dettes échues et exigibles ne devrait pas prêter à discussion si ce paiement est fait en argent ou par la création d'un effet de commerce ou encore par virement. Cependant, les paiements qui sont faits autrement s'exposent à la nullité. Ainsi, est frappé de nullité obligatoire le paiement d'une dette en procédant à la vente d'un bien : le débiteur qui vend un bien à son créancier pour parvenir à la compensation entre ce bien et la somme qu'il doit constitue un acte frappé de nullité²⁷⁷.

²⁷⁵ Appel mixte Egypte, 12 janv. 1933, D. 45.126 et 12 déc. 1935, B. 48.85.

²⁷⁶ V. cependant, Appel mixte Egypte 31 mars 1920, B. 32.245, qui a considéré qu'une somme donnée par le débiteur à son fils en vue de son mariage est considérée comme une libéralité qui s'expose à la nullité obligatoire.

²⁷⁷ Juge unique Beyrouth, 25 nov. 1954, Coll. Hatem, Tome 21, p. 27, n° 1.

462- Est frappé de nullité obligatoire « *la constitution d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, d'un gage ou d'antichrèse sur les biens du débiteur pour garantie d'une dette préexistante* ». A nouveau, on présume ici que la constitution d'une garantie pour une dette antérieure laisse présumer la mauvaise foi du débiteur qui cherche à privilégier l'un de ses créanciers au détriment des autres. Cependant, comme l'article 507 ne prévoit que la garantie constituée pour une dette antérieure, la nullité prévue par ce texte ne trouve pas application à la garantie constituée pour une dette qui vient de prendre naissance²⁷⁸ jugeant valable la garantie constituée durant la période suspecte pour une dette née à la même époque²⁷⁹.

Nous ne pouvons pas dire que le droit saoudien doit retenir ces actes tels quels et considérer qu'ils s'exposent à une nullité obligatoire. L'absence de tout texte sur ce point interdit de retenir cette solution mais, les tribunaux saoudiens peuvent s'inspirer de l'esprit et de la raison d'être de cette nullité pour statuer sur les demandes en nullité dont ils seraient saisis et portant sur des actes accomplis avant le jugement d'ouverture.

2 – Les cas de nullité facultative

463- Ces cas sont prévus à l'article 508 du Code libanais de commerce qui est ainsi rédigé : « *Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif de faillite pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements* ».

²⁷⁸ Appel mixte Egypte, 3 janv. 1936, B. 48.297.

²⁷⁹ Appel mixte Egypte, 8 juin 1933, B. 45.318 et 9 mai 1934, B. 46.286, décidant que la garantie d'un compte courant ouvert et qui fonctionne est valable alors que la garantie d'un compte courant après sa clôture s'expose à la nullité obligatoire.

On comprend de ce texte que tous les actes accomplis par le débiteur (sauf ceux qui sont soumis aux nullités de l'article 507) peuvent être déclarés nuls si deux conditions sont réunies :

- en premier, si l'acte est intervenu durant la période suspecte, sans pouvoir prendre en compte les 20 jours qui avaient précédé la date de cessation des paiements et qui est retenue par l'article 507 pour les cas de nullité obligatoire ;

- en second, il faut que celui qui a traité avec le débiteur durant la période suspecte ait été informé de la cessation des paiements de ce débiteur au moment de l'accomplissement de l'acte. Les tribunaux considèrent qu'il ne suffit pas au tiers d'avoir été informé de la situation perturbée du débiteur ; il est nécessaire qu'il ait été informé de la cessation des paiements elle-même²⁸⁰. De même, si le tiers avait connaissance de la cessation des paiements de son cocontractant, il ne sera nul besoin d'établir que ses agissements étaient frauduleux²⁸¹. Il revient au syndic d'apporter la preuve par tous moyens de la connaissance par le tiers de l'état de cessation des paiements²⁸².

Section 2 - Effets de la faillite sur les créanciers

464- Nous avons vu²⁸³ qu'en droit saoudien, le tribunal qui rend le jugement de faillite désigne un de ses membres pour le représenter tandis que les créanciers désignent des représentants parmi eux. Nous avons choisi aussi de nommer le membre du tribunal désigné par le jugement le « *juge-commissaire* ». Voilà les seuls organes de la faillite que le droit saoudien prévoit, en quoi il s'éloigne des

²⁸⁰ En ce sens, Appel Beyrouth, 19 oct. 1956, Coll. Hatem, Tome 51, p. 15, n° 1 ; 7 mars 1963, Coll. Hatem, Tome 51, p. 15, n° 1, qui considère que la connaissance par le tiers de la situation difficile dans laquelle se trouve son cocontractant ne suffit pas pour établir qu'il était informé de l'état de cessation des paiements et considéré nul l'acte accompli.

²⁸¹ Est considéré comme constitutif d'une connaissance suffisante de l'état de cessation des paiements le fait par le cocontractant du débiteur de se faire céder certaines dettes de ce dernier et de supporter leur paiement en vue de retarder la déclaration de faillite : Appel mixte Egypte, 5 juin 1935, B. 47.357.

²⁸² Appel mixte Egypte, 25 mars 1936, B. 48.200.

²⁸³ V. supra, n° 292 et s.

autres législations arabes qui prévoient la désignation d'autres organes, notamment le syndic. Dès que le jugement de faillite est rendu, il produit un premier effet qui est celui de donner lieu à la création de la masse des créanciers. Cependant, ces derniers sont loin de constituer une catégorie homogène. Ils se subdivisent eux-mêmes en plusieurs catégories, comme les créanciers privilégiés ou hypothécaires ou encore les créanciers qui peuvent réclamer la restitution de certains droits ou qui peuvent se prévaloir de droits particuliers à l'égard de la masse et du débiteur.

§ 1 : La masse des créanciers

§ 2 : Les droits des créanciers

§ 1 : La masse des créanciers

465- Le jugement de faillite produit un effet de plein droit qui n'est autre que la formation de la masse des créanciers (A) et la formation de cette masse impose la déclaration des créances (B).

A – La formation de la masse des créanciers

1 – Les modalités de la formation de la masse

466- Nous venons de voir que la formation de la masse est un effet de plein droit du jugement de faillite. Cette masse comprend l'ensemble des créanciers quelle que soit la source ou la nature de leurs créances, créances commerciales ou civiles, pourvu que ces créances aient pris naissance avant le jugement de faillite. Tous les créanciers font partie de la masse, qu'il s'agisse de créanciers chirographaires ou de créanciers privilégiés. Le particularisme des droits de ces

derniers apparaît lors de la réalisation des biens du débiteur. En attendant, ils font partie de la masse. En revanche, les créanciers titulaires de sûretés mobilières ou immobilières n'appartiennent pas à la masse des créanciers puisque leurs prérogatives sont contraires aux droits des autres créanciers. Malgré tout, et comme le prévoit l'article 121 du règlement sur le tribunal de commerce, leurs noms seront mentionnés sur la liste des créanciers (v. aussi dans le même sens, art. 616 du Code libanais de commerce), ce qui peut paraître utile au cas où la réalisation des biens grevés de sûretés ne suffit pas à payer la totalité de leurs créances. Dans ce cas, ils pourront participer aux distributions pour la quote-part restante.

467- L'appartenance des créanciers à la masse est subordonnée à certaines conditions :

- en premier, il est nécessaire que leur créance ait pris naissance avant le jugement d'ouverture de la faillite. Ainsi, pour un contrat, il est nécessaire qu'il ait été conclu avant ce jugement et peu importe que la créance soit ou non fixée dans ce contrat ;

- ensuite, si le droit des créanciers est de nature délictuelle, il est nécessaire que le fait dommageable se soit produit avant le jugement de faillite, même si le jugement qui fixe le montant du dommage doit être rendu après le jugement de faillite ;

- enfin, pour les obligations légales, il faut se référer aux textes qui leur donnent naissance et c'est lui qui permet de déterminer si la créance est antérieure ou postérieure au jugement de faillite.

468- La masse des créanciers a la personnalité juridique distincte de la personnalité des divers créanciers qui la composent. Elle a son propre représentant qui est, en droit saoudien, le représentant des créanciers et dans les autres pays arabes le syndic. Cette personne qu'est la masse bénéficie de droits et peut elle-même devenir débitrice. Ainsi, si le représentant de la masse consent des baux sur les biens débiteurs, les loyers bénéficieront à la masse. Si celle-ci contracte des dettes, les créanciers de cette masse pourront directement la poursuivre. Ces

créanciers de la masse ne sont pas soumis à l'obligation de vérification des créances comme ils ne sont pas soumis au principe de l'arrêt des poursuites individuelles. Les dettes de la masse comprennent les frais occasionnés par la procédure ainsi que les impôts et les taxes sur les biens dont elle est titulaire.

De même, la masse aura à remplir elle-même les obligations qui naissent des contrats qu'elle conclut par l'intermédiaire de son représentant. Elle sera tenue aussi des dettes nées de la continuation de l'activité de l'entreprise déclarée en faillite²⁸⁴. Enfin, la masse est tenue de réparer les dommages que cause son représentant.

2 – L'arrêt des poursuites individuelles

469- Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles n'est pas expressément prévu en droit saoudien. Cependant, la doctrine enseigne que ce principe reçoit application et se réfère sur ce point à l'état du droit au Liban et en Egypte²⁸⁵. Au Liban, l'article 503 C. com énonce que le jugement déclaratif suspend, à l'égard des créanciers chirographaires et des créanciers munis d'un privilège général, les poursuites individuelles qui sont désormais concentrées entre les mains des syndics, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit d'une créance civile ou commerciale. Le droit égyptien consacre le même principe.

Il en résulte que le jugement de faillite interdit aux créanciers antérieurs d'exercer des poursuites individuelles contre le débiteur²⁸⁶.

²⁸⁴ V. Appel Beyrouth, 10 mai 1962, Coll. Hatem, Tome 48, p. 3, n° 1 ; Appel Mont-Liban, 15 juill. 1965, Coll. Hatem, Tome 64, p. 9, n° 8, décidant que si le syndic s'oppose à l'action exercée par le bailleur du fonds de commerce, les loyers qui seront dus par la suite constituent des dettes de la masse.

²⁸⁵ Karman, op. cit., p. 340.

²⁸⁶ Juge unique Beyrouth, 16 janv. 1958, Coll. Hatem, Tome 32, p. 4, n° 3, décidant que si le débiteur a reçu une mise en demeure pour payer les loyers et que le délai d'opposition a expiré avant le jugement de faillite, il doit libérer les lieux et l'ouverture de la faillite du locataire ne prive pas le bailleur du droit de demander paiement des loyers et d'expulsion des lieux loués.

470- La jurisprudence a eu à connaître du problème de l'action oblique exercée par un créancier contre un tiers débiteur du failli. La jurisprudence dominante refuse la possibilité d'exercer cette action oblique. L'article 220 du Code égyptien de commerce énonce que le créancier peut exercer l'action oblique à la condition de supporter lui-même les frais de la procédure et à la condition aussi de faire intervenir le syndic. Cependant, malgré cette disposition expresse, les tribunaux égyptiens refusent d'autoriser le créancier à exercer cette action²⁸⁷. De même, il est interdit au créancier d'exercer une action paulienne après le jugement de faillite²⁸⁸.

471- Cependant, ce principe connaît quelques exceptions et c'est ainsi que le créancier peut exercer des poursuites que la loi sur la faillite elle-même autorise. Ainsi, un créancier peut exercer un recours contre le jugement de faillite comme il peut s'opposer à l'admission de certaines créances. L'article 551 du Code libanais de commerce énonce que tout créancier dont la créance a été vérifiée et portée au bilan est admis à formuler des contredits ou des réclamations. De même, un créancier est autorisé à prendre des mesures conservatoires dans son intérêt et même dans l'intérêt de la masse. Il peut ainsi interrompre une prescription²⁸⁹. Enfin, le principe de l'arrêt des poursuites individuelles ne trouve application qu'aux créanciers chirographaires et aux créanciers qui bénéficient d'un privilège général. Les créanciers titulaires de sûretés particulières et de privilèges spéciaux ne sont pas soumis à ce principe.

3 – Les droits de la masse

472- Le droit saoudien ne prévoit pas un droit particulier de la masse sur les biens du débiteur. Ce n'est pas le cas dans les autres pays arabes. Ainsi, au Liban, l'article 506 C. com. décide que si le failli est propriétaire d'immeubles ou

²⁸⁷ Appel mixte Egypte, 12 févr. 1926, B. 38.213 ; 23 avr. 1935, B. 47.260. V. aussi, Cass. Liban, 26 sept. 1957, Coll. Hatem, Tome 33, p. 37, n° 2, qui autorise néanmoins un créancier à exercer une action qui naît de la faillite en cas de carence du syndic.

²⁸⁸ Cass. Egypte, 29 mars 1951, Rev. Av., 32.594.

²⁸⁹ Cass. Liban, 26 sept. 1957, Coll. Hatem, Tome 33, p. 37, n° 2 ; Appel mixte Egypte, 13 avr. 1926, B. 38.346.

titulaire de droits réels immobiliers, le jugement déclaratif de faillite est assujéti aux règles de publicité applicables aux hypothèques. Il est inscrit à la diligence des syndics et fait naître, à la date de son inscription, une hypothèque forcée au profit de la masse.

L'accomplissement des formalités de publicité est la seule condition de la naissance de l'hypothèque. Celle-ci est donc de plein droit et résulte directement du jugement de faillite. Il apparaît difficile de transposer cette règle en droit saoudien qui reste, comme nous l'avons vu, muet sur ce point.

B – La déclaration des créances

473- Dès que le jugement de faillite est rendu, les créanciers antérieurs ont l'obligation de déclarer leurs créances, en Arabie Saoudite entre les mains du représentant des créanciers et, au Liban et en Egypte, entre les mains du syndic. Le représentant des créanciers ou le syndic établit un bordereau avec les pièces justificatives remises par les créanciers. Les articles 116 et 117 du règlement saoudien sur le tribunal de commerce prévoient les cas d'un créancier qui ne déclare pas sa créance dans les délais impartis dans le jugement de faillite. Ils prévoient que ce créancier peut s'adresser au représentant des créanciers et au juge-commissaire pour l'autoriser à déclarer sa créance. Au cas où celle-ci n'a pas été admise par le représentant des créanciers et par le juge-commissaire, il peut s'adresser au tribunal pour qu'il soit relevé de la forclusion. De même, le créancier qui était absent durant le délai de déclaration peut s'adresser au tribunal pour le relever aussi de sa forclusion. Mais, dans tous les cas, il revient au représentant des créanciers de vérifier la créance sous le contrôle du juge-commissaire. Deux points méritent ici d'être examinés : l'arrêt du cours des intérêts et la déchéance des termes.

1 – L'arrêt du cours des intérêts

474- Le texte saoudien ne prévoit pas cette question, mais, sur ce point aussi, la doctrine pense qu'il est permis de s'inspirer des droits des autres pays arabes qui consacrent cette règle. En effet, l'article 504 du Code libanais de commerce prévoit que le jugement déclaratif arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts des créances non garanties par un privilège, un gage ou une hypothèque. Il ajoute que les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant de la réalisation des biens affectés à la sûreté.

Cette règle de l'arrêt du cours des intérêts est destinée à permettre de fixer d'une manière définitive le passif du débiteur et d'assurer l'égalité entre les créanciers afin que certains d'entre eux ne puissent pas profiter des intérêts initialement prévus alors que d'autres en seraient privés. Il n'en reste pas moins que l'arrêt du cours des intérêts ne trouve application qu'à l'égard de la masse elle-même, mais il continue à courir contre le débiteur. Pour cette raison, il devient possible de réclamer ces intérêts au débiteur après la clôture de la faillite ou si l'actif est supérieur aux créances admises²⁹⁰. En Egypte, la jurisprudence considère que la règle de l'arrêt du cours des intérêts trouve application aux intérêts conventionnels seulement et non aux intérêts légaux²⁹¹.

2 – La déchéance des termes

475- Le terme dont bénéficie le débiteur repose sur la confiance que son créancier met en sa solvabilité. La déclaration de faillite a pour conséquence de faire perdre cette confiance et c'est la raison pour laquelle il y a une déchéance des termes qui affecte les créances. Le droit saoudien ne prévoit pas expressément cette déchéance des termes. Mais, on déduit de l'article 111 du règlement sur le tribunal de commerce qui impose aux créanciers de déclarer leurs créances dans le

²⁹⁰ Cass. Liban, 11 oct. 1962, Coll. Hatem, Tome 51, p. 20, n° 8.

²⁹¹ Appel mixte Egypte, 29 janv. 1924, B. 36.185.

délai prévu par le jugement que celui-ci emporte déchéance des termes²⁹². Mais, la doctrine saoudienne continue à s'interroger sur les créances qui sont soumises au principe de la déchéance des termes et, selon l'opinion générale, ce principe trouve application à toutes les créances, quelle qu'en soit la cause ou la nature.

La règle est expressément prévue dans le Code libanais de commerce dont l'article 505 énonce : « *Le jugement déclaratif entraîne à l'égard du failli, mais non de ses coobligés, la déchéance du terme, même au profit de ses créanciers qui possèdent une sûreté* ».

§ 2 : Les droits des créanciers

476- Les droits des créanciers dans la masse seront examinés dans l'étude de la clôture de la faillite²⁹³. Ici, nous examinerons trois cas de figure : celui de la pluralité de débiteur, celui des créanciers protégés et, enfin, les droits des créanciers sur les contrats en cours.

A – Le cas de la pluralité de débiteur

477- Il est fréquent en matière commerciale que plusieurs débiteurs soient tenus de la même dette. Il en est, par exemple, ainsi au cas où une caution s'est portée garante du débiteur ainsi que de débiteurs solidaires. Il en est de même des associés dans les sociétés en commandite ainsi que des signataires d'un effet de commerce. En matière commerciale, la solidarité est présumée. Si l'un des débiteurs est déclaré en faillite, la question se pose de la situation des autres débiteurs. Nous distinguerons le cas de la faillite de l'un des débiteurs solidaires et celui de la faillite de tous les débiteurs solidaires.

²⁹² Karman, op. cit., p. 341.

²⁹³ V. infra, chapitre 2.

1 – Faillite de l'un des débiteurs solidaires

478- La règle ici est que la faillite de l'un des débiteurs n'a aucune incidence sur les obligations des autres débiteurs²⁹⁴.

Il résulte de cette règle que :

- en cas de déchéance du terme pour le débiteur déclaré en faillite, cette déchéance ne rejaillit pas sur les codébiteurs. Ainsi, au Liban, l'article 505 C. com. prend bien soin de préciser que le jugement déclaratif entraîne à l'égard du failli, mais non de ses coobligés, la déchéance du terme ;

- l'arrêt des intérêts à l'égard du débiteur déclaré en faillite ne s'applique pas aux coobligés ;

- en cas de concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli.

Par dérogation à cette règle, on prévoit que la faillite de la société en nom collectif et de la société en commandite entraîne la faillite de tous les associés.

2 – La faillite de tous les codébiteurs

479- En cas de faillite de tous les codébiteurs, on se demande dans quelle faillite et pour quel montant le créancier doit déclarer sa créance. Une distinction est faite ici selon que la faillite des codébiteurs a été déclarée avant que le créancier ait reçu paiement d'une partie de sa créance et le cas où la faillite a été déclarée après que le créancier ait reçu paiement d'une partie de sa créance.

²⁹⁴ Appel Beyrouth, 30 mars 1954, Coll. Hatem, Tome 19, p. 12, n° 4, qui retient que le créancier peut poursuivre la caution du débiteur déclaré en faillite et la possibilité pour la caution de déclarer sa créance dans la faillite pour les sommes qu'il a été amenées à déboursier.

Dans le premier cas, celui de la déclaration de faillite de tous les débiteurs avant que le créancier ait reçu paiement d'une partie de sa créance, la règle est que le créancier déclarera sa créance dans toutes les faillites et participera aux distributions dans toutes les masses jusqu'à parfait paiement. La doctrine considère que si les faillites de tous les débiteurs coobligés n'ont pas été déclarées en même temps mais successivement, le créancier pourra déclarer sa créance dans toutes les masses dès qu'elles sont formées.

Au cas où le créancier a reçu paiement d'une partie de sa créance avant la déclaration de faillite des coobligés, la situation du créancier est envisagée par l'article 605 du Code libanais de commerce : *« Si le créancier porteur d'engagements solidaires envers le failli et d'autres coobligés a reçu, avant la faillite, un acompte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet acompte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligés ou la caution ».*

B – Les créanciers protégés

480- Le législateur réserve des règles spéciales aux créanciers titulaires de garanties que l'on considère comme des créanciers protégés.

Il en est ainsi des créanciers titulaires de sûretés réelles sur un bien du débiteur. Il convient de rappeler que ces créanciers n'appartiennent pas à la masse, sauf pour les sommes que le créancier n'a pas pu recouvrer à la suite de la réalisation de la sûreté. De même, ces créanciers ne sont pas soumis au principe de l'arrêt des poursuites individuelles. L'article 121 du règlement sur le tribunal de commerce décide que le créancier peut réaliser sa sûreté en faisant procéder à la vente du bien grevé et le créancier sera immédiatement payé de sa créance. Si le prix de vente du bien dépasse le montant de la créance, la différence sera comptabilisée dans l'actif de la faillite. Si le prix ne suffit pas à désintéresser le créancier, celui-ci déclarera le reste de sa créance dans la faillite.

481- L'article 119 du même règlement envisage le cas des loyers d'habitation et des fonds de commerce ainsi que les salaires et la dot de l'épouse. Toutes ces créances sont considérées comme des créances privilégiées. Elles seront payées en priorité lors de la distribution de l'actif de la faillite jusqu'à ce que ces créanciers recouvrent la totalité de leurs créances.

Enfin, l'article 120 du règlement prévoit le cas de la faillite d'un commerçant qui était dépositaire de certains biens appartenant à des tiers. Le texte prévoit que les propriétaires de ces biens pourront les revendiquer entre les mains du juge-commissaire et du représentant des créanciers. L'article 120 énonce que le bien qui se trouve entre les mains du débiteur en faillite et sur lequel est inscrit le nom de son propriétaire lui sera remis en nature. Si ces conditions de forme ne sont pas réunies, la revendication ne pourra pas aboutir et le créancier sera dans l'obligation de déclarer sa créance.

C – Les contrats en cours

482- Comme le droit français, le droit saoudien et les droits des autres pays arabes se sont trouvés confrontés au problème suscité par les contrats qui avaient été conclus par le débiteur en faillite avec des tiers soit avant la date de cessation des paiements, soit au cours de la durée de cessation des paiements mais sans qu'ils soient atteints de nullité, et qui se trouvent en cours lorsque le jugement de faillite a été rendu.

En règle générale, ces contrats doivent recevoir exécution. Cependant, comme le débiteur cocontractant est dessaisi de ses droits et de ses biens, il ne peut plus assurer lui-même l'exécution du contrat, ce qui doit permettre à son cocontractant de demander la résolution de ce contrat. Cependant, le contrat peut être bénéfique pour la masse des créanciers et c'est la raison pour laquelle il faudrait laisser aux organes de la faillite la possibilité de maintenir le contrat et d'en assurer l'exécution.

483- Le simple fait que l'un des cocontractants ait été déclaré en faillite n'emporte pas, par lui-même, résolution de plein droit du contrat en cours²⁹⁵. La seule difficulté tient à l'exécution du contrat et, comme nous venons de le voir, la déclaration de faillite ne signifie pas que le contrat ne puisse plus jamais être exécuté. En tout cas, si les organes de la faillite n'exécutent pas le contrat, le cocontractant pourra alors refuser d'exécuter ses propres engagements comme il peut demander en justice la résolution du contrat.

484- Certains contrats doivent, dans tous les cas, prendre fin en cas de faillite de l'un des cocontractants. Il en est ainsi du contrat de société en commandite ou en nom collectif au cas où l'un des associés est déclaré en faillite. Il en est de même du mandat et du compte courant, la faillite de l'un des cocontractants devant nécessairement mettre fin à l'exécution de ce contrat.

En cas de résolution, le cocontractant peut obtenir réparation du préjudice que cette résolution lui fait subir²⁹⁶. Mais si la masse a intérêt à ce que le contrat se maintienne, il reviendra alors au juge-commissaire et, dans les autres pays arabes, au syndic d'éviter la résolution judiciaire éventuellement demandée par le cocontractant et s'engager à exécuter le contrat²⁹⁷. Bien entendu, en cas de continuation du contrat, les obligations qui auraient incombé au débiteur en faillite sont désormais à la charge à la masse des créanciers.

²⁹⁵ Juge unique Beyrouth, 21 avr. 1955, Coll. Hatem, Tome 24, p. 21, n° 2, à propos d'un contrat de location.

²⁹⁶ Appel mixte Egypte, 27 déc. 1899, B. 12.53 ; 7 nov. 1934, B. 47.13.

²⁹⁷ Appel Mont-Liban, 15 juill. 1965, Coll. Hatem, Tome 64, p. 9, n° 8, faisant droit à la demande du syndic de continuer l'exécution du bail qui avait été consenti au débiteur. Dans le même sens, Juge unique Beyrouth, 21 avr. 1955, Coll. Hatem, Tome 24 p. 21, n° 2.

Chapitre 2 – La clôture de la faillite

485- Une fois les créances vérifiées par le représentant des créanciers sous la supervision du juge-commissaire, apparaît la situation économique exacte du débiteur, ce qui permettra aux créanciers de prendre la mesure qui répond le mieux à leurs intérêts. Le règlement sur le tribunal de commerce leur donne le choix entre deux solutions : le concordat judiciaire ou la liquidation pure et simple des biens du débiteur. Ces solutions sont retenues par les articles 122 et 125 du règlement.

Ces mêmes solutions se retrouvent dans les autres droits des pays arabes qui organisent néanmoins d'autres procédures. A défaut de texte, elles ne peuvent pas être retenus en droit saoudien.

Section 1 - Le concordat judiciaire

486- Le concordat judiciaire qui est surnommé en droit libanais et en droit égyptien le concordat simple, s'analyse en un contrat conclu entre le débiteur en faillite et la masse des créanciers et qui doit être soumis à l'homologation judiciaire. Ce concordat permet au débiteur de reprendre l'administration et la disposition de ses biens à la condition d'exécuter les engagements qu'il a pris dans le concordat. Nous examinerons successivement :

§ 1 : La formation du concordat judiciaire

§ 2 : Le régime du concordat judiciaire

§ 1 : La formation du concordat judiciaire

487- La formation du concordat est soumise à des conditions. Il ne devient exécutoire qu'à la suite de son homologation judiciaire.

A – Les conditions de conclusion du concordat judiciaire

488- Certaines conditions sont relatives au débiteur et d'autres aux créanciers. Leur entente permettra de déterminer le contenu du concordat.

1 – Les conditions relatives aux débiteurs

489- La conclusion du concordat suppose que les créanciers puissent avoir confiance dans les engagements pris par le débiteur. Pour cette raison, on évite de conclure un concordat judiciaire au cas où la faillite prononcée présente une nature frauduleuse.

Le droit saoudien n'impose pas formellement cette condition. Mais, la pratique semble bien la retenir²⁹⁸. Le droit libanais consacre formellement cette solution. L'article 563 C. com. énonce clairement que si le failli a été condamné comme banqueroutier frauduleux, le concordat ne pourra être formé.

2 – L'accord des créanciers

490- Les articles 125 et 129 du règlement sur le tribunal de commerce distingue deux cas de figure : celui où tous les créanciers donnent leur accord sur la conclusion d'un concordat et celui où certains seulement d'entre eux donnent cet accord.

²⁹⁸ V. Karman, p. 348.

L'article 125 prévoit que si tous les créanciers ont décidé de conclure un concordat avec le débiteur, un procès-verbal sera établi détaillant l'accord intervenu. Il précise si cet accord porte sur le paiement d'une somme d'argent déterminée accompagnée d'une remise des dettes restantes ou s'il porte sur un paiement immédiat partiel et un paiement à terme des sommes restantes. Dans ce dernier cas, le procès-verbal doit préciser les termes convenus entre les parties. Quant à l'article 129, il précise que si une partie seulement des créanciers est d'accord sur la conclusion d'un concordat alors que l'autre partie s'y oppose, le concordat pourra être conclu tout en consignation des sommes revenant aux créanciers opposants mais sans que l'on sache jusqu'à présent sur quoi concrètement porte cette consignation. L'article 126 ajoute que le procès-verbal doit être établi en trois exemplaires datés et signés, un exemplaire étant remis au représentant des créanciers, l'autre au débiteur failli et la troisième au greffe du tribunal.

3 – Le contenu du concordat

491- Il résulte de l'article 125 du règlement que le débiteur et ses créanciers peuvent s'entendre sur l'une des solutions suivantes :

- que le débiteur leur paye une somme d'argent déterminée et que ses créanciers consentent la remise de dettes pour le reste. Il est possible que le débiteur s'engage à remettre à ses créanciers tous ses biens présents en contrepartie de la remise de dettes pour le reste ;

- que le débiteur s'engage au complet paiement des dettes en payant une partie dans l'immédiat et le reste à des échéances déterminées.

La doctrine considère qu'il est possible que l'accord porte sur les deux solutions qui précèdent : les créanciers acceptent de remettre partie des dettes en contrepartie de l'engagement du débiteur de payer le reste, en partie immédiatement et le reste à des échéances déterminées.

B – L’homologation judiciaire

492- Le concordat s’analyse en un contrat conclu entre le débiteur et ses créanciers par lequel le premier s’engage à en exécuter les termes. Mais, en raison de son importance eu égard au caractère d’ordre public des règles sur la faillite, le règlement sur le tribunal de commerce a imposé la nécessité de soumettre le concordat à l’homologation judiciaire. L’article 125 du règlement l’impose et subordonne l’exécution du concordat à cette homologation. La demande est présentée au tribunal par tout intéressé, le débiteur, les créanciers ou l’un d’eux. Rien ne s’oppose à ce que la demande soit formée par le représentant des créanciers, voire par le juge-commissaire.

Le tribunal saisi vérifie que toutes les conditions de la conclusion du concordat sont réunies et qu’il présente un caractère sérieux, en ce sens, notamment, que le débiteur a les moyens d’exécuter les engagements qu’il a pris. Là s’arrête le contrôle exercé par le tribunal lequel n’a pas pouvoir de modifier les conditions prévues par les parties. En effet, le tribunal n’est pas partie au concordat et sa seule mission est de décider s’il doit ou non être homologué. Qui plus est, l’homologation n’est pas considérée comme une condition de la conclusion du concordat, mais seulement comme une condition de son exécution²⁹⁹.

§ 2 : Le régime du concordat judiciaire

Le concordat judiciaire produit des effets. Il peut aussi prendre fin.

²⁹⁹ En ce sens, Karman, p. 348 ; Le droit libanais et le droit égyptien se prononcent dans le même sens : Appel mixte Egypte, 11 mars 1936, B. 48.176 ; 8 déc. 1915, B. 28.53 ; 9 mai 1934, B. 46.284.

A – Les effets du concordat judiciaire

Le concordat produit des effets à l'égard du débiteur et met fin à la procédure collective.

1 – Effets à l'égard du débiteur

493- Le concordat judiciaire a pour effet de mettre fin à la situation de faillite et aux effets qui lui sont attachés. L'article 127 du règlement décide qu'après l'homologation du concordat, les documents et les livres de commerce appartenant au débiteur lui seront rendus et procès-verbal de cette restitution sera dressé.

Le dessaisissement prend fin, mais sans effet rétroactif. Il s'ensuit que les actes qui auraient été accomplis par le représentant des créanciers ou le juge-commissaire (et dans les autres pays, par le syndic), dans les limites de leur compétence, seraient obligatoires pour le débiteur qui était en faillite. Ce débiteur poursuivra les actions en justice qui étaient pendantes avant l'homologation.

En droit libanais, le débiteur ne recouvre pas immédiatement sa liberté d'action puisque l'article 575 C. com. décide que tant que le dividende concordataire ne sera pas intégralement payé, le débiteur ne pourra faire aucun acte de disposition anormal et non exigé par l'exercice de l'activité commerciale. En somme, la liberté du débiteur est liée tant que les engagements pris dans le concordat ne sont pas définitivement exécutés.

2 – Effets à l'égard de la procédure collective

494- Le concordat homologué met fin à la procédure collective elle-même. L'article 127 précité du règlement sur le tribunal de commerce décide qu'une fois que le juge-commissaire et le représentant des créanciers auront rédigé le procès-verbal de remise au débiteur des documents et de ses livres de commerce, leur mission prend fin et le tribunal opère mainlevée de la saisie des biens du débiteur. De même, le tribunal qui avait ouvert la faillite n'a aucune compétence en la matière et les litiges qui prendraient naissance relèvent de la compétence ordinaire des tribunaux selon les règles de compétence de droit commun. Le même article 127 décide que si une action est dirigée contre le débiteur, elle sera de la compétence du tribunal de commerce.

De même, le concordat a pour effet la disparition de la masse des créanciers et des droits dont elle pouvait se prévaloir³⁰⁰. Le principe de la suspension des poursuites individuelles ne trouve plus application et chaque créancier retrouve son droit de poursuivre le débiteur³⁰¹. Les créanciers qui ont participé au concordat peuvent exercer une action contre le débiteur, mais limitée aux obligations comprises dans le concordat³⁰².

B – La fin du concordat judiciaire

495- Le règlement sur le tribunal de commerce ne prévoit pas les événements qui peuvent mettre fin au concordat judiciaire. Il n'en est pas de même dans les législations des autres pays. La doctrine en Arabie Saoudite considère que les solutions retenues par ces législations peuvent être transposées en droit saoudien³⁰³.

³⁰⁰ Cass. Liban, 6 août 1964, Coll. Hatem, Tome 56, p. 28, n° 6.

³⁰¹ Trib. 1^{re} Instance Beyrouth, 14 juill. 1949, Coll. Hatem, Tome 4, p. 23, n° 2.

³⁰² Cass. mixte Egypte, 17 juin 1914, B. 26.445.

³⁰³ Karman, op. cit., p. 353.

Le concordat judiciaire est soumis aux règles sur la nullité ou la résolution des contrats. Même homologué par un tribunal, le concordat garde sa nature contractuelle. Cependant, le droit libanais réglemente d'une manière restrictive la nullité du concordat. L'article 576 C. com. décide qu'aucune action en nullité du concordat ne sera recevable après l'homologation que pour cause de dol découvert depuis cette homologation et résultant soit de la dissimulation de l'actif, soit de l'exagération du passif.

- 496- De même, le concordat judiciaire peut être résolu. C'est ainsi que l'article 578 du Code libanais de commerce décide qu'en cas d'inexécution par le failli des conditions de son concordat, la résolution de ce traité pourra être poursuivie contre lui devant le tribunal, en présence des cautions s'il en existe.

Si le concordat est annulé ou résolu, la faillite du débiteur sera rouverte. Le dessaisissement se produira et la masse des créanciers se reformera. Il ne sera plus permis aux créanciers d'exercer des poursuites individuelles. De même, le tribunal désignera un juge-commissaire et un syndic qui auront les mêmes pouvoirs que dans la précédente faillite.

- 497- La nullité ou la résolution du concordat judiciaire a un effet rétroactif sauf en ce qui concerne les actes qui auraient été accomplis par le débiteur entre l'homologation du concordat et son annulation ou sa résolution. L'article 582 du Code libanais décide que « *les actes faits par le failli postérieurement au jugement d'homologation et antérieurement à l'annulation ou à la résolution du concordat ne seront annulés qu'en cas de fraude aux droits des créanciers* ». La rétroactivité de l'annulation ou de la résolution signifie que les créanciers antérieurs au concordat retrouveront l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli seulement, mais ils ne pourront figurer dans la masse que pour les créances ou les quotes-parts de créance restées impayées.

Section 2 -

La liquidation des biens du débiteur

498- Si le débiteur ne conclut pas un concordat avec ses créanciers, il ne restera plus qu'à liquider ses biens afin d'en distribuer le prix entre les créanciers, après déduction des frais et des taxes. Si les biens du débiteur ne suffisent pas à désintéresser entièrement les créanciers, ces derniers seront payés proportionnellement à leurs créances. L'article 122 du règlement sur le tribunal de commerce consacre cette règle puisqu'il énonce qu'après accomplissement des formalités relatives à la réunion des biens du débiteur et à leur réalisation, la valeur des biens réalisés et des créances recouvrées sera distribuée entre les créanciers proportionnellement à leurs créances. En droit libanais et en droit égyptien, les créanciers sont constitués en une union. L'article 584 C. com. est ainsi rédigé : « *S'il n'intervient point de concordat, les créanciers seront de plein droit en état d'union* ». Le droit libanais rejoint ainsi le droit saoudien en ce sens que la constitution de l'union signifie que les créanciers seront en situation de force par rapport au débiteur à l'égard duquel tout espoir est perdu et qui ne mérite aucune mesure de faveur³⁰⁴.

L'article 124 du règlement saoudien décide que si l'un des créanciers persiste à refuser la part lui revenant, celle-ci sera consignée auprès du tribunal jusqu'à ce qu'il la réclame, lui-même ou ses héritiers en cas de décès.

499- Après distribution des biens du débiteur, la situation de faillite et ses conséquences prennent fin. Il en est ainsi du dessaisissement du débiteur. De même, le juge-commissaire et les représentants des créanciers voient leur mission prendre fin. L'article 127 du règlement saoudien décide que les documents et les livres de commerce seront restitués au débiteur ainsi que tous les autres documents relatifs à la faillite. Le juge-commissaire et les représentants des créanciers dresseront procès-verbal en ce sens. Comme c'est le cas dans un

³⁰⁴ V. en ce sens Taha, op. cit., p. 565.

concordat, la compétence du tribunal prend elle aussi fin pour statuer sur les litiges relatifs à la faillite. Ces derniers sont de la compétence des tribunaux telle que cette compétence est précisée en droit commun. Le même article 127 du règlement sur le tribunal de commerce précise que si une action est exercée contre le débiteur ou en cas d'opposition relativement à la faillite, compétence est donnée au tribunal de commerce.

Si la valeur des biens du débiteur ne suffit pas à désintéresser les créanciers entièrement, le débiteur ne sera pas libéré. Ses créanciers pourront exercer à son encontre des actions en paiement des sommes restant dues. L'article 130 du règlement sur le tribunal de commerce prévoit que les créanciers peuvent exercer des poursuites contre le débiteur à tout moment dès qu'ils prennent connaissance que des biens se trouvent entre ses mains. L'article 131 précise que la prescription en la matière est de 15 ans commençant à courir à la fin de la faillite.

Conclusion du titre 2 et de la troisième partie

500- Le déroulement de la procédure en droit saoudien se caractérise par la simplicité. Ce droit ne connaît qu'une seule procédure collective, la faillite, dans laquelle, tout au plus, on distingue selon qu'elle est réelle, par négligence ou frauduleuse. Les trois sortes de faillites sont réprimées pénalement par le législateur : des poursuites pénales sont dirigées contre le débiteur et son emprisonnement, présenté comme une mesure conservatoire de la faillite, est ordonné. Le débiteur perd ses droits politiques et civiques avec des mesures vexatoires pour lui, notamment par l'affichage public du jugement. Le tribunal peut lever quelques unes de ces sanctions, notamment en décidant la libération du débiteur, même si les tribunaux se montrent très sévères en cas de faillite frauduleuse. Le dessaisissement du débiteur est un effet de plein droit du jugement et intervient dès la date de celui-ci. Il a un effet très étendu. Quant aux actes accomplis par le débiteur avant le jugement de faillite, ils peuvent s'exposer à la nullité alors même que le droit saoudien ne connaît pas vraiment la notion de période suspecte et, tout au moins, n'en fixe pas la durée. Les créanciers sont réunis en une masse. Ils sont soumis à l'arrêt des poursuites individuelles et doivent déclarer leurs créances afin que l'égalité entre eux soit assurée. Le droit saoudien réserve une place particulière aux créanciers munis de sûretés. Le seul espoir pour le débiteur est que la faillite soit clôturée par la formation d'un concordat, sinon l'entreprise sera liquidée sans pour autant que les créanciers perdent définitivement leurs droits puisqu'ils peuvent continuer à exercer des poursuites pour la quote-part restée impayée de leur créance.

501- On prend ainsi la mesure de la différence de philosophie et de conception face aux difficultés de l'entreprise entre les deux droits. Le droit français privilégie cette dernière. Il veut que confiance soit faite au débiteur afin qu'il continue l'activité même s'il doit être assisté ou, parfois, remplacé par tel ou tel autre organe de la procédure. Mais, dans tous les cas, ce ne sont pas les créanciers qui constituent la préoccupation principale du législateur – sauf, exceptionnellement, pour certains d'entre eux, en particulier les salariés. Le

contrôle du juge s'exerce dans les deux droits, mais, en droit saoudien, ce contrôle a pour objet d'assurer la protection des créanciers, ce qui n'est pas le cas en droit français, sauf dans la procédure de liquidation. Dans cette hypothèse, l'intérêt des créanciers devient la préoccupation centrale du législateur, même si le droit français donne au tribunal la possibilité de décider une cession, ne serait-ce que partielle, de l'entreprise dans l'espoir que cette cession permette une reprise de l'activité avec d'autres dirigeants. En droit saoudien, seule la clôture de la faillite par un concordat judiciaire exécuté par le débiteur permet à celui-ci de reprendre son activité.

Conclusion générale

502- L'étude des problèmes de base du droit des entreprises en difficulté passe par l'exposé des règles de droit positif en France et en Arabie Saoudite. Cet exposé a permis de démontrer que, dans les deux pays, les problèmes se posent en des termes analogues : la recherche d'une solution non contentieuse subordonnée à l'accord du débiteur avec ses créanciers ou ses principaux créanciers ; si cette solution échoue ou ne paraît pas réalisable, il faudra ouvrir une procédure collective. Dans les deux pays, on considère que le procédé choisi doit être mis en place sous le contrôle du pouvoir étatique représenté par l'autorité judiciaire. De nombreux intérêts sont en cause pour laisser le traitement de l'entreprise en difficulté en dehors du contrôle de l'Etat : les intérêts du marché économique qui imposent son assainissement en tentant de redresser la situation de l'entreprise et, si ce programme n'aboutit pas, en écartant l'entreprise défailante du marché ; les intérêts des tiers, parmi lesquels figurent, en particulier, les créanciers et les salariés. Les tiers doivent pouvoir compter sur la solvabilité de celui avec qui ils traitent afin que sa défaillance ne les mette pas eux-mêmes en danger ; les salariés qui sont exposés à la perte de leur emploi au cas où l'entreprise ne peut plus faire face à ses engagements. La jurisprudence française ne s'est pas trompée en considérant, dès le XIX^{ème} siècle, que les lois sur les entreprises en difficulté sont des lois de police au sens de l'article 3 du Code civil et en a déduit une compétence internationale particulièrement large des tribunaux français en la matière. L'intérêt étatique justifie le rôle de plus en plus important en droit français du ministère public ainsi que l'élargissement des personnes soumises au droit des entreprises en difficulté, ce que le droit saoudien n'a pas trouvé opportun de retenir : le ministère public n'intervient pas et seuls les commerçants sont soumis à ce droit.

503- Ces particularité du droit saoudien, à première vue modestes, sont révélatrices de sa principale caractéristique : pour lui, le droit des entreprises en difficulté est entièrement voué au service des créanciers : leur représentant est le seul organe de la procédure à côté du tribunal qui désigne le juge-commissaire ;

en cas de conciliation amiable ou de règlement préventif de la faillite, c'est le débiteur qui doit s'entendre avec ses créanciers et si le tribunal intervient pour superviser, voire encourager la conciliation ou le règlement, c'est au débiteur d'assumer seul les engagements qu'il prend vis-à-vis de ses créanciers et, au cas où il n'exécute pas ses engagements, sa faillite sera prononcée, ses biens seront saisis, son emprisonnement sera ordonné. Même une règle comme celle de l'arrêt des poursuites individuelles est destinée non à protéger l'entreprise, mais à assurer l'égalité entre les créanciers chirographaires, ceux qui sont titulaires de sûretés étant les premiers à bénéficier de la réalisation des biens du débiteur.

504- La préoccupation du droit français est d'une autre nature. Elle consiste avant tout à sauver l'entreprise. Un système d'alerte est mis en place pour détecter les difficultés auxquelles l'entreprise est exposée. Des aides publiques lui sont octroyées. Un mandat *ad hoc*, une intervention des pouvoirs publics ou encore une procédure de conciliation sont mis en place et, dans tous ces remèdes envisagés, c'est avant tout l'entreprise que l'on cherche à sauver, parfois au détriment de ses créanciers. La procédure collective est mise en place si ces remèdes se révèlent non envisageables ou insuffisants. Le droit français en prévoit trois et, sur ces trois, deux, la sauvegarde et le redressement judiciaire, sont destinées encore à sauver l'entreprise. Sa liquidation, qui correspond à la faillite du droit saoudien même si la réglementation de ces deux procédures est différente, ne sera envisagée que s'il ne reste aucun espoir.

505- L'objectif est en lui-même louable. Encore faut-il, d'abord qu'il puisse être atteint. Souvent, il ne paraît pas possible de sauver à la fois l'entreprise et les emplois et la survie de la première se fait au prix de licenciements. Ensuite, la coexistence de tant de procédures risque de devenir problématique, d'autant que certaines d'entre elles se dédoublent, sinon se chevauchent, comme c'est le cas de la sauvegarde accélérée, à cheval sur la conciliation et sur la sauvegarde. Quant à la distinction entre la procédure de sauvegarde et celle du redressement judiciaire, elle repose sans doute sur un critère objectif – celui de l'existence ou non d'une cessation des paiements. Cette situation justifie une organisation différente des pouvoirs du débiteur – un débiteur qui continue à gérer lui-même l'entreprise dans la sauvegarde et qui voit ses pouvoirs de plus en plus limités dans le redressement

judiciaire. Le législateur doit alors définir avec précision la nature des actes que le débiteur peut accomplir dans l'une et l'autre procédures ainsi que le régime de ces actes. Des distinctions sont faites avec toujours l'obligation de trouver un équilibre : un équilibre entre les droits des créanciers et les intérêts de l'entreprise ; un équilibre entre les exigences du droit des contrats et ceux de l'entreprise en difficulté ... La recherche de ces équilibres rend la réglementation de plus en plus complexe, donnant lieu à un contentieux abondant qui expose l'entreprise à des dépenses souvent substantielles alors qu'elle se trouve déjà dans une situation fragile. Le législateur se trouve dans l'obligation d'intervenir de plus en plus fréquemment tantôt pour corriger, tantôt pour compléter, mais sans jamais, semble-t-il, trouver l'équilibre nécessaire.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

Ali A.S., Les règles sur la liquidation des sociétés dans le Fiqh et le règlement, Djeddah, 1417 H., p. 23

Babli H., Etude de droit commercial saoudien, p. 134

Babli H. Précis de droit commercial saoudien, p. 119 ;

Baroudi A., Droit commercial, Ed. de l'université Beyrouth, 1985, p. 142

Besnard-Goudet, note sous Com., 1^{er} févr. 2000, RJDA 2000, n° 553 ; JCP E 2000, n° 48, p. 1909

Boustani Said Youssef, Les règles de la faillite et de la conciliation préventive dans les législations arabes, Ed. Halabi, Beyrouth 2007

Bukhari, Kitab al Adab, p. 1066, n° 6114

Cabrillac M., « *L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur* », Mélanges A. Honorat, Ed. Frison-Roche, p. 81

Calendini J.-M., obs. sous Com., 17 juill. 1990 et 23 juill. 1990, Rev. proc. coll. 1991.202

Chaput, obs. sous Com. 20 juin 1995, D.R. Sociétés 1995, n° 162

Charif Nayef Ben Soltan Al, Droit commercial, éd. 1428,

Cherif N.B.S., Droit commercial 1428 H. p. 107

Courtier, note sous Com. 26 mai 1999, LPA, 4 janv. 2000, p. 20

Darakteni Ali Ben Omar, Dar al Mahasen, 1386 H.

Dardir, A.B., Explications des enseignements de l'école malékite, Dar al Maref, Egypte, 1393 H.

- Deleneuve, obs. sous Aix-en-Provence, 19 nov. 1998, Rev. proc. coll. 2000.49
- Deleneuve, obs. sous Com. 22 juin 1999, Rev. proc. coll. 2000.45,
- Deleneuve, obs. sous Rev. proc. coll. 2000.46
- Delmotte Ph., « *Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Pan. De jurisprudence 1998-2006* », RJDA 6/06, p. 539
- Demeyre D., « *Le maintien par l'ordonnance du 18 décembre 2008 du dispositif de l'extension de procédure dans la sauvegarde pour quoi faire ?* », D. 2009.2297
- Derrida, obs. sous 9 avril 1991, D. 1992. Somm. 3
- Desserteaux et Percerou, Traité des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, 2^e éd., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, n° 8
- Didier, obs. sous Com., 9 mai 1987, Rev. proc. coll. 1987, n° 4, p. 29
- F.-X. Lucas, obs. sous Com. 26 juin 2007 (2 arrêts), D. 2008.Pan. 570
- Faqqi al Mohammad Sayyed, Droit commercial (faillite, contrats commerciaux, opérations bancaires), Ed. Halabi, Beyrouth 2005
- Faqqi M.S., Droit commercial (faillite, contrats commerciaux), Ed. Halabi, Beyrouth, 2005, n° 102
- Faqqi Mohammad Sayyed Al, Droit commercial (Faillite, contrats commerciaux, opérations bancaires), Ed. Halabi, Beyrouth, 2005, en langue arabe
- G. Berthelot G., « *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible* », JCP E 2008.I.2232
- Ghamdi Abdel Hadi Al, Droit commercial, 2^e éd.
- Ghamedy A.H., Droit commercial, 2^e éd., n° 111
- Grelon B., « *Prévention et cessation des paiements* », in Mélanges Tricot, Dalloz-Litec 2011, p. 422
- Hamd Allah Hamd Allah Mohammad, Le droit commercial saoudien, éd. Ichrakat, Djeddah, 1425
- Hamdallah H., Droit commercial saoudien – règlement du commerce saoudien, Djeddah, 1425 H. n° 73

Honorat, Sur la distinction entre la fictivité et la confusion des patrimoines, Com. 8 nov. 1988, Rev. sociétés, 1990.71

Hosseini B.Y., Droit commercial, 2^e éd., n° 111

Hosseini Ben Younes, Droit commercial, 2^e éd.

Jousse, Commentaire de l'ordonnance de commerce de mars 1673, éd. Pars, 1755

Karchi Ziyad Ben Ahmad Al, Droit commercial, éd. 1428

Karman Abd Al Rahman Al Sayed, sur le droit saoudien de la faillite et de la conciliation préventive, Les effets de commerce, la faillite et la conciliation selon les règlements du royaume d'Arabie saoudite, 1433 H. (2012), p. 299 et s.

Kazouini, Ibn Maja, Les règles de Ibn Maja, Dar al Fikr, 275 H.

Khairallah G., note sous CJUE, Aff. C-191/10, 15 déc. 2011, Rev. crit. dr. int. pr. 2012.435,

Khalif Ahmad Mahmoud, la faillite commerciale et l'Ihsar civil, Ed. Al Maaref, en langue arabe, Alexandrie, 1987

Khalil Ahmad Mahmoud, La faillite commerciale et le Ihsar civil, Ed. Al Maaref, Alexandrie, 1987, en langue arabe

Korchi Z.B.A., Droit commercial 1428 H. p. 107

Le Corre, note sous Com. 8 mars 2011, D. 2011.919

Lebel obs. sous Gaz. Pal. 13-14 avr. 2007, p. 21

Lebel, obs. sous Cass. com., 25 nov. 2008, Gaz. Pal. 26-28 avr. 2009, p. 15

Lebel, obs. sous Com. 24 mai 2005, Gaz. Pal. 4-5 nov. 2005, p. 12

Legros, note sous Dr. sociétés 2007, n° 177, note Legros

Lucas F.-X., obs. sous juill. 2003, RD Banc. Fin. 2003, n° 230

Makhlouf M. Ben., Etude des enseignements du hanéfisme, Dar al Fikr, 1489 H.

Marty J.-P., « *De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles* », in La loi du 25 janvier 1985 à vingt ans ! entre bilan et réforme, Lamy Dr. aff., suppl. au n° 80, mars 2005, p. 21

Merle Ph., Droit commercial – Sociétés commerciales, 16^e éd., 2013, Dalloz, n° 6-2

- Nassif E., Encyclopédie de droit commercial, 4/401
- Nassif E., Traité de droit commercial, Tome 4, « Sur la faillite », en langue arabe, Ed. Ouaidate, Beyrouth, 1999
- Nassif E., Traité de droit commercial, Tome 4, sur la faillite, Ed Oueidate, Beyrouth, 1999, p. 241
- Nassif Elias, Traité de droit commercial, tome 4, Sur la faillite, Ed. Ouridate, en langue arabe, Beyrouth 1999
- Ortascheidt J., Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, 2013, n° 656
- Percerou et Desserteaux, Traité des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, 2^e éd., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, n° 8
- Pétel, obs. sous Bull. Joly 1998.658
- Pétel, obs. sous Com., 22 févr. 1994, Bull. civ. IV, n° 75 ; JCP E 1994.I.394, n° 1
- Pétel, obs. sous ibid 2119, n° 1
- Pétel, obs. sous JCP E 2004, n° 5, p. 173
- Reille F., obs. sous La notion de confusion des patrimoines cause d'extension des procédures collectives, Thèse Montpellier I, 2005, Bibl. dr. entr., Tome 74, 2006
- Renouard, Traité des faillites et banqueroutes, 1^{re} éd., 1842, Tome 1, p. 132
- Roussel-Galle, obs. sous Com. 27 févr. 2007, JCP E 2007.1833
- Saint-Alary-Houin C., Droit des entreprises en difficulté, n° 46
- Salama Zeinab Sayed, « *Les dettes qui excèdent les biens du débiteur comme condition nécessaire de déclaration de faillite en droit commercial saoudien* », Rev. Al Idâra Amma, n° 77/32, Rajab 1413 H., p. 80
- Sami M.F., Explications du droit commercial jordanien, Tome 1, Ed. Education, Beyrouth p. 324
- Seraglini C., Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, 2013, n° 656
- Soinne, note sous Com., 17 févr. 1998, LPA, 12 juin 1998
- Taha Mustapha Kamal, Principes du droit commercial – Les effets de commerce et la faillite, Ed. Al Halabi, Beyrouth, 2^e Ed. 2012

- Taymiyya Ibn, Recueil des Fatawas, Tome 28, p. 279. V. aussi Tome 35, p. 402
- Terré F., L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Litec 2011
- Tricot, La confusion des patrimoines et les procédures collectives, Rapport C. cass. 1998, p. 165
- Vallansan, note sous JCP E 2007.2120
- Vida D., « *La compétence* », LPA 1^{er} juill. 1987
- Yahia Saïd, Précis de droit commercial saoudien, éd. 1403 H. (1982), éd. Okaz
- Yahia, S., Précis de droit commercial saoudien, 3^e éd., éd. Société des librairies d'okaz, 1403 H. (1982), n° 110
- Younes, Principe de droit commercial, p. 210 et s.
- Zarkeshi al Masri, C.D.M., Exposé des enseignements de l'école Hanbalite, 772 H.
- Zuhaïly Al W., Al Fiqh, Al Islami, Wa Adellatouhou, Tome V, p. 455 et s.
- Zureiki J.M., Les règles sur la faillite dans le Fiqh musulman, Ed. Centre des Etudes de Droit Musulman, 1999, p. 121

II. THÈSES, ARTICLES, NOTES

Barbiéri J.-F., « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires », Rev. proc. coll. 2005.346

Baudron A.-M., La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967, Paris, 1972

Berthoud-Ribaute H., obs. sous RTDCom. 2003.259

Bonneau T., obs. sous Rev. Sociétés 2007.401

Bonnecase, La faillite virtuelle, thèse Toulouse, 1904

Brault P.-H., note sous Civ. 3, 10 déc. 2008, Bull. civ., III, n° 199 ; JCP E 2009.1229

Brault, obs. sous Com., 19 mai 2004, Loyers et Copr. 2004, n° 188

Brunetti-Pons, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTD Com. 2000.783

Cabrillac, obs. sous JCP E 2008.267, n° 3

Cannu L. obs. sous Defrénois 1998.248

Chaput obs. sous Affaires 1997.541, Dr. soc. 1997, n° 81

Chaput Y., « Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable », LPA 1985,

Chaput Y., *in* Le nouveau droit des défaillances d'entreprises

Chaput Y., obs. sous Dr. soc. 1999, n° 10

Chaput, « Le règlement amiable », J.C.P. E.1985.II.14455

Cheikh Hicham Ben Abdel Malek Al, obs. sous Rev. Judiciaire, n° 5, Moharram 1434 H., p. 37

Clay, obs. sous Com. 2 juin 2004, D. 2004.Somm. 3184

Clay, obs. sous D. 2008, pan. 184

Couret A., « Prévention et traitement amiable des difficultés, les nouvelles règles », *in* La réforme du nouveau droit de l'entreprise, Montchrestien, 1995, p. 115 ; v. aussi P. Fournié, « Le traitement non judiciaire des difficultés », *ibid.*, p. 63

Couret, note sous Paris, 2 avr. 1999, Bull. Joly 1999.1084

Dekeuwer-Defossez obs. sous R.D. bancaire et bourse, 1988.35

Delattre, obs. sous Com. 10 juin 2008, Act. proc. coll. 2008, n° 202

Delpech, obs. sous Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 129, D. 2007.AJ.1986

Derrida F., « Concordat préventif et droit français », Mélanges Hamel

Derrida F., obs. sous Com. 12 juill. 1914, Bull. civ. IV, n° 265, D. 1995, som. 1

Derrida F., obs. sous Com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 163, D. 1997.517

Derrida, obs. sous Com. 8 déc. 1987, Bull. civ., IV, n° 266, D. 1988.52

Didier, obs. sous Nancy, 13 mai 1987, Rev. proc. coll. 1988.35

Douidar P.M., Théorie générale sur les saisies judiciaires selon le règlement sur les procédures charé'i dans le Royaume d'Arabie Saoudite, 2004, p. 155 et s.

F.-X. Lucas, obs. sous Com. 15 mars 2005, D. 2005, Pan. 2013

Fourcade, « Des faillites non déclarées », 1899

Guillon, Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroute avant 1793, th., Rennes, 1904.

Guyon Y., « L'information prévisionnelle », J.C.P. E, 1985.I.14608

Guyon Y., « Le règlement amiable des difficultés des entreprises », Dr. des soc., 1985.267

Hallouin V., obs. sous JCP 1989.II.15416

Honorat A., Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires, thèse, Alger, 1958

Honorat A., obs. sous Com. 22 juin 1993, D. 1993.Somm. 366

Honorat A., obs. sous Com. 25 mars 1997, D. 1997.Somm. 311

Houin R., « La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire », RTDCom. 1955.481. V. aussi du même auteur, D. 1956.7

Houin R., « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », Liber amicorum, Baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609

Jaafari Ahmad Ben Abdallah, obs. sous Rev. Al Adl, n° 27, 1426 H., p. 112

Jacquemont, obs. sous Avis Cassation 17 sept. 2007, Act. proc. coll. 2007, n° 212

Jeantin, obs. sous JCP 1988.II.20927

Khairallah Georges, « Le raisonnable en droit privé français », RTDCiv. 1984.439

Le Cannu P., « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », R.J. com., 1986, n° spéc. févr. 1986

Le Corre, Gaz. Pal. 26-28 avr. 2009, p. 8

Lebel, « Sur la compétence du tribunal de grande instance pour connaître de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un négociateur immobilier exerçant sous le statut d'agent commercial », v. Paris, 4 févr. 2010, Rev. proc. coll. 2010, n° 133

Lebel, note sous Douai, 27 mars 2007, JCP E 2008.1433

Lebel, obs. sous Avis Cassation 17 sept. 2007, Bull. civ., n° 6 ; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 31

Lébon, obs. sous JCP E 2005, n° 49, p. 2098

Legros J.-P., obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, Dr. soc. juill. 2010, 149, p. 41

Legros, note sous Com. 10 mai 2005, Dr. Sociétés 2005, n° 174

Legros, note sous Civ. 1^{re}, 5 juin 2008, Dr. Soc. 2008, n° 181

Loquin, obs. sous 21 févr. 2002, RTDCom. 2002.277

Loquin, obs. sous RTDCom. 2004.439

Lucas F.-X. obs. note sous Bull. Joly, 2010.905

Lucas F.-X., « L'EIRL en difficulté », LPA 28 avr. 2011, n° 84, p. 39

Macorig-Venier, note sous RTDCom. 2008.413

Macorig-Venier, obs. sous com. 13 oct. 1998, RTDCom. 1999.185

Macorig-Venier, obs. sous Paris, 2 avr. 1999, RTDCom. 2000.714

Mansour Al, Abd Al Majid Ben Saleh, Ben Abd Al Aziz, La faillite des sociétés et ses effets dans le Fiqh et le règlement (en langue arabe), 2 volumes, 1433 H. (2012)

Martineau-Bourgninaud V., D. 2005. Chron. 1356

Martin-Serf, obs. sous Com. 28 mars 2000, Rev. proc. coll. 2002.118

Martin-Serf, obs. sous Rev. proc. coll. 1998.113

Mercier -J.-L., « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », Gaz. Pal. 18-19 mai 2011, p. 33

Merle Ph., obs. sous RTDCom. 1989.122 et 535

Monsérié-Bon M.-H. obs. sous Rev. proc. coll. 2011, Dossier Colloque Toulouse, p. 61

Nowina R., « Le pacte d'atermoisement », Rev. Syndics et admin. jud. 1969.215

Orsini, obs. sous Com. 19 déc. 2006, Bull. civ. IV, n° 254 ; D. 2007.1321

Paisant, obs. sous Civ. 2, 21 janv. 2010, RTDCom. 2010.437

Paris, 23 nov. 1999, Rev. arb. 2000.501

Pérochon F. (dir.), Prévention et procédures collectives : nouvelles réformes Bull. Joly Entreprises en difficulté, mai-juin 2014, p. 170

Petel, obs. sous Avis Cassation 17 sept. 2007, JCP E 2008.1207, n° 3

Pétel, obs. sous JCP E 2008.267, n° 3

Regnaut-Moutier, obs. sous com. 12 nov. 2008, Act. proc. coll. 2008, n° 310

Reymond de Gentile-Campana M.-J., Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, Sirey, Bibl. dr. com., Tome 25

Rolland, obs. sous Com., 8 mars 2011, Procédures 2011, n° 179

Roussel Galle, obs. sous Paris, 6 juillet 2010, Rev. Sociétés, 2010.534

Saint-Alary-Houin C., « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », Gaz. Pal. 18-19 mai 2011, p. 33

Saintourens B., obs. sous Rev. proc. coll. 2009, p. 40

Saintourens, obs. sous Avis Cassation 17 sept. 2007, Rev. proc. coll. 2008, n° 112

Saintourens, obs. sous Rev. proc. coll. 2010, n° 210

Soinne, obs. sous Paris, 3 févr. 1998, Rev. proc. coll. 2000.83

Terré F., La personne et ses patrimoines ou l'EIRL, JCP E.2011.1011

Théry, obs. sous RTDCiv., 2008, 541

Toujas G., « Du concordat amiable », J.C.P. 1942.I.255

Vallansan J., « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective », Rev. Lamy dr. aff., supplément au n° 80, mars 2005

Vallansan, obs. sous Act. proc. coll. 2004, n° 158

Vallansan, obs. sous Act. Proc. coll. 2005, n° 81

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
<u>Introduction générale</u>	p. 4
<u>Section 1 - L'approche traditionnelle du droit des entreprises en difficulté</u>	p. 4
<u>§ 1 - Du droit romain au droit français du milieu du XX^e siècle</u>	p. 5
<u>§ 2 - Le droit musulman</u>	p. 7
<u>A - La faillite et les notions voisines</u>	p. 8
<u>1 - Faillite et difficultés financières du débiteur (Al I'hsär)</u>	p. 8
<u>2 - Faillite et déficit (ou perte)</u>	p. 10
<u>B - La faillite dans les diverses Ecoles de droit musulman</u>	p. 10
<u>1 - Sur l'intervention du juge pour ordonner le Hajr</u>	p. 12
<u>a) L'Ecole malékite</u>	p. 13
<u>b) Les autres Ecoles</u>	p. 13
<u>2 - Les effets du Hajr</u>	p. 14
<u>a) La restriction du droit du débiteur de s'absenter</u>	p. 14
<u>b) Les droits des créanciers sur les biens du débiteur</u>	p. 15
<u>c) La liquidation des biens du débiteur</u>	p. 17
<u>Section 2 - Le tournant</u>	p. 18
<u>§ 1 - Le droit français</u>	p. 18
<u>§ 2 - Le droit saoudien</u>	p. 24
<u>Section 3 - Les problèmes de base du droit des entreprises en difficulté</u>	p. 28
<u>Première partie : La prévention de la procédure collective</u>	p. 33
<u>Titre 1 - Le droit français</u>	p. 34
<u>Chapitre 1 - L'alerte</u>	p. 36
<u>Section 1 - Le critère du déclenchement du système d'alerte</u>	p. 37

<u>Section 2 - Les procédures d'alerte</u>	p. 39
<u>§ 1 - La procédure déclenchée par le président du tribunal</u>	p. 40
<u>§ 2 - La procédure déclenchée par le commissaire aux comptes</u>	p. 41
<u>A - L'alerte dans les sociétés anonymes</u>	p. 42
<u>B - L'alerte dans les autres personnes morales</u>	p. 42
<u>§ 3 - La procédure déclenchée par le comité d'entreprise</u>	p. 43
<u>Chapitre 2 - Le traitement non contentieux des difficultés de l'entreprise : la conciliation et le règlement amiable</u> ..	p. 44
<u>1 - Le mandat <i>ad hoc</i></u>	p. 45
<u>2 - L'intervention des pouvoirs publics</u>	p. 46
<u>Section 1 - La mise en place de la conciliation et du règlement amiable</u>	p. 48
<u>§ 1 - Les conditions de nomination du conciliateur</u>	p. 48
<u>A - Les conditions relatives au débiteur</u>	p. 49
<u>B - Les conditions relatives à la procédure</u>	p. 51
<u>§ 2 - La mission du conciliateur</u>	p. 53
<u>Section 2 - Les effets de la conciliation et du règlement amiable</u>	p. 55
<u>§ 1 - La constatation de l'accord</u>	p. 55
<u>§ 2 - L'homologation de l'accord</u>	p. 57
<u>Titre 2 - Le droit saoudien</u>	p. 60
<u>Chapitre 1 - La mise en place de la conciliation amiable et du règlement préventif de la faillite</u>	p. 62
<u>Section 1 - Les conditions de fond de la mise en place de la conciliation amiable et du règlement préventif de la faillite</u>	p. 63
<u>§ 1 - La qualité de commerçant</u>	p. 64
<u>A - Les conditions d'exercice du commerce</u>	p. 64
<u>B - Le commerçant qui a déjà eu recours à la conciliation amiable ou règlement préventif de la faillite</u>	p. 66
<u>§ 2 - La moralité du commerçant</u>	p. 67

<u>A - La condition de moralité</u>	p. 67
<u>B - Le contenu de la notion de moralité</u>	p. 68
<u>Section 2 - La procédure de conciliation amiable et de règlement préventif de faillite</u>	p. 70
<u>§ 1 - La conciliation amiable</u>	p. 70
<u>§ 2 - Le règlement préventif de la faillite</u>	p. 73
<u>A - La présentation de la demande</u>	p. 73
<u>B - L'examen de la demande</u>	p. 76
<u>1 - Les effets de l'examen de la demande</u>	p. 78
<u>a) Les pouvoirs du débiteur à l'égard de ses biens</u>	p. 78
<u>b) L'arrêt des poursuites et des voies d'exécution</u>	p. 79
<u>2 - La décision sur le règlement préventif</u>	p. 80
<u>a) Le processus de la prise de décision</u>	p. 80
<u>b) Le rôle du tribunal</u>	p. 82
<u>Chapitre 2 - Le régime de la conciliation amiable et du règlement préventif de faillite</u>	p. 83
<u>Section 1 - La force obligatoire de la convention conclue dans les procédures de conciliation amiable et de règlement préventif de faillite</u>	p. 84
<u>§ 1 - Modalités d'application de l'accord</u>	p. 84
<u>§ 2 - L'exécution de l'accord</u>	p. 86
<u>Section 2 - Le contentieux de la conciliation amiable et du règlement préventif de faillite</u>	p. 87
<u>§ 1 - Le contentieux relatif à l'accord conclu sur le fondement d'une conciliation amiable ou d'un règlement préventif de faillite</u>	p. 87
<u>A - La nullité de l'accord</u>	p. 87
<u>1 - Cause de nullité de l'accord</u>	p. 88
<u>2 - La procédure de nullité de l'accord</u>	p. 88
<u>B - La résolution de l'accord</u>	p. 90

<u>C - Les voies de recours contre les décisions relatives à l'accord</u>	p. 90
<u>§ 2 - Les délits en rapport avec la conciliation amiable et le règlement préventif</u>	p. 91
<u>A - Délits commis par le débiteur</u>	p. 91
<u>B - Délits commis par les participants au règlement préventif</u>	p. 92
<u>Conclusion de la première partie</u>	p. 93
<u>Deuxième partie : Les règles communes aux procédures collectives</u>	p. 97
<u>Titre 1 : Les conditions d'ouverture de la procédure collective</u>	p. 98
<u>Chapitre 1 : Les qualités du débiteur</u>	p. 99
<u>Section 1 : Les personnes physiques et morales soumises au droit des procédures collectives</u>	p. 100
<u>§ 1 : Les personnes physiques</u>	p. 100
<u>A - Le droit français</u>	p. 100
<u>1 - L'énumération des personnes physiques</u>	p. 101
<u>a) La personne exerçant une activité commerciale</u>	p. 102
<u>b) La personne exerçant une activité artisanale</u>	p. 104
<u>c) L'agriculteur</u>	p. 104
<u>d) La personne physique qui exerce une activité professionnelle indépendante</u>	p. 105
<u>2 - La situation d'activité du débiteur</u>	p. 106
<u>a) La cessation de l'activité professionnelle</u>	p. 107
<u>b) Le décès</u>	p. 109
<u>B - Le droit saoudien</u>	p. 110
<u>1 - L'application des règles sur les procédures collectives aux seuls commerçants</u>	p. 110
<u>a) L'explication de l'application des règles sur les procédures collectives aux seuls commerçants</u>	p. 111
<u>b) Les conditions relatives à l'exercice de l'activité commerciale</u>	p. 112
<u>L'exercice effectif d'une activité commerciale</u>	p. 113

<u>L'exercice de l'activité commerciale par le commerçant pour son compte</u>	p. 114
<u>La capacité du commerçant</u>	p. 114
<u>2 - La situation d'activité du débiteur</u>	p. 115
<u>§ 2 - Les personnes morales</u>	p. 118
<u>A - Le droit français</u>	p. 118
<u>B - Le droit saoudien</u>	p. 119
<u>Section 2 : L'adaptation des règles sur les procédures collectives au particularisme du débiteur</u>	p. 121
<u>§ : Le droit français</u>	p. 122
<u>A - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)</u>	p. 122
<u>B - Les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement et les entreprises d'investissement en difficulté</u>	p. 124
<u>§ : Le droit saoudien</u>	p. 124
<u>Conclusion du chapitre 1</u>	p. 127
<u>Chapitre 2 : La situation du débiteur</u>	p. 129
<u>Section 1 - Le droit français</u>	p. 129
<u>§ 1 : La cessation des paiements</u>	p. 129
<u>A - La notion de cessation des paiements</u>	p. 130
<u>1 - L'impossibilité</u>	p. 131
<u>2 - Le passif exigible</u>	p. 132
<u>3 - L'actif disponible</u>	p. 133
<u>B - Le rôle de la cessation des paiements</u>	p. 134
<u>1 - La sauvegarde, procédure destinée à éviter l'état de cessation des paiements</u>	p. 135
<u>2 - La cessation des paiements, condition d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire</u>	p. 136
<u>a) La cessation des paiements : critère nécessaire pour l'ouverture de la procédure</u>	p. 137
<u>b) Le choix entre le redressement et la liquidation judiciaires</u>	p. 139

<u>§ 2 : L'extension de la procédure</u>	p. 139
<u>A - Les cas d'extension de la procédure collective</u>	p. 140
<u>1 - La confusion des patrimoines</u>	p. 141
<u>2 - La fictivité</u>	p. 143
<u>B - La procédure d'extension</u>	p. 143
<u>C - Les effets de l'extension de la procédure</u>	p. 145
<u>Section 2 – Le droit saoudien</u>	p. 146
<u>§ 1 : « Les dettes qui excèdent les biens du débiteur »</u>	p. 147
<u>A - Le contenu de la notion « de dettes qui excèdent les biens du débiteur »</u>	p. 147
<u>B - Le particularisme de la notion de « dettes qui excèdent les biens du débiteur »</u>	p. 149
<u>1 - La vérification que les dettes excèdent les biens du débiteur</u>	p. 149
<u>2 - Les différences entre le droit saoudien et les droits des autres pays arabes</u>	p. 152
a) <u>Unicité ou dualité des conditions d'ouverture de la procédure</u>	p. 153
b) <u>Le régime des conditions d'ouverture de la faillite</u>	p. 156
<u>§ 2 : Le principe du refus de l'extension de la faillite</u>	p. 159
<u>Conclusion du Chapitre 2</u>	p. 162
<u>Conclusion du titre 1</u>	p. 163
<u>Titre 2 : La procédure d'ouverture</u>	p. 164
<u>Chapitre 1 - La nécessaire intervention du tribunal</u>	p. 164
<u>Section 1 - La compétence exclusive des tribunaux étatiques dans l'ouverture et la mise en place d'une procédure collective</u>	p. 164
<u>§ 1 : La théorie de la faillite faite ou faillite virtuelle</u>	p. 165
<u>A - Le droit français</u>	p. 165
<u>B - Le droit saoudien</u>	p. 167
<u>§ 2 : Arbitrage et faillite</u>	p. 168
<u>Section 2 - Les modalités de la saisine du tribunal</u>	p. 172

<u>§ 1 : Les auteurs de la saisine</u>	p. 172
<u>A - Le droit français</u>	p. 172
<u>1 - L'ouverture d'une procédure de sauvegarde</u>	p. 172
<u>2 - L'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaires</u>	p. 174
<u>a - La saisine par le débiteur</u>	p. 174
<u>b - La saisine par d'autres personnes</u>	p. 175
<u>B - Le droit saoudien</u>	p. 178
<u>§ 2 : Le tribunal compétent</u>	p. 182
<u>A – Le droit français</u>	p. 182
<u>B – Le droit saoudien</u>	p. 184
<u>Chapitre 2 - Le régime du jugement d'ouverture de la</u>	
<u>procédure collective</u>	
<u>Section 1 - Le droit français</u>	
<u>Section 1 - Le droit français</u>	
<u>Section 1 - Le droit français</u>	
<u>§ 1 : La préparation du jugement</u>	p. 187
<u>§ 2 : Le choix de la procédure</u>	p. 189
<u>§ 3 : Les caractères du jugement d'ouverture</u>	p. 191
<u>A - L'exécution provisoire du jugement d'ouverture</u>	p. 191
<u>B - L'opposabilité du jugement d'ouverture</u>	p. 192
<u>Section 2 - Le droit saoudien</u>	p. 192
<u>Section 3 - Les voies de recours contre le jugement d'ouverture</u>	p. 194
<u>§ 1 : Le droit français</u>	p. 194
<u>§ 2 : Le droit saoudien</u>	p. 195
<u>A - Les voies de recours contre le jugement de faillite</u>	p. 196
<u>1 - L'opposition</u>	p. 196
<u>2 - L'appel</u>	p. 196
<u>3 - Les pouvoirs de la juridiction saisie de l'opposition ou de l'appel</u>	p. 197

<u>B - Les voies de recours contre le jugement modifiant la date de cessation des paiements</u>	p. 198
<u>1 - L'opposition</u>	p. 199
<u>2 - L'appel</u>	p. 199
<u>C - Les voies de recours contre les autres jugements</u>	p. 200
<u>Conclusion du Titre 2</u>	p. 202
<u>Titre 3 : Les organes de la procédure</u>	p. 203
<u>Chapitre 1- Le droit français</u>	p. 203
<u>Section 1 - Les organes juridictionnels</u>	p. 203
<u>§ 1 : Le juge-commissaire</u>	p. 204
<u>§ 2 : Le ministère public</u>	p. 205
<u>Section 2 - Les organes non juridictionnels</u>	p. 206
<u>§ 1 : Les mandataires de justice</u>	p. 206
<u>A - L'administrateur</u>	p. 207
<u>B - Le mandataire judiciaire</u>	p. 209
<u>C - Le commissaire à l'exécution du plan</u>	p. 211
<u>D - Le liquidateur judiciaire</u>	p. 211
<u>§ 2 : Le représentant des salariés</u>	p. 212
<u>§ 3 : Les contrôleurs</u>	p. 213
<u>Chapitre 2 - Droit saoudien</u>	p. 214
<u>Section 1 - Les organes juridictionnels</u>	p. 214
<u>§ 1 : Le juge-commissaire</u>	p. 215
<u>§ 2 : Le ministère public</u>	p. 216
<u>Section 2 - Les organes non juridictionnels</u>	p. 217
<u>§ : Le syndic</u>	p. 218
<u>§ 2 : Les créanciers</u>	p. 220

<u>§ 3 : Le débiteur</u>	p. 220
<u>§ 4 : Les contrôleurs</u>	p. 221
<u>Conclusion du titre 3</u>	p. 222
<u>Conclusion de la deuxième partie</u>	p. 223
<u>Troisième partie : Le déroulement de la procédure</u>	p. 225
<u>Titre 1 - Le droit français</u>	p. 226
<u>Chapitre 1 - Les particularités de la procédure</u>	p. 226
<u>Sous-chapitre 1 - La sauvegarde</u>	p. 226
<u>Section 1 - La période d'observation</u>	p. 227
<u>Sous-section 1 – L'entreprise</u>	p. 227
<u>§ 1 : Le mode de gestion de l'entreprise</u>	p. 227
<u>Sous-paragraphes 1 : Les pouvoirs du dirigeant de l'entreprise et de l'administrateur</u>	p. 228
<u>B - L'intervention de l'administrateur judiciaire</u>	p. 230
<u>1 - Pouvoirs déterminés par le juge</u>	p. 230
<u>2 - Pouvoirs déterminés par la loi</u>	p. 232
<u>Sous-paragraphes 2 : Les autorisations du juge-commissaire</u>	p. 233
<u>A - Les actes soumis à l'autorisation du juge-commissaire</u>	p. 233
<u>1 - Les actes graves</u>	p. 233
<u>2 – Les actes de paiement de créanciers antérieurs</u>	p. 235
<u>B - Le régime des actes soumis à l'autorisation du juge-commissaire</u>	p. 236
<u>§ 2 : La poursuite de l'activité</u>	p. 237
<u>A - La continuation des contrats</u>	p. 237
<u>1 - Le principe de l'équilibre des intérêts</u>	p. 238
<u>a) La détermination des contrats soumis à la continuation</u>	p. 238
<u>b) Le régime de la continuation des contrats</u>	p. 240
<u>2 - Les aménagements du principe de l'équilibre des intérêts</u>	p. 241

<u>a) La protection de certains cocontractants</u>	p. 241
<u>b) La primauté du droit des procédures collectives</u>	p. 242
<u>B - La priorité des créanciers postérieurs sur les créanciers antérieurs</u>	p. 244
<u>1 - Les qualités que doit avoir la créance</u>	p. 245
<u>a) La régularité de la créance</u>	p. 245
<u>b) La postériorité de la créance</u>	p. 246
<u>c) La finalité de la créance</u>	p. 246
<u>2 - Le privilège</u>	p. 247
<u>a) Le paiement à l'échéance</u>	p. 247
<u>b) L'ordre de paiement</u>	p. 248
<u>C - Le désintéressement des salariés</u>	p. 249
<u>Sous-section 2 : Les créanciers de l'entreprise</u>	p. 249
<u>§ 1 : La protection de l'entreprise contre ses créanciers antérieurs</u>	p. 250
<u>Sous-paragraphe 1 : Arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution</u>	p. 251
<u>A - Portée de l'arrêt ou de la suspension des poursuites et des voies d'exécution</u>	p. 252
<u>1 - Le principe de l'arrêt ou de la suspension des poursuites et des voies d'exécution</u>	p. 252
<u>2 - Les tempéraments au principe de l'arrêt des poursuites ou de la suspension des poursuites individuelles</u>	p. 254
<u>B - La reprise des actions</u>	p. 254
<u>Sous-paragraphe 2 : L'interdiction des paiements</u>	p. 255
<u>A - Le principe de l'interdiction des paiements</u>	p. 255
<u>B - Les exceptions au principe de l'interdiction des paiements</u>	p. 256
<u>Sous-paragraphe 3 : La suspension des poursuites contre les garants personnes physiques</u>	p. 258
<u>§ 2 : La déclaration des créances</u>	p. 259
<u>A - Le principe de l'obligation de déclarer les créances</u>	p. 259
<u>B - Le régime de la déclaration des créances</u>	p. 260

<u>Section 2 – Le plan de sauvegarde</u>	p. 262
<u>§ 1 : La mise en place du plan de sauvegarde</u>	p. 263
<u>A - L'élaboration du plan de sauvegarde</u>	p. 263
<u>1 - Le bilan</u>	p. 263
<u>2 - Le projet de plan</u>	p. 264
<u>B - L'arrêté du plan</u>	p. 265
<u>§ 2 : La mise en œuvre du plan de sauvegarde</u>	p. 266
<u>A - L'exécution du plan de sauvegarde</u>	p. 267
<u>B - L'inexécution du plan</u>	p. 269
<u>Section 3 - La sauvegarde accélérée</u>	p. 269
<u>Sous-chapitre 2 : Le redressement judiciaire</u>	p. 271
<u>Section 1 - L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire</u>	p. 272
<u>§ 1 : Les conditions de fond</u>	p. 272
<u>§ 2 : Les conditions de procédure</u>	p. 273
<u>A - La saisine du tribunal</u>	p. 273
<u>1 - La saisine du tribunal par le débiteur</u>	p. 273
<u>2 - La saisine du tribunal par d'autres personnes</u>	p. 274
<u>B - Le jugement d'ouverture</u>	p. 275
<u>Section 2 - Le régime du redressement judiciaire</u>	p. 275
<u>§1 : La procédure d'observation</u>	p. 276
<u>A - La situation du débiteur</u>	p. 276
<u>B - Les garants</u>	p. 279
<u>C - Le redressement de l'entreprise</u>	p. 279
<u>1 - La situation des salariés</u>	p. 280
<u>2 - La reconstitution du capital de l'entreprise</u>	p. 281
<u>a) Les actes nuls de plein droit</u>	p. 281

<u>b) Les actes annulables</u>	p. 282
<u>§ 2 : Le plan de redressement</u>	p. 284
<u>A - Règles propres au plan de redressement</u>	p. 284
<u>1 - La mise en place du plan</u>	p. 284
<u>b) L'arrêté du plan</u>	p. 285
<u>2 - Les dirigeants et les coobligés personnes physiques</u>	p. 285
<u>B - Le plan de cession</u>	p. 286
<u>Sous-chapitre 3 : La liquidation judiciaire</u>	p. 286
<u>Section 1 - Les conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire</u>	p. 287
<u>§ 1 : Les conditions de fond</u>	p. 287
<u>A - La liquidation judiciaire de droit commun</u>	p. 287
<u>1 - La liquidation judiciaire prononcée au cours de la période d'observation</u>	p. 288
<u>2 - La liquidation judiciaire ouverte directement, sans période d'observation</u>	p. 288
<u>B - La liquidation judiciaire simplifiée</u>	p. 289
<u>Section 2 Le régime de la liquidation judiciaire</u>	p. 291
<u>§ 1 : Le dessaisissement du débiteur</u>	p. 291
<u>A - Le principe du dessaisissement</u>	p. 292
<u>B - Les effets du dessaisissement</u>	p. 293
<u>§ 2 : La cession de l'entreprise</u>	p. 294
<u>Conclusion du titre 1</u>	p. 295
<u>Titre 2 - Le droit saoudien</u>	p. 297
<u>Chapitre 1 - Les effets de la faillite</u>	p. 298
<u>Section 1 - Effets de la faillite à l'égard du débiteur</u>	p. 298
<u>§ 1 : Effets de la faillite à l'égard de la personne du débiteur</u>	p. 298
<u>A - Les poursuites pénales</u>	p. 300
<u>B - Les droits politiques et civiques du débiteur</u>	p. 303

<u>§ 2 : Effets de la faillite sur le patrimoine du débiteur</u>	p. 306
<u>A - Le dessaisissement</u>	p. 306
<u>1 - Etendue du dessaisissement</u>	p. 308
<u>2 - Effets de la faillite sur les actes accomplis par le débiteur</u>	p. 310
<u>B - Nullité des actes accomplis avant le jugement de faillite</u>	p. 313
<u>1 - Les cas de nullité obligatoire</u>	p. 314
<u>2 - Les cas de nullité facultative</u>	p. 316
<u>Section 2 - Effets de la faillite sur les créanciers</u>	p. 317
<u>§ 1 : La masse des créanciers</u>	p. 318
<u>A - La formation de la masse des créanciers</u>	p.318
<u>1 - Les modalités de la formation de la masse</u>	p. 318
<u>2 - L'arrêt des poursuites individuelles</u>	p. 320
<u>3 - Le droit de la masse</u>	p. 321
<u>B - La déclaration des créances</u>	p. 322
<u>1 - L'arrêt du cours des intérêts</u>	p. 323
<u>2 - La déchéance des termes</u>	p. 323
<u>§ 2 : Les droits des créanciers</u>	p. 324
<u>A - Le cas de la pluralité de débiteur</u>	p. 324
<u>1 - Faillite de l'un des débiteurs solidaires</u>	p. 325
<u>2 - La faillite de tous les codébiteurs</u>	p. 325
<u>B - Les créanciers protégés</u>	p. 326
<u>C - Les contrats en cours</u>	p. 327
<u>Chapitre 2 - La clôture de la faillite</u>	p. 329
<u>Section 1 - Le concordat judiciaire</u>	p. 329
<u>§ 1 : La formation du concordat judiciaire</u>	p. 330
<u>A - Les conditions de conclusion du concordat judiciaire</u>	p. 330

<u>1 - Les conditions relatives aux débiteurs</u>	p. 330
<u>2 - L'accord des créanciers</u>	p. 330
<u>3 - Le contenu du concordat</u>	p. 331
<u>B - L'homologation judiciaire</u>	p. 332
<u>§ 2 : Le régime du concordat judiciaire</u>	p. 332
<u>A - Les effets du concordat judiciaire</u>	p. 333
<u>1 - Effets à l'égard du débiteur</u>	p. 333
<u>2 - Effets à l'égard de la procédure collective</u>	p. 334
<u>B - La fin du concordat judiciaire</u>	p. 334
<u>Section 2 - La liquidation des biens du débiteur</u>	p. 336
<u>Conclusion du titre 2 et de la troisième partie</u>	p. 338
<u>Conclusion générale</u>	p. 340
<u>Bibliographie</u>	p. 343
<u>Tale des matières</u>	p. 352